

Penhor ou penhores? O regime tradicional do penhor e a proliferação de regimes especiais – implicações para a unidade conceptual e natureza jurídica do instituto

Miguel Lucas Pires

Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Junho de 2012

“(…)

*As janelas tão garridas que ficavam  
Com cortinados de chita às pintinhas  
Perderam de todo a graça porque é hoje uma vidraça  
Com cercaduras de lata às voltinhas*

*E lá pra dentro quem passa  
Hoje é pra ir aos penhores  
Entregar o usurário, umas coisinhas  
Pois chega a esta desgraça toda a graça  
Da casa da Mariquinhas*

*Pra terem feito da casa o que fizeram  
Melhor fora que a mandassem prá alminhas  
Pois ser casa de penhor  
O que foi viver de amor  
É ideia que não cabe cá nas minhas*

*Recordações de calor  
E das saudades o gosto eu vou procurar esquecer  
Numas ginjinhas*

*Pois dar de beber à dor é o melhor  
Já dizia a Mariquinhas  
Pois dar de beber à dor é o melhor  
Já dizia a Mariquinhas.”*

Excerto da letra, de Autor desconhecido, do fado “A casa da Mariquinhas”,  
imortalizado na voz de Amália Rodrigues

## Introdução

Como bem ilustra a citação anterior, retirada da letra de um fado popular de meados do Século XX, a figura do penhor, enquanto garantia do cumprimento das obrigações, encontra-se profundamente enraizada na nossa cultura e no nosso ordenamento jurídico.

Não surpreende, por isso, que na sistematização do actual Código Civil o penhor surja como a garantia mobiliária por excelência, ocupando as demais uma posição claramente residual.

Nos tempo mais recentes, tem-se assistido mesmo a um incremento da importância dos penhores, em resultado da degradação do contexto económico-financeiro, bem notório pelo crescente número de estabelecimentos comerciais destinados à alienação ou oneração pignoratícia de ouro (produto cuja cotação internacional nos mercados tem disparado) e outros metais preciosos.

Se o regime penhor se apresenta compatível com a dação em penhor, por parte de particulares, deste tipo de bens ornamentais ou de luxo (dos quais o empenhante pode prescindir materialmente sem grandes prejuízos, excepto, porventura, afectivos), a mesma constatação não é extensível a coisas de outra natureza.

Com efeito, a evolução do comércio jurídico, desde a entrada em vigor da principal codificação civilística (da qual consta, ainda hoje, o regime geral do penhor), tem demonstrado à sociedade a inadequação daquele regime face a um conjunto de exigências impostas pela modernização das relações comerciais, em especial quando se pretendam empenhar bens incorpóreos ou outros dos quais o empenhante não pode prescindir para o prosseguimento da sua actividade económica.

De entre os aspectos daquele regime cuja desconformidade com as exigências da vida económica se apresentam mais notórios, cumpre destacar a subsistência da proibição (aparentemente genérica) das convenções comissórias, a (alegada) impossibilidade de substituição do objecto empenhado durante a vigência da relação de garantia e, sobretudo, a manutenção da exigência de desapossamento do empenhante da garantia como requisito de validade da constituição da garantia (colocando em causa a oneração de bens incorpóreos, de bens futuros e daqueles dos quais o empenhante não possa ser privado sem colocar em risco a sua actividade económica).

Não surpreende, por isso, que nos vários ordenamentos se tenha assistido a um fenómeno de suavização de algumas destas exigências, embora as soluções adoptadas não sejam inteiramente coincidentes, passando, ora por uma reformulação geral do regime tradicional do penhor (direito francês), ora pela simples criação de regimes especiais que afastam algum ou alguns dos aspectos mais nefastos do regime tradicional (direito italiano, espanhol e português), ora pelo recurso sistemático à propriedade com fins de garantia (direito alemão), ora pela funcionalização do próprio conceito de garantia mobiliária, nele incluindo todas as figuras, independentemente da sua configuração e do seu modo de constituição, utilizadas com um desiderato garantia (direito norte-americano).

A esta diversidade não é alheia a dificuldade sentida, especialmente no que respeita à natureza imperativa do desapossamento material do empenhante, em descortinar soluções alternativas às tradicionais, porquanto as diversas opções (sujeição a registo, aposição de marcas físicas ou outras formas de tradição não material atenuada) não só não possuem apetência para todo o tipo de bens potencialmente empenháveis, como colocam problemas adicionais, designadamente quanto à sua própria integração das garantias não possessórias no seio do penhor.

Noutro plano e em termos mais amplos, importa considerar em que medida os mecanismos de adaptação do regime do penhor com desapossamento, convencionais ou legais, ao afastarem-se de algumas das notas caracterizadoras do tipo legal do instituto, não induzirão à integração dessas figuras no âmbito de outras garantias (em especial, da hipoteca) ou à sua qualificação como atípicas ou, noutro plano, se o próprio penhor será integrável na categoria dos direitos reais.

Partindo destas constatações, propomo-nos, no Capítulo I, realizar uma análise do regime civilístico do penhor (essencialmente um estudo de direito positivo), partindo da sua constituição, passando pela delimitação dos objectos empenháveis e das obrigações garantidas, não esquecendo algumas notas definidoras do penhor enquanto garantia, prosseguindo com a decomposição dos principais direitos e deveres dos sujeitos envolvidos na relação de garantia e culminando com um exame das causas de extinção do penhor.

Desta exegese, para além da constatação da necessidade sentida pelo legislador de criar regimes especiais de modo a consentir a dação em penhor de determinado tipo de coisas, ressalta desconformidade de alguns aspectos daquele regime face às actuais exigências das relações jurídico-económicas, em especial, manutenção da exigência de

desapossamento do empenhante da garantia como requisito de validade da constituição da garantia, a necessidade de determinação do crédito assegurado e dos bens onerados, a (aparente) impossibilidade de substituição do objecto empenhado durante a vigência da relação de garantia e o alcance potencialmente indeterminado da interdição do pacto comissório.

Ora, a dissecação destes aspectos, conjuntamente com as tentativas, legais, doutrinárias, jurisprudenciais e convencionais, encetadas para os adaptar ou suprimir, nos diversos ordenamentos, constitui o objecto do Capítulo II.

Em seguida, no Capítulo III, averiguar-se-á da compatibilidade destes ajustamentos introduzidos na disciplina codicística do penhor (em particular, o surgimento da garantia prescindindo do desapossamento material do constituinte) com o tipo legal do instituto.

Finalmente, no Capítulo IV, indagaremos da inclusão do penhor na categoria dos direitos reais e/ou das garantias reais (procurando distinguir, para o efeito, estes dois conceitos), perspectivando em que medida a diversidade de objectos empenháveis impelirá ou não a conclusões diversas a este respeito.

Nota: Por expresso desejo do Autor, a presente dissertação não foi redigida ao abrigo do acordo ortográfico

## Principais abreviaturas

- ADC – Anuario de Derecho Civil
- BBTC – Revista Banca, Borsa e Titoli di Crediti
- BGB – Bürgerliches Gezetz Buch
- BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- CCE - Código Civil Espanhol
- CCF - Código Civil Francês
- CCI – Código Civil Italiano
- CI - Contratto e Impresa
- CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
- CJ – Colectânea de Jurisprudência
- Cód. Com. – Código Comercial Português
- CPC – Código de Processo Civil
- CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CSC – Código das Sociedades Comerciais
- CT – Código do Trabalho
- CVM – Código dos Valores Mobiliários
- ERPL - European Review of Private Law
- FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- GC - Giustizia Civile
- GCom. – Giurisprudenza Commerciale
- ICLQ - International and Comparative Law Quarterly
- NLCC - Nuove Legge Civile Comentate
- RCDP - Rivista Critica di Diritto Privato
- RDC - Rivista di Diritto Civile
- RDCGO - Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle  
Obbligazioni
- RDP - Revista de Derecho Patrimonial
- RDU - Revue de Droit Uniforme
- RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

Rev. Dir. Com. - Rivista di Diritto Commerciale

Rev. Jur. Comm – Revue de Jurisprudence Commerciale

RNGCC – Rivista la Nuova Giurisprudenza Civile Comentata

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RTDC – Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTDCDE - Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique

RTDPC - Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

NOTA: Todos os artigos mencionados sem indicação adicional referem-se ao Código Civil Português

## Capítulo I – Regime do penhor tradicional (com desapossamento)

### 1 - Noção de penhor

Pese embora a figura do penhor se encontrar prevista e regulada (de modo genérico, mas não exclusivo), nos art.ºs 666.º a 685.º do Código Civil, o legislador evitou dar uma noção desta garantia real das obrigações, ao contrário do que fez noutros casos.<sup>1</sup>

O n.º 1 do art.º 666.º limita-se a indicar um dos principais atributos conferidos ao credor pignoratício (o direito de preferência) e a identificar os bens sobre os quais esta garantia pode recair (coisas móveis, créditos ou outros direitos), esclarecendo que, de entre eles, apenas constarão os não susceptíveis de hipoteca.

Esta opção do legislador enquadra-se numa tendência mais vasta, uma vez que a generalidade das legislações estrangeiras também não define o penhor.<sup>2</sup>

O Código vigente afasta-se, a este propósito, do Código de Seabra, em cujo art.º 855.º se afirmava que “*o devedor pode assegurar o cumprimento da sua obrigação, entregando ao credor, ou a quem o represente, algum objecto móvel, para que lhe sirva de segurança. É o que se chama penhor.*”<sup>3</sup>

À falta de uma noção legal, junta-se a circunstância de a expressão “*penhor*”<sup>4</sup> pode ser utilizada em diversos sentidos.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Como no caso dos privilégios creditórios que são definidos, no art.º 733.º, como a faculdade que a lei, atendendo à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente de registo, de serem pagos com preferência a outros.

<sup>2</sup> Veja-se, a título de exemplo, os art.ºs 2784.º a 2806.º do CCI, os art.ºs 1857.º a 1880 do CCE. Particular referência merece o ordenamento jurídico francês. Na redacção originária do Código de Napoleão, o art.º 2071.º definia a figura do “*nantissement*” como o contrato através do qual o devedor entregava uma coisa ao seu credor como garantia da sua dívida., sendo que este contrato poderia recair sobre bens imóveis (constituindo a anticrese) ou sobre bens móveis, dando origem ao penhor (“*gage*” na terminologia adoptada pelo legislador francês) – cfr. art.º 2072.º. Na secção dedicada ao penhor (art.ºs 2073.º a 2084.º), não existia qualquer referência adicional à noção desta figura, limitando-se o primeiro destes preceitos a consagrar o direito de preferência do credor pignoratício. Sucede, porém, que com a reforma do direito das garantias levada a cabo em 2006 (através da Ordonnance n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006, publicada no Journal Officiel de 24 de Março de 2006 e entrada em vigor no dia seguinte), o novo art.º 2333.º define o penhor como o contrato através do qual o constituinte concede a um credor o direito de se fazer pagar com preferência sobre os demais credores sobre um bem ou um conjunto de bens móveis, presentes ou futuros.

<sup>3</sup> Criticando esta noção, alegando que “*não se percebe bem se o penhor é o facto de entregar ao credor um objecto, para que lhe sirva de segurança, ou se este mesmo objecto. A verdade, porém, é que a palavra penhor é tomada na lei nestes dois sentidos; temos o penhor-contrato e o penhor-objecto*”, Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. V, Coimbra Editora, 1932, pág. 227. Por outro lado, Marques de Carvalho, *Natureza jurídica e condições de validade do penhor*, Universidade de Coimbra, 1942, pág. 21, centra a sua censura em três aspectos diversos, a saber, a referência apenas à susceptibilidade de a garantia pignoratícia ser constituída pelo devedor (quando o próprio Código de Seabra admite a constituição de penhor por um terceiro), o não enfatizar a obrigação que impende sobre o credor de restituir a coisa (uma vez extinta a obrigação garantida) e, finalmente, o utilizar da expressão “*objecto móvel*”, que poderá inculcar a ideia – errónea – que apenas as coisas móveis (mas não os créditos e os direitos) poderiam ser objecto de penhor.

<sup>4</sup> Santos Justo, *Direitos reais*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, pág. 468, relata que o vocábulo penhor (denominado *pignus* no direito romano) deriva de punho (*pugnus*), “*pois o que se dá em penhor é entregue com a mão, pelo que alguns julgam que o penhor só se constitui sobre coisas móveis*”. Por seu turno Ismael Acevedo y Criado, *Origen y evolución de la prenda sin desplazamiento o con registro y sus antecedentes en las legislaciones extranjeras y la de Perú*, in *Revista de derecho y ciencias políticas*, Lima, ano 24, n.ºs 1-2 (1959), págs. 19, salienta que “*la palabra castellana prenda, deriva del latín, y*



Em primeiro lugar, falamos de penhor para designar a própria coisa empenhada, ou seja, o objecto da garantia.

Depois, por vezes ao aludir ao penhor estamos-nos a referir ao direito do credor pignoratício (o chamado *ius pignoris*), isto é, a segurança particular que esta garantia confere ao credor e que se traduz, essencialmente, no direito de ser pago, sobre o produto da venda dos bens empenhados, com preferência sobre os demais credores do devedor.

Ao invés, noutros casos ao referirmo-nos ao penhor pretendendo indicar a própria garantia real.<sup>6</sup>

Noutras ocasiões ainda, o termo “*penhor*” significa o próprio contrato através do qual se constitui a garantia pignoratícia.

Finalmente, há quem utilize a expressão para se referir à relação jurídica que brota da criação da garantia e que implica um conjunto de direitos e deveres para ambas as partes.<sup>7</sup>

A tudo isto acresce que, em alguns ordenamentos jurídicos, se designa por “penhor comum” dos credores a responsabilidade geral do património do devedor pelas respectivas dívidas, consagrada entre nós no art.º 601.º (é o que sucede com o art.º 2093.º do CCF)<sup>8</sup> ou se usa a expressão penhor como sinónimo de direito real de garantia.<sup>9</sup>

---

*según su origen etimológico significa: pasar una cosa a poder del acreedor o (...) Cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación”.*

<sup>5</sup> Salientam este aspecto, entre outros, Gabrielli, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, págs. 59 e segs., admitindo que esta pluralidade de significados origina problemas, nomeadamente de ordem sistemática, relativamente ao local onde regular o instituto (o anterior CCI italiano regulava este instituto na parte relativa aos contratos, enquanto o actual optou por fazê-lo no título relativo à responsabilidade patrimonial e às causas de preferência, solução esta que merece o aplauso do Autor, na medida em que se deve atender mais ao efeito produzido do que ao contrato do qual aquele emana, para além de, deste modo, se colocarem em evidência as analogias com a hipoteca – regulada no mesmo título – e de se realçar a circunstância de o penhor poder nascer de outras fontes para além da contratual), Veiga Copo, *La prenda de acciones*, Civitas, 2002, pág. 59, Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: Direito das coisas*, Editora Saraiva, 2003 (37.ª Edição), pág. 355 e Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, Vol. V (Direitos reais)*, Editora Atlas, 2011 (11.ª Edição), pág. 555 (alertando este último, contudo, para a expressão penhor, quando aplicada ao contrato, se presta a equívocos, uma vez que “*o que habitualmente se chama de contrato de penhor nada mais é do que um contrato de mútuo, com constituição acessória de penhor, ou seja, de garantia real*”).

<sup>6</sup> De acordo com Hugo Ramos Alves, *Do penhor*, Almedina, 2010, pág. 53, esta é a acepção puramente técnica do termo “penhor”.

<sup>7</sup> Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 59.

<sup>8</sup> Que afirma textualmente que “*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*”. Para uma crítica da utilização da expressão penhor neste último sentido, vide Marcel Planiol (George Ripert e Emile Bécqué), *Traité pratique de droit civil français*, Vol. XII, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1927, pág. 69 e Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, *Leçons de droit français*, Tomo III, Vol. I, Sûretés: publicité foncière, 7.ª Edição (Yves Picod), Montchrestien, 1999, pág. 142 (esclarecendo que «*Ont dit également, mais aussi abusivement, que les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur (...), alors que sa situation se caractérise, au contraire, par l’absence de toute sûreté; l’expression signifie seulement que l’ensemble des biens existant dans le patrimoine du débiteur au moment des poursuites, répond de la dette*»). No direito italiano e apesar de a lei não fazer apelo a este significado, alguns autores também dão conta do uso da expressão “pegno generico”, contraposto ao penhor propriamente dito – neste sentido, Alberto Montel, *Pegno (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, 3.ª Edição, 1957, pág. 773 e Sebastiano Ciccarello, *Pegno (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, págs. 682.

<sup>9</sup> Faz alusão a este uso Gino Magri, *Il pegno di un’azienda commerciale*, Tipografia Ditta Garagnani e Figli, Bologna, 1904, pág. 13, alertando para a circunstância de a expressão penhor, quando usada neste

De ora em diante e salvo casos excepcionais, empregaremos a expressão no terceiro dos aludidos sentidos – como garantia real –, procurando encontrar uma definição que nos permita distingui-lo das demais figuras que integram essa mesma categoria.

Percorrendo a doutrina nacional,<sup>10</sup> deparamo-nos com noções não muito diversas, algumas enfatizando o aspecto de garantia conferida ao credor pignoratício,<sup>11</sup> outras o modo de constituição ou os respectivos objectos potenciais.<sup>12</sup>

Procurando conjugar todos estes aspectos, ousamos também nós propor uma definição de penhor (que funcione, pelo menos, como ponto de partida, uma vez que os seus contornos mais precisos apenas se revelarão ao longo do presente trabalho), considerando-o uma garantia real, prestada pelo devedor ou por terceiro, que recai sobre coisas móveis não hipotecáveis, que se constitui, em regra,<sup>13</sup> com a entrega do respectivo objecto ao credor ou a terceiro e cujo principal efeito consiste na atribuição ao seu titular o direito de ser pago, relativamente ao produto da venda dos bens empenhados, com preferência sobre os demais credores.

Tomando por base esta noção, poderemos, em seguida, analisar os seus principais traços característicos.

## 2 - Títulos para a constituição do penhor

---

sentido, ser sinónimo de direito real de garantia em geral, seja sobre coisa móvel ou imóvel, abrangendo o penhor propriamente dito e a hipoteca.

<sup>10</sup> No direito brasileiro, Afonso Dionysio Gama, *Do penhor civil, mercantil e agrícola*, Livraria Académica, São Paulo, 1919, pág. 13, entende estarmos perante um contrato de penhor “*sempre que o responsável por dívida ou obrigação, ou um terceiro, entrega ao credor ou a quem o represente, coisa móvel, susceptível de alienação, para o fim de sujeitá-la por um vínculo real ao pagamento dessa dívida ou desempenho da obrigação, desde que se resolva em prestação pecuniária*” e, no direito espanhol, Salinas Adelantado, *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 93, define-o como “*aquel derecho que del deudor o un tercero concede sobre una cosa mueble (entendida en sentido amplio), para que ésta permanezca especialmente reservada para la futura satisfacción del acreedor, y así, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda utilizarla para cobrar su crédito con preferencia frente a los otros acreedores del constituyente, incluso si la cosa ha pasado a la propiedad de un tercero*” ou, mais simplesmente, “*la situación de prevalencia erga omnes del acreedor pignoraticio sobre la cosa mueble dada en garantía, para la satisfacción de su crédito, en caso de incumplimiento del deudor*”.

<sup>11</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Penhor*, in *BMJ* n.º 58, págs. 17 e 18, afirma que “*o penhor é um direito real de realização do valor de uma coisa móvel para garantia de um crédito*”, acrescentando que “*pelo penhor constitui-se, sobre uma coisa móvel (ou sobre um direito), a favor de um credor, para garantia do seu crédito, um direito real que, entre outras vantagens, lhe confere preferência sobre os demais credores*”.

<sup>12</sup> Joaquim Bastos, *Do penhor mercantil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1943, pág. 7, entende que “*o penhor consiste na entrega feita ao credor pelo devedor, ou por terceiro, duma coisa mobiliária, para garantir o cumprimento da obrigação a que o devedor se achava adstrito*”. Também Paulo Cunha *Da garantia nas obrigações*, Apontamentos das aulas do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano lectivo de 1938-1939, coligidas por Eudoro Pamplona Côrte-Real, Tomo II, pág. 175, define o penhor como “*a garantia real que consiste em o devedor ou um terceiro se desapossarem voluntariamente de certa coisa mobiliária, para que fique especialmente afecta à segurança de determinado crédito, e que por êle responde preferencialmente, no caso de não cumprimento da obrigação por parte do devedor*”.

<sup>13</sup> Dizemos em regra porque, como veremos (vide infra n.º 1.2.8 do Capítulo II), existem no nosso ordenamento casos em que o objecto do penhor não tem que ser entregue ao credor ou a terceiro, seja porque essa entrega é substituída por uma entrega simbólica (cfr. art.º 398.º § único do Código Comercial), seja porque nem sequer há lugar a esta última, constituindo-se a garantia com recurso à figura do constituto possessório (como sucede com o regime do penhor bancário, nos termos do Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939).

## 2.1 - A lei

Ao contrário do que sucede relativamente à hipoteca, a nossa lei não prevê, nem regula, a figura do penhor legal, isto é, uma garantia pignoratícia que decorra directamente da lei,<sup>14</sup> ao invés do que sucede noutros ordenamentos, como o brasileiro<sup>15</sup> e o alemão,<sup>16</sup> muito embora também aí se suscitem dúvidas relativamente à respectiva natureza jurídica.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> O mesmo se passa no direito espanhol (constatando a generalidade da doutrina a inexistência de penhores legais neste ordenamento – neste sentido, entre outros, Jose Enrique Bustos Pueche, Teoría general de los derechos reales de garantía con especial atención al patto comissorio, in ADC, Tomo XIII, Vol. 2, 1990, pág. 552, Luís Díez-Picazo, Sistema de derecho civil, 5.ª Edição, Vol. 3, Civitas, Madrid, 2008, pág. 482 e Jose Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil, 3.º Edição, 1983, Tomo III, Bosch, Volume III, págs. 5 e 6) e italiano (Giuseppe Martino, Il pegno rotativo, in <http://www.diritto.it/materiali/civile/martino.html>, pág. 32).

<sup>15</sup> Cfr. art.º 1467.º do actual Código Civil Brasileiro, afirmando expressamente que são credores pignoratícios, independentemente de convenção, os hospedeiros ou fornecedores de pousada ou de alimento, pelas despesas que os clientes houverem efectuado (recaindo sobre as bagagens, móveis, jóias e dinheiro que aqueles clientes transportarem para aqueles estabelecimentos) e também os senhorios dos prédios rústicos ou urbanos pelas rendas em atraso (incidindo bens que constituam o recheio dos imóveis e sejam propriedade dos inquilinos: todavia, o locatário poderá impedir o surgimento deste penhor prestando caução idónea – art.º 1472.º). Merecem particular realce o facto de a garantia poder recair sobre vários bens (art.º 1469.º) e, sobretudo, de os credores se poderem apoderar dos bens onerados, antes de recorrer às autoridades judiciais, em caso de perigo na demora (art.º 1470.º, que apenas impõe ao credor pignoratício a entrega ao devedor de um documento comprovativo dos bens de que se apossou), embora tenham o dever de requer a posterior homologação judicial dessa apropriação (art.º 1471.º). Segundo Silvio Rodrigues, Direito civil, Vol. V (Direito das coisas), 28.ª Edição, Editora Saraiva, 2009, pág. 356 e segs., esta garantia destina-se a proteger certos credores (embora tenha subjacente um interesse social), mais concretamente, os hospedeiros (“*pessoas que, em virtude de sua profissão ou atividade, têm de tratar com desconhecido, não podendo, no mais das vezes, certificar-se da solvabilidade dos seus clientes, antes de procederem ao fornecimento que lhes é solicitado*”) e os proprietários de prédios rústicos ou urbanos (Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 363 e 364, alude a uma controvérsia, entendendo alguns que a garantia abrange apenas as mobílias do devedor que se encontrem no imóvel, enquanto outros alargam o âmbito a qualquer bens móveis existentes no imóvel e que sejam propriedade do inquilino: o Autor inclina-se para a segunda alternativa, afirmando que, se assim não for, fica frustrada a protecção que a lei pretendeu conferir aos credores, até porque dela já exorbitam os bens que não pertençam ao devedor, mas que este possua a outro título, como de empréstimo, bem como outros bens do devedor que não se encontrem no imóvel locado). Resulta do regime legal, que o credor, uma vez na posse dos bens sobre os quais recai o seu direito, deverá obter a homologação judicial do mesmo, sendo que, para esse efeito, apresentará uma petição judicial (instruída, no caso do hospedeiro, com a tabela dos preços e a descrição pormenorizada das despesas do devedor e dos objectos retidos em garantia da dívida; no caso do senhorio, deverá fazer prova do seu direito de propriedade e o valor dos alugueres em débito: em qualquer hipótese, o devedor terá sempre que ser ouvido antes de tomar uma decisão, podendo este defender-se alegando que a dívida se encontra extinta ou, no caso do viajante, que a tabela de preços não se encontrava afixada nos termos legais e, no caso do locatário, a inexistência de contrato de locação), solicitando a citação do devedor para que este, em 24 horas, pague ou apresente a sua defesa (sendo que esta apenas pode consistir na arguição da nulidade do processo, na extinção da obrigação ou na circunstância de a dívida garantida ou os bens executados extravasarem do âmbito da previsão legal - Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 567): perante a recepção deste pedido, pode o juiz deferir a homologação (caso em que se seguirá a execução pignoratícia) ou, ao invés, recusar tal pedido (e, então, os objectos apreendidos serão devolvidos ao devedor). Um outro penhor legal foi criado por lei a favor dos artistas e técnicos de espectáculo, recaindo sobre todo o equipamento do empregador usado na realização do programa, espectáculo ou produção e garantindo todas as obrigações incumpridas pelo empregador para com aqueles credores - Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 566.

<sup>16</sup> Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, (tradutores Ana Cañizares Laso e outros), Sachenrecht (Derechos reales), Vol. II, Fundación Cultural del Notariado, D.L., 2008, pág. 1484, esclarecem que tais garantias “*Sirven para garantizar automáticamente una pretensión obligacional, que la ley protege con un derecho real sobre una cosa basándose precisamente en la relación física entre crédito e cosa. También garantizan las impensas hechas en la cosa*” (apontam como

Importa, antes de mais, deslindar o verdadeiro significado de uma garantia legal, porquanto esta expressão pode abranger diversos sentidos.

Desde logo, não pretendemos aqui referir-nos àqueles casos em que a garantia se encontra prevista na lei, ainda que efectivamente só venha a nascer a partir do momento em que se produza um determinado facto a que a lei atribua o efeito de criar uma garantia (como sucede na generalidade das garantias de origem contratual ou judicial<sup>18</sup>), mas sim àqueles outros nos quais a lei funciona como fonte directa e imediata do surgimento da segurança real.<sup>19</sup>

Contudo, mesmo que adoptemos este segundo entendimento, resta ainda esclarecer se garantias legais serão apenas aquelas em que a lei seja condição necessária e suficiente para o seu surgimento (como sucede com os privilégios creditórios<sup>20</sup>) ou

---

exemplos, o disposto nos §§559, 581, 592, 647 e 704 do BGB, bem como outras disposições avulsas). Segundo estes Autores e apesar de a lei mandar aplicar a tais penhores o regime geral do BGB (§1257 deste diploma), tal regra sofre diversas excepções (motivadas muitas vezes pela própria relação jurídica que origina o seu nascimento), não apenas no que concerne à desnecessidade de desapossamento constituinte que caracteriza algumas delas, como também na impossibilidade de aquisição *a non domino* (excepto quando os penhores legais implicarem o desapossamento do empenhante): em suma, o traço comum aos penhores legais e convencionais residirá na sua função de garantia, no modo de execução e na sub-rogação sobre o produto da alienação.

<sup>17</sup> Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, Vol. V (Direito das coisas), Editora Saraiva, 2003 (28.ª Edição), pág. 356 e segs., entende estarmos perante um meio directo de defesa, que consente aos credores “*fazer efectivo o penhor, apreendendo a coisa pertencente ao devedor, para sobre ela fazer recair seu direito real, independentemente de prévia autorização judicial. Em rigor, a apreensão não constitui o penhor. Ela representa apenas uma pretensão à constituição do penhor. Este só se aperfeiçoará após a legalização*”, traduzida na homologação judicial daquela apreensão (até lá, o credor é mero detentor de um bem alheio), a qual “*legaliza a posse tomada pelo credor e ultima a constituição do direito real de garantia*”. Já Washington de Barros Monteiro, *ob. cit.*, págs. 364 e 365, menciona as dúvidas relativamente à natureza pignoratícia ou de direito de retenção deste instituto (reforçadas pela circunstância de, antes do CCB de 1916, os casos actualmente qualificados como penhor serem direitos de retenção), justificando a solução legal com a diferença entre ambas as figuras (no penhor legal o credor apossa-se de um bem que se encontra em poder do devedor – enquanto no direito de retenção o bem retido já se encontra em poder do retentor; o direito de retenção, contrário do penhor legal, prescindir de qualquer intervenção judicial; o direito de retenção é um simples meio de defesa, enquanto o penhor, mesmo legal, deverá ser executado; o direito de retenção é mais amplo – cabendo a qualquer credor que, embora obrigado a restituir um bem, seja credor por uma quantia conexa com essa retenção - enquanto o penhor legal só assiste aos credores especialmente indicados na lei; finalmente, o direito de retenção pode recair sobre bens imóveis, ao passo que o penhor legal incide apenas sobre bens móveis). Por seu turno Sílvio Salvo Venosa, *ob. cit.*, pág. 564, alerta para a existência prévia de um contrato, de cujo incumprimento gera, *ope legis* e sem prejuízo da necessidade de homologação judicial, o surgimento do penhor legal. Finalmente, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Vol. IV (Direitos reais, Editora Forense, 2006 (19.ª Edição), pág. 347, o penhor legal comporta uma dimensão de natureza privada (um resquício de justiça pelas próprias mãos), complementada por uma homologação judicial.

<sup>18</sup> Adoptando esta noção de garantias legais, poderemos dizer que todas as garantias previstas e reguladas num determinado ordenamento jurídico são legais, apenas extravasando deste domínio as chamadas garantias atípicas, com todas as dúvidas que esta categoria suscita.

<sup>19</sup> Distinguindo estas duas acepções em que se pode entender o conceito de garantia legal (com considerações expandidas a propósito da generalidade das garantias reais, mas perfeitamente aplicáveis ao penhor), Jacques Ghestin (directão) e Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, pág. 213, afirmando que no primeiro entendimento a lei funciona como *acte-règle*, ao passo que no segundo constitui um autêntico *acte-condition*.

<sup>20</sup> Como tivemos oportunidade de realçar noutra sede (vide Miguel Lucas Pires, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Almedina, 2004, pág. 31), no caso dos privilégios a lei é condição “*suficiente, no sentido em que a simples constituição do crédito determina o carácter privilegiado do mesmo, sem necessidade de o credor adoptar qualquer comportamento (por isso são apelidados de garantias legais), necessária, porque nenhum crédito poderá ser considerado privilegiado sem que a lei lhe confira tal qualidade (“pas de privilège sans texte”, como bem se afirma*

igualmente aqueles outros casos em que a lei será pressuposto necessário, mas não suficiente para a sua criação, ou seja, quando a garantia resulte directamente da lei, mas não prescindir de uma conduta activa da parte do beneficiário da garantia para que esta se constitua efectivamente (como acontece com as hipotecas legais).<sup>21</sup>

Entendemos que garantias legais em sentido estrito – no sentido em que a lei seja condição necessária e suficiente – se resumem aos privilégios creditórios,<sup>22</sup> pois apenas neste caso o crédito se encontra munido de garantia desde a sua nascença, sem que o respectivo titular tenha qualquer obrigação ou ónus complementar, assim concluindo pela ausência de qualquer penhor legal com estas características.<sup>23</sup>

Resta, por isso, indagar acerca da existência de um penhor legal em termos análogos aos da hipoteca, ou seja, que possa surgir com fundamento num dado preceito, mas pressuponha um determinado comportamento activo por parte do respectivo titular.

No caso da hipoteca legal, o credor deverá proceder ao respectivo registo sobre algum dos bens indicados por lei como potenciais objectos desta garantia, assim se observando o princípio da especialidade ou individualização dos bens.<sup>24</sup>

---

*na doutrina francesa*).” No entanto, mesmo relativamente aos privilégios creditórios, existem casos excepcionais em que a mera previsão legal é insuficiente para o nascimento da garantia, podendo ser ainda necessário um acto unilateral do devedor, uma decisão governamental ou até mesmo uma decisão judicial – para uma enumeração destes casos, vide o nosso *Dos privilégios cit.*, págs. 32 e 33.

<sup>21</sup> Como realça Chironi, *Tratato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Vols. I, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1894, págs. 558 a 560, cumpre distinguir entre a criação da garantia (ou título para a sua criação que, neste caso, é a lei) e sua constituição, que se traduz no respectivo registo (isto é, “*nella creazione per opera della legge, il momento in cui si determina efficacemente il rapporto è quello dell’iscrizione (...). La legge non crea, a parlare propriamente, il rapporto di garanzia: essa attribuisce in generale ad una data posizione giuridica la virtù di produrre l’ipoteca, e la creazione vera dipende della volontà della persona che intende di far valere quella virtù, e lo dimostra con la iscrizione*”) ou, nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vol. I, Coimbra Editora, 1987, pág. 726 “*Estas hipotecas não têm, portanto, como fonte imediata a lei. Resultam dela, mas carecem, posteriormente, de ser constituídas. O acto de constituição é o registo. Elas estão sujeitas, como quaisquer outras hipotecas, à disposição do art.º 687.º, que torna a eficácia desta garantia, mesmo em relação às partes, dependente do registo. Mas, neste caso de hipotecas legais, não se trata apenas de um problema de eficácia. Antes do registo, elas não podem considerar-se constituídas, não têm existência legal. Há apenas, por parte do credor, o poder legal de as constituir mediante um acto de registo, que será o título de especificação dos bens e determinação do crédito*”.

<sup>22</sup> Eventualmente poderemos acrescentar o direito de retenção, na medida em que também este resulta directamente da lei. No entanto e para além da discussão acerca da sua consideração como garantia real (neste sentido, vide o Acórdão do STJ de 27 de Dezembro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), o direito de retenção pressupõe a posse da coisa objecto do direito pelo seu beneficiário, além de exigir (excepto em alguns casos especiais previstos no art.º 755.º) que as despesas efectuadas pelo retentor apresentem uma ligação com o objecto retido (cfr. art.º 754.º), circunstâncias que não são exigidas para o nascimento dos privilégios (excepcionalmente, o art.º 742.º limita a eficácia do privilégios a determinados bens do devedor que se encontrem em seu poder). Para uma reflexão sobre os requisitos e a natureza jurídica do direito de retenção vide, por todos, Júlio Gomes, *Do direito de retenção (arcaico mas eficaz)*, in *Cadernos de direito privado*, n.º 11 (2005), pág. 3 e segs..

<sup>23</sup> Convém igualmente ter presente que os privilégios creditórios e as hipotecas legais se distinguem também pelo facto de os primeiros serem outorgados por lei a determinados créditos, ao passo que as segundas são atribuídas a determinados credores.

<sup>24</sup> Desta forma, ainda que a lei determine que uma determinada hipoteca legal pode ser constituída sobre todo e qualquer bem do devedor (cfr. art.º 708.º), esta nunca será uma hipoteca genérica, no sentido em que abarca automaticamente todos eles, pois será sempre necessário efectuar o registo relativamente a cada um deles, o qual tem efeitos constitutivos (art.º 687.º). Para uma análise meramente exemplificativa de credores a quem são atribuídas hipotecas legais, vide o art.º 705.º, o art.º 195.º do CPPT, o art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Junho e o art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 437/78, de 28 de Dezembro. Chironi, *ob. e cit.*, pág. 554 e segs., salienta, a este propósito, que a lei constitui um título idóneo a constituir a garantia sobre a generalidade dos bens, mas a sua constituição assume necessariamente um carácter de especialização ou individualização daqueles.

Apesar da ausência de normas na lei civil no que criem ou regulem o penhor legal, deparamo-nos no nosso ordenamento com um preceito – o art.º 195.º do CPPT – que parece consagrar um penhor legal.<sup>25</sup>

De facto, nos termos do n.º 1 da mencionada disposição legal, “quando o risco financeiro o torne recomendável, o órgão da execução fiscal, para garantia dos créditos tributários, poderá fundamentadamente constituir hipoteca legal ou penhor, de forma que assegure o pagamento da totalidade da dívida exequenda e acrescido.”,<sup>26</sup> acrescentando o n.º 5 que “o penhor será constituído por auto lavrado pelo funcionário competente na presença do executado ou, na ausência deste, perante funcionário com poderes de autoridade pública, notificando-se, nesse caso, o devedor nos termos previstos para a citação”.

Parece-nos, claramente, estarmos perante uma garantia cuja constituição se processa em termos idênticos aos da hipoteca legal,<sup>27</sup> com uma única diferença atinente à natureza dos bens abarcados por uma e outra garantia: na medida em que a hipoteca incide sobre bens registáveis, o comportamento a adoptar para o nascimento da garantia traduz-se na inscrição da mesma, enquanto no penhor, atenta a inexistência de um registo abrangendo a generalidade dos bens móveis,<sup>28</sup> se impõem outros mecanismos alternativos de constituição.<sup>29</sup>

Conforme se analisará adiante, o modo de constituição tradicional do penhor traduz-se na entrega do objecto da garantia ao credor (ou, quando muito, a terceiro) – o chamado penhor com desapossamento do devedor -, tendo, porém, surgido mecanismos alternativos a este, com o intuito de eliminar os inconvenientes associados ao aludido desapossamento (os chamados penhores sem desapossamento do devedor).

Coloca-se, por isso, a questão de saber se neste penhor – a constituir para garantia das obrigações de que seja titular o Fisco - se exige, ou não, o desapossamento do devedor e duas são as respostas possíveis.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Do mesmo modo, o Decreto-Lei n.º 124/96, de 10 de Agosto, (que regula a cobrança das dívidas fiscais ou à Segurança Social ao abrigo do chamado Plano Mateus), no seu art.º 6.º, n.º 2, permite, quando estiver em causa dívida superior a 100000000\$00 ou o risco financeiro envolvido o torne recomendável, a constituição de penhor ou hipoteca legal, a favor da Fazenda Pública ou da segurança social (o n.º 3 atribui a competência para a constituição destas garantias aos Ministros das Finanças e da Solidariedade e Segurança Social, que poderão delegar, e que regulamentarão, por despacho conjunto, as formas de articulação entre os serviços competentes). Por outro lado, o n.º 4 do mesmo art.º 6.º acrescenta que mesmas entidades poderão, a todo o tempo, efectuar nova penhora ou constituir nova hipoteca ou penhor em substituição dos que tenham recaído sobre bens desaparecidos, deteriorados ou desvalorizados.

<sup>26</sup> Também o art.º 50.º da LGT concede à administração tributária “o direito de constituição, nos termos da lei, de penhor ou hipoteca legal, quando essas garantias se revelem necessárias à cobrança efectiva da dívida ou quando o imposto incida sobre a propriedade dos bens”. Considerando que este preceito e o mencionado no texto consagram excepções à natureza contratual do penhor, asseverando traduzirem a consagração do penhor legal no nosso ordenamento (consentindo a constituição da garantia pela administração tributária quando o entenda necessário para a cobrança de dívidas fiscais), vide Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias, 2.ª Edição, Almedina, 2011, pág. 233.

<sup>27</sup> Não é por acaso que o próprio n.º 1 do art.º 195.º fala conjuntamente de “hipoteca legal ou penhor”, parecendo que também esta segunda garantia deverá ser qualificada como legal.

<sup>28</sup> Isto não obstante a aprovação do Código de Registo de Bens Móveis pelo Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro, diploma que, nos termos do seu art.º 7.º, n.ºs 1 e 2, (na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 311-A/95, de 21 de Novembro) apenas entrará em vigor quando for aprovado o respectivo regulamento (cfr. art.º 4.º), o que não aconteceu até à data.

<sup>29</sup> Poder-se-á levantar a questão de saber se, naqueles casos excepcionais em que o penhor se encontra sujeito a registo, bastará a inscrição para a constituição do penhor.

<sup>30</sup> Vide a este respeito o nosso Dos privilégios cit., págs. 100 e 101.

A primeira consiste em recorrer ao regime geral do penhor contido no Código Civil (não excepcionado pelo CPPT), que consagra o desapossamento do devedor como condição do nascimento da garantia pignoratícia.

A segunda, que temos por preferível, passa por considerar este um penhor que prescinde (ou pode prescindir) do desapossamento do devedor, apoiando-se esta solução no facto de o n.º 5 do art.º 195.º do CPPT admitir explicitamente a possibilidade de o penhor ser constituído sem a presença do devedor, ou seja, mesmo antes ou independentemente da entrega do objecto da garantia.

Outro caso em que se poderá apelar à figura do penhor legal encontra-se no Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, que regula, entre outras matérias, o sistema de indemnização aos investidores no mercado de valores mobiliários.

De acordo com o n.º 1 do art.º 6.º deste diploma, as entidades participantes<sup>31</sup> assumem a obrigação irrevogável de entregar ao sistema, em caso de accionamento deste por parte dos investidores, os montantes necessários para pagamento das indemnizações devidas a estes últimos, obrigação esta de carácter irrevogável e necessariamente garantida por penhor de valores mobiliários (cfr. n.º 2 do art.º 6.º).

Em confronto com o regime vertido no art.º 195.º do CPPT, duas diferenças de monta podem ser assinaladas: por um lado, a delimitação dos possíveis objecto da garantia (apenas valores mobiliários) e, por outro, a obrigatoriedade de prestação da garantia (que, no caso da lei fiscal, apenas será concedida caso o credor entenda que as circunstâncias o justificam).

De penhor legal se poderá falar também no caso previsto no n.º 1 do art.º 623.º, por força do disposto no n.º 2 do art.º 666.º, ou seja, quando alguém for autorizado ou obrigado por lei a fornecer caução e esta for prestada através de depósito, este será considerado como um penhor constituído em favor do beneficiário da caução.<sup>32</sup>

De *lege ferenda*, nada obsta à criação de penhores legais, mas não podemos esquecer, como bem refere VAZ SERRA,<sup>33</sup> que muitas dessas figuras se encontram reguladas na nossa lei como privilégios creditórios ou direitos de retenção.

Assim sendo, quando o legislador pretende conferir directamente uma garantia ou um título para a sua constituição a um determinado credor ou a certo crédito, poderá fazê-lo através da criação de um privilégio (caso em que o credor nada mais terá que fazer para beneficiar da garantia), de uma hipoteca ou penhor legais (hipótese em que o credor deverá proceder à constituição de uma destas garantias nos moldes previstos na lei para cada uma delas) ou de um direito de retenção (situação que se traduz na atribuição de efeitos jurídicos a uma situação de facto – a posse de um determinado bem).

Sucedem, porém, que alguns dos privilégios creditórios previstos em legislações estrangeiras<sup>34</sup> e no Código Seabra<sup>35</sup> exigiam, como pressuposto da manutenção da

---

<sup>31</sup> Nos termos do art.º 4.º, para além de outras eventuais integrantes, as entidades que obrigatoriamente pertencem a este sistema são as empresas de investimento com sede em Portugal e as instituições de crédito com sede em Portugal autorizadas a efectuar operações de investimento.

<sup>32</sup> Neste sentido, Neves de Oliveira, O penhor de créditos: contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações, Biblioteca da FDUL, págs. 30 e 31. Todavia, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 235 e 236, nota 666, entende ser necessário distinguir consoante o dinheiro seja entregue a terceiro ou ao próprio credor: no primeiro caso, existirá um penhor do crédito à restituição do dinheiro; no segundo, estamos perante um penhor irregular – isto é, um negócio fiduciário “*que tem por objecto dinheiro que passa a integrar o património do credor. Este terá que o restituir, caso o devedor/constituente dessa garantia, cujo objecto é dinheiro, cumpra. Tem assim um crédito condicional à restituição da soma. O evento condicional é o cumprimento pelo devedor*” – e, por isso, o sentido da remissão legalmente aludida se refira apenas ao depósito nas mãos de terceiro.

<sup>33</sup> Penhor cit in BMJ n.º 58, pág. 148.

garantia, que o bem se encontrasse e permanecesse em poder do credor ou que se mantivesse numa determinada localização.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Como sucede com os privilégios previstos nos art.ºs 2756.º, 2757.º, 2761.º e 2764.º do CCI. Daí a discussão acerca da natureza destas figuras: não serão estes privilégios verdadeiros penhores legais? Responde afirmativamente Ettore Protetti, *Il pegno nella giurisprudenza*, Cedam, 1970, pág. 21 e negativamente, Gino Gorla e Zanelli e Pietro Zanelli, *Del pegno, delle ipoteche*, in *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 4.ª Edição, Zanichelli Editore, 1992, pág. 53. Pelas razões aduzidas adiante no texto, consideramos que, nestes casos, estamos perante autênticos privilégios. Um outro caso considerado por alguns Autores (Rubino, *La responsabilità patrimoniale: il pegno*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano* (diretto da Filippo Vassalli), 2.ª Edição, 1949, Vol. XIV, Tomo I, pág. 239) como penhor legal é o previsto no art.º 2742.º do CCI (semelhante ao art.º 692.º – aplicável ao penhor por força da remissão do art.º 678.º - onde se consagra a possibilidade de, em caso de perda, deterioração ou diminuição de valor da coisa e se o dono da coisa tiver o direito de ser indemnizado, os titulares da garantia conservam sobre as indemnizações, as preferências que detinham sobre a coisa onerada), mas este fenómeno pode ser explicado através do recurso ao fenómeno da sub-rogação real (sobre este instituto, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II), para além do facto de, como nota Protetti (ob. e loc. cit.), não se poder falar de penhor porquanto as quantias indemnizatórias não são entregues ao credor e, como salienta Enrico Gabrielli in *Il pegno*, in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da Rodolfo Sacco), I diritti reali (Vol. V): *Il pegno*, UTET, 2005 pág. 100, a esta garantia não se deverão aplicar as normas relativas ao penhor, não se tratando de um penhor de crédito, mas sim de uma causa de preferência atípica. No direito francês, Troplong, *Le droit civil expliqué – De la contrainte par corps, Du natissement, du gage et de l’antichrèse*, Bruxelles, 1848, págs. 26 e 27, qualifica estes privilégios como “*gages tacites*”, precisamente por dispensarem qualquer formalidade destinada à sua constituição. Também a propósito do direito espanhol, Olivencia Ruiz, *Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el derecho mercantil*, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, págs. 28 e segs., fala de “*prenda legal*” que seria uma espécie de privilégio, ou seja, “*no todos los privilegios de Derecho mercantil gozan de esa calificación (...) cuando están especialmente obligados a la responsabilidad y el acreedor puede exigir la venta judicial (...) puede hablarse de una “prenda tácita o legal”, cuya eficacia se prolonga hasta en caso de quiebra sobrevenida del deudor*”.

<sup>35</sup> Vide os art.ºs 882.º e 883.º do Código de Seabra.

<sup>36</sup> Segundo Ferrara, *L’ipoteca mobiliare*, Foro Italiano, Roma, 1932, pág. 105, em tal caso estaremos perante penhores legais ou tácitos (tanto mais que a lei integra o penhor na lista dos privilégios creditórios), sempre que a lei exija que o bem permaneça em poder do credor (afirmando que “*In questi casi infatti il diritto di pegno è subordinato alle regole che la cosa oppignorata resti in potere del creditore. Soltanto che questo pegno, invece che per volontà delle parti, nasce per volontà di legge*”), enquanto naqueles casos em que se imponha que o bem permaneça num local pertença do credor ou naquele em que teve origem e com fundamento no qual surgiu o crédito garantido considera estarmos perante hipotecas mobiliárias. Também Hardel, *Étude de la notion de dessaisement en matière de gage en droit français*, Sirey, 1933, pág. 110 e segs., adopta a terminologia de “*gage tacite*”, para hipóteses em que a constituição da garantia resulta de situações de facto, como sucede com alguns privilégios cuja condição de funcionamento reside na manutenção do bem numa determinada localização pré-existente ao surgimento da garantia (por exemplo, o hoteleiro sobre os bens que o cliente deposite em seu poder ou do transportador sobre os bens por ele transportados) ou nos casos de desapossamento simbólico (aos quais se fará referência mais à frente no texto). De acordo com Simon Quincarlet, *La notion de gage en droit privé français: ses diverses applications*, Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, 1937, pág. 238 e segs., os penhores tácitos ou legais são os atribuídos a “*certaines créanciers qui se trouvent en possession d’une chose mobilière appartenant a leur débiteur sans qu’il y ait eu entre les parties convention expresse de gage*”: todavia, ao entendimento clássico e seguido pela jurisprudência dominante que qualifica estes penhores como tácitos (considerando, por exemplo e a propósito da garantia do proprietário de albergues sobre os bens dos seus hóspedes, que na medida em que aquele recebe em sua casa pessoas que não conhece “*la loi suppose qu’il intervient entre lui et chaque voyageur une convention tacite aux termes de laquelle les effets transportés dans l’hôtellerie seront spécialement affectés à titre de gage à la garantie de l’aubergiste pour le payment des fournitures faites au voyageur pendant son séjour (...) inspirée par des motifs d’intérêt général (...) facilite l’exercice de la profession d’aubergiste qui autrement deviendrait fort périlleuse*”), contrapõe-se outro, minoritário, que o apelida de garantia legal (entendendo que as fontes dos negócios jurídicos e das obrigações são a lei e a vontade das partes, pelo que, neste caso e perante a ausência desta última, o fenómeno será enquadrável no âmbito das garantias legais).



Dá que alguns autores, como GUILHERME MOREIRA,<sup>37</sup> os considerassem verdadeiros penhores legais, por entender que quando os privilégios recaiam sobre coisas móveis e, além do direito de preferência, o credor também disponha do direito de retenção, existirá um penhor (legal).<sup>38</sup>

Apesar de, no nosso ordenamento actual, não existir nenhum privilégio com estas características, sempre diremos que, salvo o devido respeito por opinião contrária, nestes casos estamos ainda perante privilégios creditórios, cuja única especificidade reside na circunstância da sua operatividade se encontrar dependente de uma circunstância fáctica, qual seja a posse do bem por parte do devedor ou uma localização determinada por lei.<sup>39</sup>

De facto, nestes casos, a garantia resulta directamente da lei, sem necessidade de qualquer comportamento activo por parte do seu beneficiário destinado à sua constituição, a não ser o de impedir o desapossamento do bem ou a alteração da sua localização.<sup>40</sup>

No ordenamento espanhol, vezes se erguem a favor da denominação dos embargos de bens móveis como verdadeiros penhores legais, muito embora tal entendimento seja alvo de severos reparos.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> In *Instituições de direito civil português*, Vol. II (Das obrigações), Imprensa da Universidade, 1925, Coimbra, págs. 351 e 363. No último destes locais, o referido Autor afirma que estes privilégios deveriam considerar-se “*um penhor legal, visto que o credor tem não só o direito de preferência enquanto detiver os objectos em seu poder, mas o direito de os reter até que seja pago, atribuindo-lhe a lei expressamente o direito de retenção (...). Ora este direito só pode explicar-se pelo penhor.*” Em face do direito espanhol, estes casos são explicados por Guillarte Zapatero, Comentario aos art.ºs 1857.º a 1873.º, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Vol. XXIII (art.ºs 1822.º a 1886.º), Dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial revista de derecho privado (2.ª edição), 1990, pág. 488, como direitos de retenção, aos quais, por vezes, se associa a concessão de um direito de preferência, excluindo o Autor tratar-se de verdadeiros penhores legais.

<sup>38</sup> Existe, por outro lado, outra garantia qualificada por alguma doutrina francesa (Gabriel Marty, Pierre Raynaud e Philippe Jestaz, *Les sûretés; la publicité foncière*, Sirey, 2.ª Edição, 1987, pág. 297, Marie-Noelle Jobard-Bachelier, *Droit civil: sûretés, publicité foncière*, 13.ª Edição, Dalloz, 2000, pág. 55) como penhor legal (e até como hipoteca mobiliária legal), que é o penhor sobre veículos automóveis (vide o Decreto de 30 de Setembro de 1953), na medida em que esta garantia é associada, por imposição de lei, a qualquer contrato de venda a crédito ou de financiamento para aquisição de automóveis, operando através de um desapossamento fictício que consiste na entrega ao credor do recibo da matrícula do veículo. No entanto, seguindo o entendimento de Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés*, 5.ª Edição, Litec, 1999, pág. 565, não estamos perante uma garantia legal, na medida em que “*sa constitution requiert une formalité – l’écrit enregistre – qui dépend de la volonté des parties*” (no mesmo sentido, acrescentando que, para além do registo, é necessário um acto escrito que pressupõe um consentimento mútuo das partes, vide Jacques Ghestin, (direcção), Jacques Mestre, Emmanuel Putman, et Marc Billiau, *Droit special des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, pág. 313). Acerca das regras actuais sobre esta garantia, vide infra n.º 1.2.2 do Capítulo II.

<sup>39</sup> Como bem nota Chironi, ob. cit., págs. 554 e 555, os apelidados penhores legais, os quais resultam “*da favore verso la causa del credito, e perciò, meglio che del pegno, avrebbe la ragion di essere del privilegio*”.

<sup>40</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 57 e segs., dá conta que a doutrina francesa ora qualifica este tipo de penhores como tácitos (considerando, mesmo na ausência de qualquer convenção, que o credor que se encontra em poder de um bem do seu devedor pretende que lhe seja atribuído um direito de preferência sobre tal coisa), ora os considera como legais (posição à qual o Autor adere, escrevendo que esta garantia “*naît immédiatement de la loi et médiatement du fait juridique que constitue la possession par un créancier d’un meuble de son débiteur dans certaines conditions*”).

<sup>41</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 489, refuta esta equiparação entre um instrumento processual e uma instituição de direito substantivo, desde logo porque o penhor pode operar mesmo antes do incumprimento da obrigação garantida (enquanto o embargo, salvo casos excepcionais, apenas funciona uma vez verificado aquele incumprimento), para além de o embargante não se tornar possuidor dos bens embargados (e, por isso, não beneficiar das prerrogativas que, por força dessa posse, são atribuídas ao credor pignoratício).

## 2.2 - Decisão judicial

Nos termos do n.º 1 do art.º 710.º, a decisão judicial (ainda que não transitada em julgado) que condene o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível constitui título suficiente para o registo de uma hipoteca sobre qualquer bem do obrigado.<sup>42</sup>

Tal como referido a respeito da hipoteca legal, também aqui a decisão judicial não opera, por si só, a constituição da garantia, funcionando apenas como título que legitima a posterior constituição.

A principal vantagem, para o credor, da constituição de uma hipoteca nestas circunstâncias, reside em não ter de aguardar pela fase executiva (*rectius*, pela penhora que aí venha a ocorrer) para obter uma preferência sobre determinados bens do devedor, conseguindo, assim, suplantar em sede de concurso os demais credores que tenham obtido a sua garantia depois do registo da referida hipoteca judicial.

Mais uma vez, a lei civil geral omite qualquer referência ao penhor judicial mas, ao contrário do exposto acerca do penhor legal, não existe qualquer consagração em legislação avulsa de uma garantia desta índole.<sup>43</sup>

Nesta conformidade, resta concluir pela inexistência de um penhor judicial, pelo que o credor munido de uma decisão judicial condenatória que pretenda obter uma garantia judiciária sobre determinados bens do devedor deverá aguardar pela penhora ou outro acto de apreensão equivalente.<sup>44 45</sup>

---

<sup>42</sup> Se a prestação não for líquida, a hipoteca pode ser registada pela quantia provável do crédito (n.º 2), ao passo que se o devedor for condenado a entregar uma coisa ou a prestar um facto, a hipoteca só poderá ser registada havendo conversão da prestação numa indemnização pecuniária (n.º 3).

<sup>43</sup> Acerca da questão de saber se, em caso de substituição do objecto onerado (cfr. art.ºs 701.º, aplicável ao penhor por remissão do art.º 678.º), a nova garantia pode ser qualificada como judicial ou legal, vide infra n.º 9 do Capítulo I.

<sup>44</sup> O arresto, por exemplo, produz efeitos legalmente equiparados aos do penhor e, tendo os bens penhorados sido previamente arrestados, a anterioridade da penhora reporta-se à data do arresto, podendo aquela ser convertida neste por simples despacho judicial (cfr. art.ºs 622.º, n.º 2 e 822.º, n.º 2 e art.º 846.º do CPC)

<sup>45</sup> A generalidade dos ordenamentos estrangeiros também desconhece o penhor judicial. Por exemplo, no direito italiano, Montel, *Pegno cit.*, pág.794 e, mais recentemente, Barbara Cusato, *Il pegno*, Giuffrè, Milano, 2006, págs. 159 e 160 (que considera não fazer parte dos poderes das autoridades judiciárias determinar a constituição de penhores), Enrico Gabrielli, *Il pegno*, in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da Rodolfo Sacco), *I diritti reali* (Vol. V): *Il pegno*, UTET, 2005, pág. 100 (com base na inexistência de norma expressa que consagre tal hipótese) e Giuseppe Martino, *ob. cit.*, pág. 32. No direito francês encontram-se previstas três hipóteses diversas: uma primeira no art.º 2075-1 do CCF (introduzido pela Lei de 5 de Julho de 1972), outra relativa ao penhor judicial de estabelecimento comercial e outra de carácter geral (estas duas últimas reguladas nos art.ºs 77.º e segs. da Lei de reforma dos processos de execução – Lei de 9 de Julho de 1991). De acordo com Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 531, o primeiro dos citados preceitos apresentava os inconvenientes de apenas permitir que a garantia incidisse sobre dinheiro e títulos de crédito e, por outro lado, requerer o concurso do devedor para a sua constituição. Por isso, na opinião destes Autores, a previsão da Lei de 1991, ao permitir a sua constituição sem a colaboração do devedor e ao alargar o âmbito dos possíveis objectos da garantia (nomeadamente às acções, quotas, partes sociais e valores mobiliários), constitui uma inovação relevante. Porém, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 229 a 247, procedem a uma análise detalhada das várias modalidades de garantias judiciais consagradas no direito francês, distinguindo entre as garantias judiciais conservatórias (que correspondem àquelas a que já se fez referência nesta nota) e as garantias judiciais forçadas (subdividindo estas em garantias convencionais impostas pelo juiz, em garantias constituídas por contrato judiciário e verdadeiras garantias judiciais). Mais simples é a classificação proposta por Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 7.ª Edição, LGDJ, 2009, págs. 397 e 398, distinguindo as garantias judiciais em conservatórias (cujo principal efeito é o de tornar indisponíveis os bens a que respeita) e judiciais propriamente ditas (que, não produzindo a indisponibilidade, conferem ao beneficiário um

Questão diversa é a de saber se, tendo o empenhador um crédito que resulta de uma decisão judicial favorável, poderá empenhá-lo em favor de um seu credor, à qual habitualmente se responde de modo afirmativo.<sup>46</sup>

### 2.3 - Negócio jurídico unilateral<sup>47</sup>

Novamente nos deparamos com a admissão expressa de criação de hipotecas através de negócio jurídico unilateral (cfr. art.º 712.º) e o silêncio relativamente à constituição de penhor do mesmo modo.

À primeira vista, a admissibilidade do negócio jurídico unilateral como título para a constituição da garantia pignoratícia parece enfrentar um obstáculo insuperável no facto de os negócios jurídicos unilaterais apenas obrigam nos casos expressamente previstos na lei (cfr. art.º 457.º), representando o art.º 712.º uma norma excepcional, insusceptível de aplicação analógica (art.º 11.º).<sup>48</sup>

---

direito de sequela e de preferência), podendo estas últimas recair, não só sobre bens hipotecáveis ou o estabelecimento comercial, mas também sobre valores mobiliários (desde que seja notificada a entidade gestora ou o intermediário financeiro onde os mesmos se encontrem inscritos, como condição de oponibilidade da garantia) e participações sociais (desde que seja notificada a sociedade emitente, como condição de oponibilidade da garantia), requerendo-se posteriormente uma publicidade definitiva da garantia. O efeito principal da decisão judicial é o de produzir o bloqueio desse tipo de bens, o que não significa a sua indisponibilidade, pelo que o constituinte poderá alienar os bens em questão (porém, mesmo que o faça antes da publicidade definitiva, o credor beneficiará dos mesmos direitos do titular de uma garantia convencional ou legal) e, tratando-se de valores mobiliários inscritos numa conta, se o credor os alienar, a garantia passará a incidir, sem necessidade de convenção nesse sentido, sobre os valores mobiliários adquiridos em substituição daqueles, efeito este que o Autor enquadra no âmbito da sub-rogação real (em termos semelhantes, Simler e Delebecque, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 5.ª Edição, Dalloz 2009, págs. 634 e 635). No direito alemão, por seu turno, encontra-se consagrada uma figura chamada penhor em garantia de uma penhora, conferindo ao seu titular um direito de preferência oponível a terceiros (quer através do exercício de acções possessórias ou de reivindicação), considerando Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1561 e 1562, que se trata de uma figura de natureza mista (pública e privada) *“diferenciándolo de los derechos de prenda convencionales o contratuales por su modo de constitución – un acto de derecho público, como es el embargo, es el que provoca la constitución del derecho -, y a la que se aplica la regulación del BGB, salvo las matizaciones que haya que introducir a consecuencia de los fines y las particularidades del procedimiento de ejecución forzosa”*.

<sup>46</sup> Assim, Colaço Canário, O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações, in RJ, n.º 1 Out/Dez 1982, pág. 60, afirmando que *“não há fundamentos a opor a tal possibilidade, uma vez que o crédito, tendo por base um título válido e eficaz, pode servir os ditames do seu novo proprietário. A fonte, neste caso, deixa de ser relevante, atendendo ainda a que o crédito em causa pode ser executado em acção posterior: como tal, não poderia deixar de ser empenhável”*. O mencionado Autor apenas excepciona os créditos inexigíveis, como sejam os já prescritos.

<sup>47</sup> Questão diversa prende-se com a aptidão do negócio unilateral enquanto acto apto a dar vida a uma promessa de concessão de penhor, hipótese esta que se nos afigura válida – no mesmo sentido, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 254 e 255.

<sup>48</sup> No direito italiano, o art.º 1987.º do CCI prescreve, igualmente, a natureza excepcional dos negócios unilaterais, enquanto o art.º 2821.º, n.º 2, interdita a constituição de hipotecas por via testamentária: em face deste regime, Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 33, admite a constituição de penhor através de negócio unilateral (considerando que o preceito ditado para a hipoteca deverá ser aplicado também ao penhor, resultando do mesmo apenas a impossibilidade de, entre as várias modalidades que os negócios unilaterais podem assumir, a garantia se constituir por via testamentária) enquanto Chironi, ob. cit., págs. 527 a 529, nega a admissibilidade dos negócios jurídicos unilaterais enquanto títulos para a criação de penhores. Para o direito espanhol, vide Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 485, alegando que *“la simple voluntad del presunto constituyente no es bastante para suplir el requisito de la transmisión posesoria que, en todo caso, impone Código Civil y requiere la cooperación del acreedor, incluso tratándose de entrega al tercero”*.

Todavia, este carácter excepcional da norma que indica o negócio unilateral como fonte de constituição de hipotecas pode ser refutado, argumentando que a norma em questão (art.º 712.º) constitui uma norma geral em matéria de garantias reais - uma vez que o legislador traçou com particular detalhe o regime da garantia hipotecária -, podendo, por isso, ser alvo de aplicação analógica à garantia pignoratícia, ainda que tal preceito não conste da remissão para o regime da hipoteca efectuada pelo art.º 678.º.<sup>49</sup>

Como bem nota VAZ SERRA,<sup>50</sup> esta discussão assume um carácter essencialmente teórico, não apresentando o penhor constituído com fundamento num negócio jurídico unilateral grande interesse prático, pois “*Desde que a entrega é necessária para o penhor, é preciso, em regra, pelos menos, o consentimento do credor*”, considerando, por isso, duvidosa a constituição de penhor nestes termos, pelo menos ao abrigo do regime tradicional do penhor de coisas com desapossamento do devedor.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> É a posição de Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 92 e segs., destacando como da consagração legal da possibilidade de constituição da consignação de rendimentos e, sobretudo, de hipotecas, através de negócio jurídico unilateral se pode retirar um princípio geral de “*validade de constituição de garantias reais por declaração unilateral, já que em ambos os casos estamos perante afectações preferenciais e específicas de bens*” (sustentando, em conformidade, a possibilidade de aplicação analógica do art.º 712.º ao penhor - negando a natureza excepcional desta norma - assim afastando o princípio geral vertido no art.º 457.º). Noutras latitudes, partilham este entendimento Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 54 e 55 (que, por isso, admitem a constituição de penhor com base em negócio jurídico unilateral), Francesco Realmonte, Il pegno, in Trattato di diritto privato (diretto da Pietro Rescigno), Vol. XIX, UTET, Torino, 1985, págs. 653 e 654, Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 101 e Ruscello, Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione, Edizioni Scientifiche Italiane, Jovene, 1984, pág. 115 e segs. (argumentando que a razão de ser da norma prevista para a hipoteca - “*normalmente chi ha un credito, cioè chi vuol essere pagato, vuole anche i mezzi per ottenere il pagamento o che gli assicurano il pagamento, e nessuno rifiuta questi mezzi senza rinunciare in certo senso al valore o alla efficacia del suo credito*” - é perfeitamente extensível ao penhor e, em particular ao penhor de créditos, no qual a unilateralidade constituiria até a regra, acrescentando que esta solução é válida “*tanto per il legato obbligatorio quanto per il legato reale, se è vero che in nessuna delle due ipotesi si costituisce autonomamente il diritto di garanzia ma soltanto il titolo per la sua costituzione*” (cfr. págs. 124 a 127). À mesma conclusão chega Protetti, ob. cit., pág. 21, aduzindo dois argumentos suplementares: por um lado, afirmando que o ordenamento jurídico italiano associa alguns efeitos jurídicos às declarações negociais unilaterais e, por outro, alegando que o penhor (ao contrário da hipoteca que requer, para a sua formalização, um documento público ou privado) se constitui apenas com a entrega da coisa, sendo irrelevante que a vontade do concedente do penhor seja manifestada através de negócio uni ou bilateral. Este último Autor acrescenta que, por se tratar de declarações receptícias, a vontade do constituinte deve ser comunicada ao credor e, a partir desse momento, torna-se vinculante e irrevogável. Em face do direito espanhol e mais concretamente da lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento, García-Pita y Lastres, La hipoteca mobiliaria e la prenda sin desplazamiento, en el derecho mercantil, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 181, enumera um caso em que este diploma expressamente reconhece o negócio jurídico unilateral como fonte da nascimento de uma destas figuras, quando constituídas em garantia de títulos-valores emitidos à ordem ou ao portador (tendo em conta o carácter circulante destes títulos e a mutabilidade e indeterminação *ab initio* do credor), enquanto Mejias Gomez, La prenda de acciones, Aranzadi, 2002, págs. 128 e 129, sustenta a admissibilidade da constituição do penhor de acções através de negócio jurídico unilateral, embora considera que o negócio permanecerá incompleto até à entrega das acções ou ao seu registo (consoante se trate de valores titulados ou escriturais), para além de aludir ao caso específico da constituição *mortis causa* (acrescentando que, nesta hipótese, nem sequer será necessária a inscrição no registo das acções tituladas): na jurisprudência, Lerena Cuenca e Martínez Imizcoz, Hipoteca, prenda y anticresis, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 524 a 526, noticia que a sentença da Audiência Provincial de Gipuzkoa de 4 de Março de 2003, reconhece a possibilidade de constituição de penhor através de negócio unilateral.

<sup>50</sup> Penhor cit in BMJ n.º 58, págs. 147 e 148. Não confundir a questão analisada no texto com outra, distinta, relativa à possibilidade de constituição por negócio jurídico unilateral da obrigação de empenhar, problema este que, de acordo com o Autor, deve ser solucionado nos termos gerais da admissibilidade dos negócios unilaterais.

<sup>51</sup> No mesmo sentido, Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág.101.

No entanto, a questão assume particular relevância para aqueles penhores para cuja constituição a lei dispense a formalidade da entrega material do bem ao credor, como sucede com o penhor de créditos e outros direitos (cfr. art.º 681.º), importando determinar se, nestes casos, bastará notificar o credor ou registar o acto unilateral do devedor.<sup>52</sup>

Um caso particular respeita à possibilidade de constituir um penhor por via testamentária, admitida para a hipoteca de modo implícito pelo art.º 714.º.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> É o que sucede também, no direito espanhol, com o penhor de valores mobiliários representados através de anotações em conta, por força da legislação especial que rege esta matéria – neste sentido, Barrada Orellana, *Las garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 83 e 84. Com efeito e como salienta De la Santa Garcia, *Prenda de valores en garantía de operaciones crediticias: prenda telemática*, Marcial Pons, 2002, pág. 182 e segs., este tipo de penhor poderá ser inscrito no registo “*mediante la manifestación unilateral del que figure en registo como titular de los valores, debiéndose entender producida la aceptación de la prenda por parte del acreedor pignoraticio desde que el titular de los valores comunique a la entidad encargada del registo contable dicha manifestación unilateral, siempre que así se haya previsto en el Reglamento del mercado o del sistema de compensación y liquidación o se haya previsto expresamente por las partes*”, devendo a entidade registadora comunicar, *a posteriori*, ao credor pignoraticio, a inscrição e os seus detalhes, de modo a que este possa comprovar a autenticidade dos mesmos: todavia, o Autor ressalva que esta modalidade de constituição de penhor sobre valores mobiliários escriturais apenas vale para os admitidos a negociação em mercado secundário, por ser relativamente a estes que mais se faz sentir a necessidade de criação de mecanismos mais expeditos de constituição de garantias.

<sup>53</sup> O mesmo sucede, de acordo com Diez-Picazo, *ob. e loc. cit.*, no direito espanhol, onde também se admite expressamente a hipoteca testamentária, mas não se vislumbra qualquer referência ao penhor constituído com o mesmo fundamento (admite igualmente a constituição de penhor por via testamentária Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, pág. 422, nota 7, alegando que tal possibilidade é tão viável como o é a constituição de qualquer outro direito real pela mesma via: assim, A, conhecedor que B, seu herdeiro, é devedor de C, introduz uma cláusula testamentária nos termos da qual um determinado bem da herança passe a garantir pignoraticamente o crédito de C: em tal caso, uma vez aceite a herança por B, este deverá entregar o bem a C, embora este adquira o direito de penhor desde a morte de A e sem necessidade de entrega do bem e mesmo antes da aceitação da herança por parte de B, justificando a desnecessidade de entrega com o facto de “*la tradición es necesaria para adquirir los derechos reales sólo cuando se trata de enajenación pr contrato, pero no por sucesión mortis causa*” e, ainda, que aquela imposição de entrega prevista para o penhor contratual “*no es debida a que (independientemente de la tradición y teoría del título e del modo) el derecho de prenda requiera la entrega para nacer, sino a que ésta es requerida para la perfección del contrato, por ser el constitutivo de la prenda, contrato real*”). Pelo contrário, no direito italiano o art.º 2821.º, n.º 2 do CCI proíbe expressamente a constituição de hipoteca por via testamentária, divergindo as opiniões relativamente à aplicação analógica deste preceito ao penhor: Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 238, rejeita esta aplicação, advogando que existe aqui um caso em que um negócio unilateral produz efeitos (porquanto o legado se adquire *ipso jure*, sem necessidade de aceitação – cfr. art.º 648, n.º 1) e admite, por isso, o penhor testamentário (também Montel, *Pegno cit.*, pág. 794 e Faggella, *Il pegno commerciale*, in *Commentario al Codice di Commercio*, Vol. VII, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924, pág. 70 e Protetti, *ob. cit.*, pág. 56, o fazem). Pelo contrário, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 53 e 54, inclinam-se para a aplicação analógica ao penhor da proibição de hipotecas testamentárias, uma vez que a razão de ser desta (evitar que o credor altere ocultamente a *par conditio creditorum* com um vínculo destinado a nascer apenas após a sua morte) será perfeitamente extensível à garantia pignoraticia, posição esta também subscrita por Ruscello, *ob. cit.*, pág. 128 e segs. (afirmando que aquela norma é reflexo de um princípio geral de preferência, em matéria sucessória, dos credores do defunto sobre os legatários, pelo que o legado de penhor deve aguardar a satisfação dos credores do defunto) e por Giuseppe Martino, *ob. cit.*, pág. 33. Em face do regime do anterior CCI, *Il pegno dei crediti*, Cedam, Padova, 1939, pág. 43, nota 1, entende que, a circunstância de a lei se referir unicamente à constituição do penhor por via contratual não é argumento bastante para excluir a sua constituição de outro modo, nomeadamente por testamento, pelo menos desde que o legatário se encontrasse já na posse do bem, a outro título (v.g. depósito), no momento da outorga do testamento (caso contrário, “*la disposizione testamentaria varrebbe solo a creare in capo all’erede l’obbligo di costituire il pegno, trasmettendo il possesso della cosa al legatario*”).

Ainda que se admita o penhor testamentário, com a abertura da sucessão o credor pignoratício adquire, não o direito de penhor propriamente dito, mas apenas o direito pessoal à entrega do bem por parte do herdeiro, surgindo a garantia apenas se e quando tal transmissão tenha lugar.<sup>54</sup>

Pelo contrário, ainda que não se aceite o penhor testamentário, dever-se-á admitir que, por vontade do testador, se crie uma obrigação a cargo do herdeiro de conceder um penhor (isto é, a criar um título para a constituição do penhor).<sup>55</sup>

Diga-se, por fim, que a circunstância de o bem que o testador pretende ver empenhado já pertencer ao herdeiro é irrelevante, havendo apenas algumas especificidades quando a coisa objecto da garantia pertencer a terceiro.<sup>56</sup>

Tomando posição em relação ao ordenamento pátrio, em face do direito constituído e muito em particular do carácter excepcional dos negócios jurídicos unilaterais, parece-nos muito duvidoso que tais negócios se assumam como título idóneo para a constituição de penhor.<sup>57</sup>

No que ao testamento atine, VAZ SERRA<sup>58</sup> pronuncia-se, *de jure condendo*, a favor da sua admissibilidade como título para a constituição de penhor, circunstância reforçada pelo facto de os legados e as heranças não produzirem os seus efeitos automaticamente,<sup>59</sup> ou seja, carecerem sempre de aceitação por parte dos herdeiros e legatários (cfr. art.ºs 2249.º e 2051.º a 2061.º), para que estes assumam o encargo pignoratício (pelo que não se constituirão devedores contra a sua vontade).

---

<sup>54</sup> Tratando-se de penhor de créditos ou de penhor sujeito a registo, parece que o penhor se poderia constituir, respectivamente, com a notificação ao devedor do crédito empenhado ou com a inscrição efectuada pelo credor. No que especificamente concerne ao penhor de valores mobiliários escriturais, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 208, deixa no ar a questão se saber se o credor pignoratício adquire o seu direito em virtude da inscrição ou, pelo contrário, na data da morte do testador (embora ressalvando que, antes da inscrição no registo, “*el nuevo titular prendario no se encontrará legitimado frente a la entidad emisora para el ejercicio de los derechos anotados, u oponer frente a terceros su titularidad*”).

<sup>55</sup> A este propósito, as opiniões de Rubino e Gorla e Zanelli, últs. obs. cit., são convergentes. Já Ruscello, ob. cit., pág. 131 e segs., admite um legado de crédito que, na mesma disposição testamentária, preveja um penhor (embora considere que, caso o legatário concorra com os credores do defunto, estes preferirão àquele; se, ao invés, não existirem credores do defunto, o legatário concorre com outros legatários ou será o único a beneficiar deste tipo de sucessão). Também Ballarín Marcial, *Prenda de acciones y de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada*, in *Estudios sobre la sociedad anonima* (dirigido por Víctor Manuel Garrido de Palma), 2.º Vol., Civitas, Madrid, 1991, pág. 214, admite esta possibilidade, nomeadamente quando o testador ordena a um dos seus herdeiros que garanta com um bem da herança uma determinada dívida e, uma vez aceite a herança, deverá o herdeiro proceder à constituição da garantia.

<sup>56</sup> Neste caso, Rubino, ob. e loc. cit., entende que, sendo válido o legado, o herdeiro assume a obrigação de adquirir a coisa ao actual proprietário ou depositar uma soma correspondente ao justo valor do bem (caso não seja viável a aquisição, será forçoso recorrer à outra alternativa).

<sup>57</sup> Ao invés, no direito francês Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 255 enumeram alguns casos de penhores criados por acto jurídico unilateral (como sejam o endosso pignoratício de letras de câmbio ou a respectiva entrega pelo portador ao seu credor, assim, como no endosso de um *warrant* que titule um penhor sobre mercadorias). De acordo com estes Autores, o endosso traduz uma manifestação unilateral de vontade e a obrigação de cumprir este compromisso resulta do facto de este ter sido conhecido por terceiros, que assim adquiriram a legítima expectativa de cumprimento do mesmo.

<sup>58</sup> Penhor cit. in *BMJ* n.º 58, pág. 148.

<sup>59</sup> Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos como o italiano (cfr. o citado art.º 648.º, n.º 1, do CCI) e o direito catalão. No entanto, neste último caso, existe um conflito entre o carácter automático da aquisição do legado com eficácia real (art.º 267.º do Código das Sucessões da Catalunha) e o art.º 12.º da Lei catalã dos direitos reais de garantia, que exige a entrega do bem objecto do penhor ao credor, o qual, de acordo com Barrada Orellana, ob. cit., págs. 91 e 92, deve ser resolvido dando prevalência à segunda, destarte negando a criação de penhores por via testamentária.

Resta, porém, o inconveniente da necessidade da entrega do bem ao credor como requisito da constituição de penhor (pelo menos em regra),<sup>60</sup> pelo que entendemos apenas ser possível falar de penhor testamentário nos casos de penhor sem desapossamento (e desde que cumpridas as formalidades exigidas como alternativa àquele) ou, nos penhores com desapossamento do devedor, entendendo que o credor adquire apenas o direito pessoal à entrega do bem (à imagem do que sucede com a celebração de um contrato-promessa de penhor).<sup>61</sup>

Todavia, vezes se erguem no nosso ordenamento preconizando a viabilidade de constituição da garantia pignoratícia com base num negócio jurídico unilateral, fundamentalmente com base numa analogia com o regime da hipoteca,<sup>62</sup> posição esta também seguida por algumas decisões judiciais.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Em termos semelhantes para o direito espanhol, Diaz Moreno, La prenda de anotaciones en cuenta, in RCDI, 1991, pág. 396, nota 75, recusa que o penhor tradicional com desapossamento se possa constituir por acto unilateral (uma vez que “*la tradición de la cosa al acreedor requiere su cooperación y si de pone en poder de un tercero su designación ha de hacerse de mutuo acuerdo*”), mas aceita tal possibilidade relativamente a penhores não possessórios, como o que incida sobre valores mobiliários escriturais (porquanto “*la entidad encargada del registro debe dar curso a la orden de inscripción de la prenda emitida por quién, apareciendo como titular según su contabilidad, restituye al mismo tiempo el certificado que se hubiera expedido. Que tales instrucciones vengán precedidas (...) de un acuerdo con el acreedor o deriven de la voluntad exclusiva del constituyente es algo que no debe influir sobre la actuación de dichas entidades*”, admitindo, quando muito, que na segunda hipótese se atribuisse ao credor um prazo razoável para este aceitar ou não o penhor).

<sup>61</sup> Quanto à constituição do direito de penhor por via de usucapião e *a non domino*, vide infra n.º 2.4.2.1 do Capítulo I.

<sup>62</sup> Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 21 e 32, acrescentando que o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais deve ser entendido em termos restritivos, de acordo com diversos Autores que cita (um deles restringe a aplicação do dito princípio aos negócios abstractos, não sendo invocável relativamente aos negócios causais).

<sup>63</sup> Admitindo a constituição de penhor com base num negócio jurídico unilateral, vide o Acórdão do STJ de 8/7/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A fundamentação da decisão raditou, essencialmente, no repúdio do suposto carácter excepcional dos negócios unilaterais, considerando que o sistema normativo do Código Civil acabou por “*instituir um sistema que generaliza os actos unilaterais como forma de constituir obrigações*”. Prosseguindo, consideram que “*Só há tipicidade normativa estrita nas áreas em que a lei estatua, apenas, com recurso a tipos normativos, isto é, prevendo categorias delimitadas de eventos a que associe, depois, os efeitos jurídicos. Essas categorias devem vir referenciadas por forma determinada, com descrição precisa dos seus traços específicos. Quando, numa série pretensamente típica, surjam categorias de tal forma abstractas que lhes sejam reconduzíveis eventos qualitativamente diferentes em quantidades indetermináveis, a tipicidade é meramente aparente. (...) O artigo 457 do Código Civil pretendeu instituir uma tipicidade de actos unilaterais; estes seriam apenas viáveis quando expressamente permitidos por lei, derivando daí o seu numerus clausus. O sistema só ficaria, porém, completo, caso o Código tivesse, em todo o complexo normativo consagrado tipos estritos de negócios unilaterais. Porque, caso surja alguma possibilidade genérica de celebrar actos unilaterais, o Código vem destruir depois, mediante uma excepção total, aquilo que tão laboriosamente comunicara no seu artigo 457. Sabemos já que isso sucede por força de proposta contratual. Esta não pode deixar de ser considerada como negócio unilateral; e como o seu conteúdo é totalmente livre não é possível falar de proposta como um tipo. Pelo contrário, ela integrará um número indeterminado de tipos negociais (proposta de compra e venda, de locação, de sociedade, etc.) meramente exemplificativos.*” Este entendimento, sempre na óptica dos Exmos. Conselheiros, resulta mais evidente ao analisar as figuras pacificamente consideradas como negócios jurídicos unilaterais, designadamente o testamento, pois “*esse negócio é totalmente atípico, uma vez que, por seu intermédio, pode ser conseguido um número indeterminado de efeitos (...) O mesmo se poderá concluir do artigo 459 (promessa pública) e do artigo 463 (concurso público) (...)*”. Concluindo, “*há que contestar, no nosso direito, o entendimento clássico do princípio invito non datur beneficium (a ninguém pode ser imposto um benefício contra vontade). De inúmeras disposições Código Civil resulta que as pessoas podem ser beneficiadas por outro, independentemente de acordo; só que, naturalmente, podem, também, recusar o benefício. Assim sucede no caso do destinatário da proposta contratual; assim sucede, também, na hipótese do beneficiário de um contrato a favor de terceiro. A única ideia útil que se poderia retirar de uma eventual limitação aos*

## 2.4 - Contrato

Se, relativamente aos possíveis títulos idóneos para a constituição do penhor até agora dissecados, muitas dúvidas se suscitam, o mesmo não acontece com o contrato, na medida em que este é pacificamente aceite, desde logo pelo próprio legislador, como apto para esse efeito.

Contudo, há quem entenda que o direito real de penhor não decorre directamente do contrato, traduzindo-se antes num efeito directo da lei, sob o impulso de um facto jurídico – a posse pignoratícia – e de um acto ou facto jurídico, aos quais a lei faz corresponder a afectação directa de um bem em garantia.<sup>64</sup>

Importa, todavia, analisar mais em pormenor determinados aspectos do contrato enquanto título para a constituição da garantia pignoratícia, designadamente para nos apercebermos até que ponto a doutrina geral dos contratos encontra aqui aplicação.

### 2.4.1 - Características do contrato

#### 2.4.1.1 - Unilateral ou bilateral

Considerando como contratos bilaterais ou sinalagmáticos aqueles que geram obrigações para ambas as partes e como unilaterais os que apenas criam deveres para um dos contraentes, importa indagar em qual das duas categorias deveremos integrar o contrato de concessão de penhor.

Uma primeira posição considera o contrato de penhor como um contrato unilateral, porquanto dele apenas deriva a obrigação principal, para o credor, de restituição da coisa empenhada, quando o penhor se extinga,<sup>65</sup>

---

*negócios unilaterais é a de que as pessoas podem obrigar-se unilateralmente, mas não podem obrigar outras, sem o consentimento destas.”*

<sup>64</sup> Assim, Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 249 e segs., esclarecendo que no penhor convencional o acto jurídico que acresce à posse é o acordo de vontades (embora este apenas produzirá efeitos quando o bem for entregue ao credor), enquanto no penhor tácito ou legal o penhor nasce da posse do bem a onerar por parte do credor, associado à existência de um crédito a favor do mesmo sujeito ao qual a lei atribui aquela garantia (ou seja, um mero facto jurídico ao qual a lei atribui efeitos diversos – mais vastos – do que os pretendidos pelas partes). Finalmente, no caso das garantias judiciais “*la décision judiciaire n’intervient que pour déclencher en quelque sorte l’application à un cas particulier des dispositions légales; l’ordonnance du juge des référés qui doit nécessairement intervenir lorsque les conditions fixés par la loi sont remplies ne peut en rien modifier les droits du créancier sur la somme consignée qui sont déterminés par la loi*”. Nesta conformidade, o Autor conclui ser incorrecto dizer que o contrato cria o direito real de penhor (ou que este constitui em efeito daquele), sendo antes mais exacto referir que “*le droit de gage découle de la loi qui parfois en fait dériver l’application des conventions intervenues entre les parties (...) mais qui dans tous les cas en subordonne l’existence au fait juridique de la possession par le créancier de la chose*”, como aliás se comprova pelo limitado poder que as partes têm para afastar o regime legal do penhor (não apenas por força da proibição do pacto comissório, mas igualmente pela natureza imperiosa do desapossamento do devedor)

<sup>65</sup> Neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 236, considera que as outras obrigações do credor pignoratício (como o dever de conservação da coisa empenhada) assumem carácter acessório relativamente à obrigação principal de restituição. Convergentemente, Paz-Ares Rodriguez, Comentario del código civil, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones Madrid, 1993, Tomo II, pág. 1874 (escrevendo que “*del mismo sólo surgen obligaciones para el acreedor consistentes en devolver la cosa entregada, sin que los posibles derechos que a éste pueden corresponderle sean efectos del contrato, sin facultades derivadas del derecho real de prenda*”), Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 487 e De la Santa García, ob. cit., pág. 59.



Pelo contrário, a opinião inversa pode ser sustentada argumentando que, além da mencionada obrigação que impende sobre o credor pignoratício, do contrato de penhor também resultam deveres para o concedente do penhor, nomeadamente o dever de não diminuir a garantia.

Esta segunda posição pode ser rebatida, desde logo duvidando da consagração legal deste dever a cargo do constituinte da garantia,<sup>66</sup> e, ainda, considerando que a obrigação de manutenção do valor da garantia será sempre secundária e nunca poderá assumir qualquer carácter de bilateralidade relativamente à obrigação de custódia do credor.

Outros ainda falam de um contrato sinalagmático imperfeito, porque, apesar de produzir efeitos para ambas as partes, a única obrigação principal – a restituição do bem onerado – pesa sobre os ombros do credor.<sup>67</sup>

Noutra ordem de considerações, a mesma conclusão se alcança recusando o sinalagma entre a obrigação de restituir a cargo do credor e o dever de entrega que recai sobre o devedor, porquanto este último pode não existir (quando a entrega ocorra simultaneamente com a celebração do contrato ou quando a coisa objecto do penhor já se encontrava, a outro título, em poder do credor ou, ainda, quando o penhor possa ser constituído sem desapossamento do devedor) ou, quando exista, é uma obrigação preliminar apenas subsistente durante a fase de perfeição do contrato (ao passo que o sinalagma pressupõe obrigações decorrentes de contratos concluídos e perfeitos).<sup>68</sup>

Inclinamo-nos para a consideração do contrato constitutivo de penhor como unilateral,<sup>69</sup> pois, ao lado da inegável obrigação de restituição que recai sobre o credor, apenas se vislumbram obrigações a cargo do concedente meramente eventuais (como a de entregar a coisa ao credor, de reembolsar este pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis por este realizadas ou de proceder ao reforço e/ou substituição da garantia – art.º 670.º, alíneas b) e c)).

---

<sup>66</sup> Em nosso entender, este dever terá a sua fonte no n.º 1 do art.º 780.º, ao determinar a perda do benefício do prazo em caso de diminuição das garantias da obrigação (mas também no art.º 701.º, aplicável ao penhor por força da remissão contida no art.º 678.º), embora se possa admitir que, em razão do desapossamento do empenhante, este dever se encontra atenuado, por comparação com outras garantias, no penhor.

<sup>67</sup> Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 158 (destacando como o contrato de penhor “*ne crée obligations qu’à la charge du créancier gagiste, obligation de conserver la chose et de la restituer. Cependant, en cours d’exécution, des obligations sont susceptibles de naître à la charge du constituant*”) e Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 17.

<sup>68</sup> Por último, Rubino, ob. e loc. cit., acrescenta que as demais obrigações relacionadas com o penhor não decorrem do contrato, mas constituem acessórios do direito real de penhor, como se comprova pela circunstância de existirem mesmo quando o penhor haja sido constituído com fundamento noutra título diverso do contrato.

<sup>69</sup> No mesmo sentido, ao menos implicitamente, Montel, Pegno cit., pág. 794 e expressamente Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 11, para quem o contrato de penhor é unilateral “*no sentido em que só o credor assume uma obrigação principal, que consiste em restituir a coisa empenhada logo que se cumpra inteiramente a obrigação garantida (...). É certo que o devedor tem de indemnizar o credor pelas despesas que, porventura, faça com a coisa empenhada (...), mas êsse facto, accidental e posterior ao contrato, não afasta a sua unilateralidade.*” e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 22 (“*O devedor pode constituir-se em responsabilidade no decurso do contrato, mas essa responsabilidade resulta não ex natura negotii, mas de factos supervenientes. Isto é, as obrigações do devedor são obrigações que podem nascer*”), Baudry-Lacantinerie (et P. de Loynes), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Vol. XXV, Paris, 1906, pág. 5 (afirmando que o facto de o devedor poder ter de, posteriormente, assumir obrigações relacionadas com a constituição do penhor é eventual e, por isso, não influencia a na qualificação do contrato como unilateral) e Guillaud, *Traité du nantissement et du droit de retention*, 2.ª Edição, A. Pedone Editeur, Paris, 1896, págs. 29 e 30 (referindo que as obrigações do devedor, além de eventuais, não nascem do contrato propriamente dito).

Quando muito poderemos, seguindo o ensinamento de um ilustre Autor clássico<sup>70</sup> e atendendo à diferente natureza e relevância das obrigações que impendem sobre o credor e o devedor, classificar este contrato como sinalagmaticamente imperfeito.

#### 2.4.1.2 - Gratuito ou oneroso

A causa do contrato de penhor é a concessão de uma garantia, cabendo, por isso, determinar se o negócio através do qual esta garantia vê a luz deverá ser considerado como gratuito ou oneroso.

Ao contrário do que à primeira vista possa parecer, esta qualificação assume relevância prática, mormente no que concerne à susceptibilidade de impugnação pauliana destes negócios (cfr. art.º 612.º, n.º 1)<sup>71</sup> e às regras respeitantes à compra e venda, as quais são supletivamente aplicáveis aos demais contratos onerosos (art.º 939.º).

A este respeito, parecem demasiado simplistas as teses que poderemos apelidar de monistas, por qualificarem todos os contratos de concessão de penhor como gratuitos, ou pelo contrário, como assumindo sempre natureza onerosa.<sup>72</sup>

As primeiras assentam na consideração que os contratos de concessão de garantias consistiriam exclusivamente na prestação efectuada pelo concedente daquelas, mas não se poderá ignorar que a prestação de garantia se insere num negócio mais complexo e constitui apenas uma de entre várias obrigações assumidas pelas partes.

As segundas, pelo contrário, enfatizam que o negócio em questão não permite ao credor obter um enriquecimento injustificado, porquanto a garantia apenas reforça a probabilidade de satisfação do crédito e não lhe permite receber mais do que quanto lhe é devido, devendo ser combatidas pois, não obstante o credor retirar um benefício da

---

<sup>70</sup> Referimo-nos a Troplong, ob. cit., pág. 25 (afirmando que do contrato de penhor resulta “*une seule obligation principale et dominante, celle de rendre la chose lorsque le payment a été effectué. Les autres obligations ne sont qu’accessoires et tacites; elles ne jouent pas un rôle assez éminent pour faire du contrat de nantissement un contrat parfaitement synallagmatique*”), mas também a Simon Quincardet, ob. cit., pág. 29 e segs. (salientando que a obrigação principal se encontra a cargo do credor – de conservar o bem e de o restituir após o pagamento do crédito garantido – embora possam, posteriormente, surgir outras a cargo do devedor, como a de reembolsar as despesas de conservação adiantadas pelo credor: nesta conformidade, o Autor apela à categoria dos contratos sinalagmáticos imperfeitos, nos quais “*ne faisant naître immédiatement d’obligation qu’à la charge de l’une des parties peuvent ultérieurement donner lieu à des obligations à la charge de l’autre*”) e, indirectamente, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 109.

<sup>71</sup> A questão pode assumir igualmente relevância em sede falimentar, nomeadamente para efeitos de eventual anulação dos negócios em questão, mais concretamente porque o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), no seu art.º 121.º, n.º 1, alínea b), comina a invalidade dos negócios celebrados pelo devedor a título gratuito dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, apesar de o mesmo artigo possuir normas específicas para a concessão de garantias (alíneas c) e e)). A este propósito o Tribunal de Apelo de Roma (cfr. aresto de 30/10/1994, in BBTC, n.º 49, Tomo II, pág. 186), decidiu que “*ove la garanzia non risulti correlata ad un corrispettivo economicamente apprezzabile proveniente dal debitore principale o dal creditore garantito, l’atto di costituzione di garanzia è qualificabile come atto a titolo gratuito*”.

<sup>72</sup> Seguimos muito de perto, na crítica a estas duas teorias, os argumentos de Montel, Pegno cit., pág. 794. Defendendo o carácter sempre oneroso do contrato de penhor (alegando, sem mais, que a sua celebração é efectuada no interesse de ambas as partes), vide Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 6, Guillaud, ob. cit., pág. 34, Simon Quincardet, ob. cit., pág. 29 (alegando que qualquer das partes recebe alguma coisa da outra, o credor recebe um direito real e a posse do bem empenhado, enquanto o devedor um crédito), Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 17 (falando de contrato acessório de um contrato oneroso) e, entre nós, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 23.

concessão da garantia, o negócio poderá ser oneroso ou gratuito, consoante a contraparte tenha ou não obtido alguma vantagem.

Uma outra linha de pensamento, assente no carácter acessório do penhor,<sup>73</sup> classifica o contrato de penhor em gratuito ou oneroso consoante a natureza da obrigação principal garantida, mas também ela é passível de reparos, na medida em que a acessoriedade influi sobre a função e o objectivo da garantia, mas não sobre a autonomia e natureza jurídica do negócio de atribuição do penhor.

A doutrina largamente maioritária propõe como critério geral (válido para os casos em que o penhor seja constituído pelo próprio devedor) o de considerar como negócio a título oneroso aquele em que o garante recebe uma compensação do credor<sup>74</sup> (ou, noutra perspectiva, quando a concessão da garantia envolva algum custo para o credor) e a título gratuito nas hipóteses em que nenhum sacrifício do credor seja vislumbrável.<sup>75</sup>

Mais complexa se afigura a resposta quando o concedente do penhor tenha sido um terceiro estanho à relação obrigacional principal, ou seja, no caso do penhor constituído por terceiro.

Se o terceiro tiver obtido um benefício para si<sup>76</sup> ou para o próprio devedor, o negócio deve considerar-se a título oneroso, mas caso não tenha sido estipulado qualquer benefício RUBINO<sup>77</sup> considera dever distinguir-se consoante o contrato de penhor tenha sido ou não precedido da celebração de um contrato-promessa ou de outro negócio preliminar.

Neste último caso, considera o negócio constitutivo do penhor como a título gratuito, uma vez que apenas atribui uma vantagem ao credor, enquanto o concedente,

---

<sup>73</sup> Como bem salienta Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 29, a acessoriedade reporta-se ao direito real de penhor e não ao contrato de penhor.

<sup>74</sup> Por exemplo, uma dilação do prazo ou uma redução dos juros.

<sup>75</sup> Neste sentido, Montel, Pegno cit., pág. 795, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 55 e Giuseppe Martino, ob. cit., págs. 33 e 34. Rubino, Il pegno cit., págs. 234 e 235, assume uma posição mais *nuancé*, pois se aceita que quando o devedor obtenha do credor uma vantagem como contrapartida da concessão da garantia o negócio deva ser considerado como oneroso, já na hipótese inversa é mais cauteloso em qualificá-lo como gratuito (em razão da inexistência do espírito de liberalidade por parte do devedor) e, na dúvida, acaba mesmo por considerá-lo também oneroso (argumentando que este tipo de negócios constitui a regra a ao qual devem ser reconduzidos todos os negócios que não podem ser considerados gratuitos). Em face do direito francês, Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., págs. 258 e 259, consideram os negócios de constituição da generalidade dos penhores como onerosos (seja porque se trata de contratos necessários à obtenção de crédito por parte do devedor – e que, por isso, evitam uma perda ou concedem uma vantagem financeira em termos amplos – seja porque, em regra, garantem uma dívida resultante da própria actividade do devedor, o que constitui um interesse material pessoal), salvo casos excepcionais (quando o penhor seja concedido para garantir uma liberalidade ou, ainda, quando sirva para dissimular uma doação fictícia – por exemplo quando a garantia seja acessória do reconhecimento de uma dívida fictícia, destinada a transferir a propriedade de um bem a uma pessoa próxima, contra a vontade das pessoas próximas do suposto devedor, sem ter de observar as formalidades de realização da garantia pignoratícia – , mas, em ambos os casos, será ainda necessário demonstrar o espírito de liberalidade). Para o direito espanhol, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 487, adopta igualmente este critério bipartido (embora advertindo que a contraprestação recebida pelo devedor deve apresentar uma origem ou uma causa relacionada com a prestação da garantia).

<sup>76</sup> Poder-se-ia objectar ser estranho que a concessão da garantia pelo terceiro possa ser considerada como onerosa (relativamente ao credor) quando o seu acto é gratuito (em relação ao devedor), mas importa salientar que, ao lado da garantia, existe sempre a assunção de uma obrigação (embora em benefício do devedor) contraída a favor do garante, como contrapartida da garantia – neste sentido, Montel, ob. e loc. cit..

<sup>77</sup> Il pegno cit., págs. 234 e 235. Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 487, propendendo para o carácter oneroso do penhor constituído por terceiro, assegurando que este, normalmente, só aceitará a prestação da garantia em contrapartida de um determinado benefício.

ao aceitar concluir o negócio, não pode não pretender atribuir ao credor tal benefício, razão pela qual não devem subsistir dúvidas quanto ao seu espírito de liberalidade.

Verificando-se a hipótese inversa (isto é, a existência de um acordo prévio entre o terceiro garante e o credor ou entre aquele e o devedor), cumprirá ainda distinguir conforme neste negócio prévio haja sido acordada uma contrapartida a favor do terceiro garante (ou até mesmo do devedor, caso o acordo tenha sido formalizado com o credor), caso em que o contrato de penhor deve considerar-se oneroso, seja porque falta qualquer ânimo de liberalidade da parte do terceiro, seja porque um contrato deve considerar-se oneroso sempre que a respectiva celebração resulte do adimplemento de um contrato prévio oneroso.

Ao invés, se no contrato preliminar o terceiro garante não tenha estabelecido para si (ou para o devedor, caso o acordo haja sido celebrado com o credor) qualquer vantagem, tanto este negócio como o negócio final de outorga do penhor deverão considerar-se gratuitos.

Sufragamos, a este respeito, a posição de VAZ SERRA<sup>78</sup> que, embora concorde em termos gerais com o entendimento de RUBINO acabado de expor, formula duas reservas, uma atinente àquela conjuntura em que o devedor-garante não recebe qualquer contrapartida pela vantagem atribuída ao credor (embora não seja propriamente uma liberalidade) e que deverá ser considerada como negócio gratuito.<sup>79</sup>

A outra reserva prende-se com a consideração do negócio de concessão de penhor como oneroso ou gratuito em função da natureza do eventual acordo preliminar celebrado, que poderá não ser rigorosa pois a lei, para determinados efeitos, poderá considerar como oneroso um contrato celebrado em execução de um negócio prévio de natureza gratuita.

Todavia, somos de parecer que, na aferição da existência ou não de uma vantagem para o empenhante da celebração do contrato, se deverá analisar integralmente a operação negocial idealizado pelas partes – incluindo, naturalmente, o negócio do qual surge a obrigação garantida -, de modo que tais vantagens podem advir da prestação recebida pelo garante em como contrapartida da celebração da operação negocial no seu todo.<sup>80</sup>

Por ser assim e tendo em conta que a concessão de garantias assume, no âmbito de diversas relações contratuais, condição para a sua conclusão (ou, pelo menos, para a

---

<sup>78</sup>Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 120 a 123.

<sup>79</sup> Nomeadamente para efeitos de impugnação pauliana, uma vez que o credor obteve um benefício – a concessão da garantia – sem qualquer sacrifício correspondente da sua parte, inexistente razão para ser tratado como se de um adquirente a título oneroso se tratasse. No entanto e como nota o Autor citado, se a constituição do penhor for anterior ou contemporânea à celebração do contrato do qual deriva o crédito garantido, aquele negócio deverá ser considerado a título oneroso, pois o devedor obtém a vantagem da concessão do crédito em troca da prestação do penhor (ou, dito de outra forma, o crédito foi concedido em vista do penhor). Daí que, generalizando, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 11, considere que o contrato de penhor é sempre um negócio oneroso, “*pois que existe no interesse de ambos os contraentes. O credor encontra no penhor a garantia que pretende e o devedor, por sua vez, não obteria o crédito de que necessita se a êle não recorresse*”.

<sup>80</sup> É certo que, quando os dois negócios sejam contemporâneos, nem sempre é fácil operar esta distinção entre o carácter gratuito ou oneroso de um de outro. Parece perfilhar este entendimento Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 97 e 98, sustentando a natureza tendencialmente onerosa do negócio de constituição do penhor (uma vez que o empenhante, ao oferecer uma garantia, recebe uma contraprestação, que pode consistir na obtenção de condições mais favoráveis), na medida em que “*o critério aferidor para determinar a onerosidade do penhor será a relação de interdependência entre o próprio contrato de penhor e o negócio que lhe subjaz, pelo que haverá que ter em consideração o complexo negocial gizado pelas partes*”.

sua conclusão em termos mais favoráveis para o garante), não repugna afirmar uma presunção de onerosidade do contrato de penhor.

#### 2.4.1.3 - Civil ou comercial

O nosso ordenamento conhece, além do penhor civil, diversas modalidades que gozam de um regime específico e, muito em particular, consagra uma disciplina própria para o penhor comercial ou mercantil (cfr. art.ºs 397.º a 402.º do Cód. Com.).<sup>81</sup>

Cumprido, por isso, determinar qual o critério que deve presidir à sujeição de um dado penhor a um ou outro dos aludidos regimes.

Do art.º 397.º do Cód. Com. decorre que a natureza do penhor depende da natureza do crédito cujo cumprimento se visa assegurar com a garantia pignoratícia, ou seja, apenas quando a dívida for comercial o penhor merecerá a mesma qualificação e, pelo contrário, sendo civil a dívida o mesmo carácter possuirá o penhor.<sup>82</sup>

Ora, a comercialidade do negócio subjacente à concessão da garantia será analisada à luz do art.º 2.º do Cód. Com., nos termos do qual serão comerciais todos actos regulados no referido Código e, ainda, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, de natureza não exclusivamente civil (a não ser que o contrário resulte do próprio acto).<sup>83</sup>

Admitindo que o penhor normalmente se destina a garantir um mútuo, se o devedor for comerciante a dívida (e, por arrastamento, o penhor) será presumivelmente comercial; se, pelo contrário, o devedor não for comerciante a comercialidade da dívida terá que ser provada (a menos que a obrigação seja mercantil relativamente ao credor, uma vez que basta a comercialidade em relação a um dos contraentes para desencadear a aplicação do regime vertido no Cód. Com. – cfr. art.º 99.º),<sup>84</sup> não sendo estas conclusões beliscadas pelo facto de o penhor ter sido constituído por terceiro.<sup>85</sup>

Resta salientar que a natureza civil ou comercial do penhor assume especial relevância, porquanto este segundo regime diverge do primeiro, conforme de alcançarão ao longo do texto, no que se refere à forma do contrato, aos modos de constituição da garantia pignoratícia e à respectiva execução, aplicando-se no demais o disposto no Código Civil (cfr. art.º 3.º do Cód. Com.).<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Embora, como adiante se precisará a propósito das letras e livranças, alguns desses preceitos se encontrem revogados – cfr. n.º 5.2 do Capítulo I.

<sup>82</sup> Assim, por todos, Salvador da Costa, O concurso de credores: sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias, Almedina, 2009 (4.ª Edição), pág. 47.

<sup>83</sup> Acerca dos diversos problemas suscitados por este preceito, vide, por todos, Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, Vol. I (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 8.ª Edição, 211, pág. 43 e segs..

<sup>84</sup> Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 13 e 14, coloca a dúvida nos casos em que um comerciante afecte a fins civis uma quantia obtida através de empréstimo, apesar de haver declarado, no momento da concessão do penhor, que a quantia em causa se destinava a fins comerciais, concluindo que o penhor tem natureza mercantil sempre que o credor pignoratício consiga provar a razoabilidade da sua crença, em face da declaração do devedor, na afectação a fins comerciais da quantia mutuada.

<sup>85</sup> Em termos semelhantes para o direito francês (de acordo com o antigo Code de Commerce), Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 261, assinalam ser a comercialidade da dívida garantida o factor determinante para a comercialidade do penhor constituído em sua garantia (e, à semelhança do art.º 2.º do nosso Cód. Com., também o art.º 91.º do Code de Commerce francês estabelece uma presunção de comercialidade dos actos praticados pelos comerciantes).

<sup>86</sup> Em face do direito francês, Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 262, desvalorizam a diferença de regime entre o penhor comercial e civil, refutando ainda a crítica ao critério da comercialidade formulada por alguns (para quem tal critério conduziria a uma separação dos patrimónios do mesmo sujeito, um respondendo apenas pelas suas dívidas civis, outro pelas comerciais), considerando

## 2.4.2 - Elementos do contrato<sup>87</sup>

### 2.4.2.1 - Sujeitos, capacidade das partes e natureza do acto de concessão do penhor

A celebração de um contrato de penhor é normalmente considerada como acto que excede os poderes de administração, mesmo quando constituído para garantir uma obrigação que o simples administrador poderá contrair, uma vez que a garantia pignoratícia representa uma oneração do bem, susceptível de conduzir à respectiva alienação (em caso de incumprimento da obrigação principal) e não um mero acto de conservação ou frutificação dos bens (actividades normalmente incluídas no âmbito da mera administração).<sup>88</sup>

Assim sendo, a constituição de penhor apenas poderá merecer a qualificação de acto de simples administração quando o penhor recaia, não sobre o objecto propriamente dito, mas tão somente sobre os respectivos frutos (naturais ou civis) - em todos os demais casos, deverá ser exigível, nos termos gerais, a capacidade para praticar actos de disposição.<sup>89</sup>

No que toca ao credor, admite-se ser suficiente a capacidade para se obrigar, analisada nos termos gerais, pois os riscos da subscrição de um contrato desta índole são consideravelmente menores para o credor do que para o devedor, embora se não possa olvidar que também aquele assume determinadas obrigações em razão da garantia (cfr.

---

que a qualificação de um acto como comercial apenas produz efeitos quanto à prova e à execução da garantia.

<sup>87</sup> Por outro lado, de acordo com Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 237, ao contrato de penhor podem ser apostas quaisquer cláusulas acidentais (como termos ou condições, suspensivas ou resolutivas) não contrárias à ordem pública e desde que não descaracterizem o instituto. Porém, como bem nota Vaz Serra, *Penhor cit.*, in *BMJ n.º 58*, pág. 109, há que não confundir o contrato de penhor celebrado sob condição ou a termo com o penhor incondicional em garantia de um crédito condicional ou a termo.

<sup>88</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 222 e 223, Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 695, Montel, *Pegno cit.*, pág. 795, Gabrielli, *Il negozi costitutivi cit.*, pág. 155 (acrescentando que o mandato geral não compreende, salvo cláusula em contrário, o direito de conceder penhores), Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 103, Díez-Picazo, *ob. cit.*, pág. 483, Cachón Blanco, *La capacidad de obrar y los derechos reales de garantía*, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 104 (fundamentando a sua posição no facto de a oneração poder conduzir à alienação futura dos bens), Mejías Gomez, *La prenda cit.*, págs. 31 e 32 (distinguindo entre os negócios *mortis causa* - para os quais retém necessária e suficiente a capacidade para testar - e os *inter vivos*, para as quais exige a capacidade para dispor, porquanto a constituição do penhor pode conduzir à alienação dos bens empenhados, sendo assim um acto de administração extraordinária) e Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 14 (embora estes autores repudiem a consideração normalmente invocada para exigir capacidade de dispor na constituição de penhor - a de que o penhor constitui uma alienação eventual do bem - uma vez que, se assim fosse, seria necessária aquela capacidade para assumir qualquer obrigação, pois sempre existirá uma alienação eventual dos bens do património do devedor. Por isso, o verdadeiro motivo reside na alienação do direito real de penhor). Na nossa doutrina, vide Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 230, Joaquim Bastos, *ob. cit.*, pág. 30 e, embora com algumas reservas, Vaz Serra, *Penhor cit.*, in *BMJ n.º 58*, págs. 144 e 145

<sup>89</sup> Perfilhando este entendimento, entre outros, Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, págs. 72 e 73, Javier Mejías Gómez, *La prenda de acciones*, Aranzadi, 2002, pág. 31 e Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 264, salientando a constituição de penhor não pode ser considerada um acto de mera administração, tendo em conta a respectiva gravidade e os resultados perniciosos que dele poderão advir no futuro (apoiando o seu raciocínio no art.º 2124.º do CCF - versão anterior a 2006 - que afirmava expressamente que as hipotecas apenas podem ser concedidas por quem tenha capacidade para alienar os respectivos bens imóveis).

art.º 671.º), pelo que se aceita ser a constituição de penhor um acto conservatório ou de mera administração.<sup>90</sup>

Ao invés, a capacidade exigida para o devedor consentir uma garantia pignoratícia deve ser a capacidade de alienar (como expressamente se afirma no art.º 667.º, n.º 1) que, por seu turno, pressupõe que o constituinte da garantia seja, em regra, o proprietário do bem:<sup>91</sup> em suma, o constituinte do penhor deverá dispor da propriedade do bem e, simultaneamente, da capacidade para o alienar.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Neste sentido, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 54, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 538, Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 267, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 14, Guillouard, ob. cit., pág. 47, Mejías Gómez, Prenda cit., pág. 57 (que, aceitando em geral que a capacidade requerida seja a de contratar, admite alguns desvios, em função das obrigações assumidas pelo credor no título constitutivo do penhor e que requerem especiais aptidões, como poderá suceder no penhor de acções), Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 31 e 32 (alertando para o facto de, por vezes, o contrato de penhor ser subscrito por um terceiro, na qualidade de gestor de negócios de futuros credores, cujos créditos ainda não surgiram) e, entre nós, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 230 e 280, Jacinto Bastos, ob. cit., pág. 20 e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 25. Mais exigente parece Chironi, ob. cit., pág. 545, ao exigir a capacidade de adquirir. Noutro plano, o exercício, a título profissional, da actividade de prestação de empréstimos garantidos por penhor, requer uma autorização específica (cfr. art.º 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro), daí que possamos dizer que, em face do nosso direito, qualquer credor capaz de contratar pode aceitar um penhor, a menos que faça disso actividade profissional. Também quando o credor seja uma pessoa colectiva, poderão existir situações de incapacidade para aceitar o penhor, como a impossibilidade de as sociedades anónimas aceitarem em penhor acções ou obrigações próprias (nos termos do art.º 316.º, n.º 1, do CSC, uma sociedade não pode subscrever acções próprias, e, por outra causa, só pode adquirir e deter acções próprias nos casos e nas condições previstos na lei, admitindo, porém, o art.º 317.º, n.º 2, do mesmo Código, que uma sociedade possa adquirir e deter acções próprias representativas de até 10% do seu capital e até que, em certas circunstâncias limitadas, possa adquirir acções próprias que ultrapassem os mencionados 10%) – acerca deste último assunto, vide infra n.º 1.2.8.5 do Capítulo II.

<sup>91</sup> Assim, expressamente, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 538, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 55, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 57, Guillouard, ob. cit., pág. 52 e Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 21 e 28 (afirmando que o garante “*só poderá constituir penhor na medida em que possa alienar, pois o penhor importa alienação dum direito real, o jus pignoris, e, ainda, a alienação eventual da coisa empenhada. É, pois, necessário que o garante possa alienar a coisa e, conseqüentemente, que seja seu proprietário, porquanto só quem é proprietário tem capacidade de alienar, em princípio geral, pelo menos*”) e Cachón Blanco, ob. cit., pág. 100 (escrevendo que “*Aunque dicha enajenación no siempre tendrá lugar, ha de calificarse la constitución de la prenda y la hipoteca como de acto de disposición, dado que implican una posible modificación jurídica de un bien o derecho (aunque se manifieste en un momento futuro), y de ahí surge el principio general consistente en que para constituir prendas o hipotecas hace falta tener la misma capacidad que para enajenar*”). Menos assertivo quanto à necessidade de o empenhante possuir capacidade de dispor dos bens dados em garantia se mostra Alex Weil, Droit civil - les sûretés; la publicité foncière, Dalloz, Paris, 1979, págs. 80 e 81, afirmando que, pelo menos no momento da constituição do penhor, o devedor apenas transfere a posse e não a propriedade da coisa (embora considere, em seguida, que a exigência da capacidade de dispor se poderá justificar admitindo que a concessão do penhor comporta riscos para o crédito do devedor e restringe as suas prerrogativas em relação ao bem em causa). Curiosa é a decisão judicial do Tribunal de Terni citada por Barbara Cusato, ob. cit., pág. 177, na qual os juízes rejeitaram um pedido de anulação de um contrato penhor celebrado entre um surdo-mudo e uma instituição de crédito, apresentado pelo primeiro, considerando que, para haver uma incapacidade natural, deve subsistir um estado psicológico absoluto (ainda que inesperado e transitório), não bastando uma enfermidade mental típica ou um processo patológico capaz de abolir (ou perturbar significativamente) as faculdades intelectuais ou volitivas, de modo a impedir uma valoração séria dos próprios actos ou a formação de uma vontade consciente.

<sup>92</sup> Neste sentido, Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 32 e 33 e Chironi, ob. cit., págs. 537 e 538 (adiantando este último que “*L’atto di dare a pegno è disposizione, e quindi eccede dai termini della semplice amministrazione alla quale sia limitata la capacità (...) si può asserire la capacità di dare a pegno in chiunque abbia capacità di alienare*”, embora salientando, por vezes, que a capacidade de disposição de alguns sujeitos não é retirada na totalidade, apenas se encontrando limitada relativamente a determinados bens).

Esta capacidade de alienar não se identifica necessariamente com a capacidade para contrair obrigações, não incluindo esta última a primeira, sendo unicamente certo que a capacidade para alienar contém em si a disponibilidade para empenhar.<sup>93</sup>

Se assim é, bem se compreende não ser admissível a constituição de um penhor por quem apenas detenha a qualidade de depositário do bem ou de adquirente com reserva de propriedade do mesmo,<sup>94</sup> nem tão pouco sobre direitos litigiosos.<sup>95</sup>

Todavia, nem sempre será suficiente a propriedade do bem empenhado para poder dispor dos mesmos, na medida em que poderá faltar-lhe a capacidade para dispor dos seus próprios bens.<sup>96</sup>

Poderemos reunir os casos de incapacidade<sup>97</sup> - algumas absolutas, outras relativas<sup>98</sup> - em vários grupos: aqueles em que existe uma incapacidade para o exercício de direitos que envolve a impossibilidade de constituir um penhor (é o que sucede com os menores,<sup>99</sup> os interditos,<sup>100</sup> os inabilitados<sup>101</sup> (nestes último caso, a medida da

---

<sup>93</sup> Neste sentido, Afonso Dionysio Gama, ob. cit., págs. 30 e 31. No mesmo sentido depõe o actual Código Civil Brasileiro, cujo art.º 1420.º sentença que só aquele que pode alienar poderá empenhar (acrescentando que apenas os bens que susceptíveis de alienação poderão ser empenhados).

<sup>94</sup> Apontando estes dois exemplos, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, pág. 200.

<sup>95</sup> Sustentando a impossibilidade de dação em penhor, por carência de capacidade de alienar do empenhante, de um bem relativamente ao qual se encontravam pendente, no momento da constituição do penhor, embargos de terceiro, veja-se o Acórdão da Relação do Porto de 2/12/2002, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>96</sup> Como bem salienta Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 31, além da propriedade do bem empenhado, “*es preciso que el constituyente de la prenda tenga la libre disponibilidad sobre las mismas, para lo cual, debe disponer de la adecuada capacidad*” Este poder de disposição dos bens objecto da garantia deve, como bem refere Bustos Pueche, ob. cit., pág. 554, ser entendido em sentido jurídico e não em sentido material, pelo que não se pode sustentar a falta daquele poder por parte do devedor para constituir um segundo penhor sobre o mesmo bem, desde logo porque o primeiro penhor não implicou a perda da propriedade do bem por parte do devedor e, por outro lado, por nem mesmo o desapossamento físico ser sempre obrigatório (pois a lei espanhola também admite que o bem fique em poder de terceiro – cfr. art.º 1863.º do CCE).

<sup>97</sup> Importa salientar que algumas dessas incapacidades são supríveis, seja através da representação legal, seja da curadoria, seja de outras figuras. Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 31 e segs., enumera algumas dessas situações incapacidade (embora o elenco se encontre desactualizado, conforme se alcança da referência à incapacidade geral mulher casada), aludindo aos menores, aos pais quanto aos bens dos filhos (salvo autorização judicial ou em caso de manifesta necessidade), aos tutores e curadores relativamente aos bens dos tutelados e interditos, aos inventariantes sem o consentimento de todos os herdeiros, aos gestores das sociedades civis ou comerciais (salvo concessão expressa de poderes para o efeito), aos mandatários sem poderes especiais expressos e ao falido. Para uma análise exaustiva das incapacidades no direito espanhol (de entre as quais se salientam os menores, os incapacitados, as pessoas casadas, os ausentes e os falidos), vide Cachón Blanco, ob. cit., págs. 95 a 148.

<sup>98</sup> Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 446, alude a casos em que a ausência do poder de disposição se refere a todos os bens e, inversamente, a hipóteses em que tal limitação é apenas relativa a alguns bens, em função da sua natureza (como sucede com alguns bens comuns do casal).

<sup>99</sup> Como salienta Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 95 e segs., para efeitos de suprimento das incapacidades, a constituição do penhor deve ser considerada como um acto de disposição, pelo que será necessária autorização judicial para a conclusão de tais negócios. Assim, nos termos do art.º 123.º e salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos, sendo esta suprida, em regra, pelo poder paternal (art.º 124.º) ou excepcionalmente por tutor designado para o efeito (art.º 1921.º e segs.). De entre as disposições que atribuem capacidade aos menores, resulta que estes poderão constituir um penhor (bem como contrair um empréstimo garantido por esse mesmo penhor), quando forem maiores de 16 anos e se o negócio for relativo a bens adquiridos com o produto do seu trabalho (art.º 127.º, n.º 1, alínea a)), quando o negócio seja relativo à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, quando seja celebrado no âmbito de alguma dessas actividades (art.º 127.º, n.º 1, alínea c) – por estes actos responderem apenas os bens de que o menor tenha a livre disposição) ou, finalmente, se o penhor se enquadrar num negócio jurídico próprio da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, apenas implique despesas ou disposição de bens de pequena importância (art.º 127.º, n.º 1, alínea b)). Todavia, nos termos do art.º 1889.º, n.º 1, alínea a),



incapacidade será fixada na decisão judicial que a declare)<sup>102</sup> e os insolventes<sup>103</sup> ou em outras situações)<sup>104</sup>, outros em que apenas não se admite a constituição de penhor sobre

---

os pais, enquanto representantes dos filhos, carecem de autorização judicial para alienar ou onerar bens (com excepção da venda de bens susceptíveis de perda ou deterioração), o mesmo valendo para o caso de a representação do menor confiada a um tutor (art.º 1938.º, n.º 1, alínea a)). No direito espanhol, os pais necessitam de autorização judicial (salvo quando se trate de bens de um menor com, pelo menos, dezasseis anos e quando preste o seu consentimento em documento público, entendendo Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 38 e 39, que o consentimento deve ser prestado prévia ou simultaneamente à formalização do negócio constitutivo do penhor – não sendo admissível um consentimento em termos genéricos – e que cabe ao notário decidir se a operação é útil e necessária) para alienar ou onerar os bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais, objectos preciosos (não parecendo que a lei queira referir-se a certos objectos em particular, mas a qualquer um que tenha valor económico considerável, admitindo mesmo Cachón Blanco, ob. cit., págs. 113 e 114, que neste conceito indeterminado possa caber o dinheiro) e valores mobiliários (excepto quanto a estes últimos, o direito de subscrição preferente de acções) e apenas o poderão fazer em caso de justificada utilidade e necessidade: segundo Cachón Blanco, ob. cit., pág. 104 e segs., os bens não contidos nesta enumeração poderão ser alienados sem necessidade de autorização judicial, bastando o consentimento dos pais. Para além disso, encontram-se excluídos da administração dos pais – e, por maioria de razão, do poder de disposição – os bens adquiridos a título gratuito quando o disponente assim o tenha determinado de forma expressa, os bens adquiridos por sucessão na qual o pai ou a mãe tenham sido deserdados ou se encontrem numa situação de indignidade sucessória e, finalmente, os bens que o filho maior de 16 anos tenha adquirido com o produto do seu trabalho ou indústria (este último requisito, segundo Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 38, deve entender-se em sentido amplo, isto é, compreendendo não apenas os bens procedentes directa ou fisicamente do trabalho, mas também “*los que se adquieren con el salario o sueldo que se obtenga por razón del mismo*”), assim como os adquiridos na sequência de reinvestimento dos bens obtidos em alguma das circunstâncias anteriormente enumeradas (Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 38, ancora esta última solução num princípio geral de sub-rogação real). Ainda relativamente ao direito espanhol, De la Santa García, ob. cit., pág. 96 e segs., resume o regime legal, vertido essencialmente no art.º 166.º do CCE, do seguinte modo: “*la prenda sobre bienes no contemplados en el art. 166 CC no requiere autorización judicial e será suficiente con el consentimiento de los padres. La prenda sobre bienes contenidos en la enumeración requerirá autorización judicial además del consentimiento paterno*” (sendo que a generalidade dos bens do menor se encontram compreendidos nesse preceito, com excepção dos direitos de subscrição preferentes de acções, de bens do menor com 16 ou mais anos, se este consentir em documento público, e da venda de valores mobiliários para reinvestimento em bens seguros), esclarecendo ainda que, como sucederá normalmente, o penhor se constitui em garantia de um empréstimo e como este normalmente requer a intervenção dos progenitores, o mesmo valerá para a outorga das garantias.

<sup>100</sup> O art.º 139.º equipara, no que à capacidade de exercício de direitos diz respeito, o interdito ao menor, sendo-lhes aplicáveis as normas relativas ao suprimento do poder paternal. Todavia, ao contrário da incapacidade dos menores, a dos interditos terá que ser judicialmente declarada, nos termos dos art.ºs 944.º e segs., do CPC.

<sup>101</sup> O art.º 156.º manda aplicar supletivamente o regime dos interditos, nomeadamente quanto à forma de suprimento da incapacidade, muito embora o n.º 1 do art.º 153.º remeta para a decisão que declare a incapacidade a fixação dos actos sujeitos a autorização do curador (a qual, nos termos do n.º 2, poderá ser judicialmente suprida).

<sup>102</sup> De acordo com o art.º 954.º, n.º 2, do CPC, a decisão judicial que decreta a inabilitação especificará quais os actos que deverão ser praticados ou autorizados pelo curador. No direito espanhol, os art.ºs 199.º e segs. estabelecem que a sentença que declare a interdição determinará a amplitude dos limites desta, bem como o regime de tutela a que o interdito fica submetido, ficando sujeitos a autorização judicial os mesmos actos para os quais os pais, em representação dos filhos, dela necessitam (vide Cachón Blanco, ob. cit., págs. 135 e 136), impondo o art.º 271.º, n.º 2, do CCE, um elenco de casos em que é necessária a autorização judicial (não bastando a autorização do representante legal) para a dação em penhor de bens dos incapazes muito similar à do correspondente preceito para os menores (cfr. art.ºs 166.º e art.º 271.º, n.º 2, do CCE).

<sup>103</sup> Estabelece o n.º 1 do art.º 81.º do Código da Insolvência que a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a caber ao administrador da insolvência, a quem compete, nos termos do n.º 4, a representação do insolvente para todos os efeitos patrimoniais relativos à insolvência (acrescentando o n.º 2 que ao devedor fica interdita a cessão de

determinados bens (como sucederá com os bens indivisos,<sup>105</sup> assim como com as pessoas casadas em determinados regimes de bens, nomeadamente a comunhão de adquiridos),<sup>106</sup> outros ainda em que o penhor apenas não pode ser concedido a favor de determinados sujeitos (art.º 876.º),<sup>107</sup> pelo menos sem o consentimento de terceiros

---

rendimentos ou a alienação de bens futuros susceptíveis de penhora, qualquer que seja a sua natureza, mesmo tratando-se de rendimentos que obtenha ou de bens que adquira posteriormente ao encerramento do processo).

<sup>104</sup> Por exemplo, em caso de ausência, haverá lugar à nomeação de um curador provisório e, eventualmente, de um definitivo (cfr. art.ºs 89 e 99.º). No primeiro caso, o curador provisório apenas poderá proceder à alienação ou oneração de bens imóveis, de objectos preciosos, de títulos de crédito de estabelecimentos comerciais e de quaisquer outros bens cuja alienação ou oneração não constitua acto de mera administração com autorização judicial (art.º 94.º, n.º 3), autorização esta que apenas será concedida quando o acto se justifique para evitar a deterioração ou ruína dos bens, para solver dívidas do ausente, a custear benfeitorias necessárias ou prover a outra necessidade urgente (art.º 94.º, n.º 4). Em face do direito espanhol, Cachón Blanco, ob. cit., págs. 142 e 143, pese embora o reconhecimento da função essencialmente preventiva do curador, admite a realização de actos de disposição com autorização judicial, principalmente quando relacionadas com a actividade económica ordinária desenvolvida pelo ausente.

<sup>105</sup> De acordo com o art.º 1408.º, n.º 1, o comproprietário pode dispor de toda a sua quota na comunhão ou de parte dela, mas não pode, sem consentimento dos restantes consortes, alienar nem onerar parte especificada da coisa comum e, por maioria de razão, não pode onerar toda a coisa comum (a violação desta norma implica que disposição ou oneração é havida como disposição ou oneração de coisa alheia – cfr. art.º 1408.º, n.º 2).

<sup>106</sup> Nos termos do art.º 1682.º, n.º 1, a alienação ou oneração de bens móveis comuns cuja administração caiba aos dois cônjuges carece do consentimento de ambos. Pelo contrário, de acordo com o n.º 2, cada um dos cônjuges tem legitimidade para alienar ou onerar os móveis próprios ou comuns de que tenha a administração (excepto quando se trate de bens móveis utilizados conjuntamente por ambos na vida do lar ou como instrumento de trabalho ou de bens móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os não administra, salvo tratando-se de actos de administração ordinária: nestas duas hipóteses, será necessário o consentimento de ambos os cônjuges para a respectiva alienação ou oneração – cfr. art.º 1682.º, n.º 3). Por último, a alienação ou oneração ou locação de estabelecimento comercial requer o consentimento de ambos os cônjuges, salvo se vigorar o regime da separação de bens (art.º 1682.º-A, n.º 1, alínea b). Em face do direito espanhol, Cachón Blanco, ob. cit., pág. 139 e segs., destaca como, no regime de comunhão de adquiridos, a regra da necessidade do consentimento de ambos os cônjuges (o qual pode ser judicialmente suprido em caso impedimento ou de negação por parte de um deles) para a administração e disposição de bens comuns, encontra uma excepção relativamente aos actos de disposição de dinheiro ou títulos-valor, os quais podem ser realizados exclusivamente pelo cônjuge em nome do qual tais bens se encontrem (segundo o Autor, esta excepção consente a constituição de um penhor com este objecto exclusivamente por parte do seu titular nominal), assim como quando, por decisão judicial fundamentada em separação de facto, impossibilidade de prestar o consentimento ou abandono da família, os tribunais confirmam a administração desses bens a apenas um dos cônjuges (embora com alguns limites quanto à capacidade para a prática de actos de disposição).

<sup>107</sup> Segundo esta norma, não podem ser compradores de coisa ou direito litigioso, quer directamente, quer por interposta pessoa, aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou direitos litigiosos (n.º 1): ora, nos termos do art.º 579.º, n.º 1, a cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, desde que o processo decorra na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão (sendo igualmente nula se efectuada a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo), entendendo-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido (finalmente, considera-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado). Apesar de este preceito se referir exclusivamente à alienação, poder-se-á sustentar a sua aplicação igualmente à oneração, tendo em conta que a oneração pode conduzir, em caso de incumprimento, à alienação, para além de ser esta a posição mais consentânea com a remissão do preceito para o regime da cessão, a qual encontra igualmente fundamento no disposto no art.º 939.º, de acordo com o qual as normas ditadas para a compra e venda – entre as quais se compreende o art.º 877.º – são aplicáveis aos demais contratos onerosos pelos quais se

interessados (art.º 877.º)<sup>108</sup> e, finalmente, casos em que os efeitos de penhores anteriormente constituídos podem ser afectados por um acontecimento superveniente, como a insolvência do devedor empenhante (cfr. art.º 115.º do CIRE).<sup>109</sup>

Os exemplos apontados referem-se a incapacidades das pessoas físicas, mas também as pessoas colectivas podem enfermar de determinadas incapacidades, algumas de carácter específico (por exemplo a necessidade de autorização do conselho de administração para a prestação de garantias por parte das sociedades anónimas e da gerência para oneração das participações sociais por parte das sociedades por quotas – art.ºs 406.º, alínea g) e 259.º, respectivamente, ambos do CSC),<sup>110</sup> outras de natureza

---

alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre determinados bens, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas (para além disso, pode ainda invocar-se o elemento sistemático, porquanto se a lei impede a cessão e a transmissão dos direitos litigiosos, não parece subsistir justificação – desde logo por motivos de coerência do sistema jurídico - para admitir a sua oneração).

<sup>108</sup> De acordo com o art.º 877.º, os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda (o consentimento dos descendentes, quando não possa ser prestado ou seja recusado, é susceptível de suprimento judicial), sendo que a venda feita com quebra daquela limitação é anulável, podendo a anulação ser pedida pelos filhos ou netos que não deram o seu consentimento, no prazo de um ano a contar do conhecimento da celebração do contrato, ou do termo da incapacidade, se forem incapazes (n.ºs 1 e 2). Porém, a proibição não abrange a dação em cumprimento feita pelo ascendente (n.º 3). Quanto à aplicação desta proibição também à oneração – e não apenas, como decorre directamente da mesma, à alienação – vide os argumentos expandidos na nota anterior e, em especial o decorrente do disposto no art.º 939.º (invocam este preceito para sustentar a aplicação do regime do art.º 877.º às hipotecas, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. II, pág. 170) e, no que diz respeito à *ratio* da interdição legal (obstar à prática de vendas simuladas em prejuízo das legítimas dos descendentes, ou seja, de evitar que, através de doações encobertas, se lesassem essas legítimas, quando fossem partilhados os bens dos simuladores alienantes – cfr. Acórdão do STJ de 27 de Novembro de 2007, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), parece-nos que a mesma conclusão se impõe, uma vez que a constituição do penhor pode redundar na sua aquisição por terceiro ou até pelo próprio credor pignoratício, especialmente se for um penhor financeiro (contra, defendendo que a proibição do art.º 877.º é insusceptível de aplicação a outros contratos, mesmo que onerosos – *in casu*, estava em causa uma partilha - que não a compra e venda, vide o Acórdão do STJ de 15 de Fevereiro de 1977, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Para Ciccarello, ob. cit., pág. 695, este não será um caso de carência de capacidade, mas sim de ausência de legitimação.

<sup>109</sup> De acordo com esta norma, sendo o devedor uma pessoa singular e tendo cedido ou dado em penhor, anteriormente à declaração de insolvência, créditos futuros emergentes de contrato de trabalho ou de prestação de serviços (ou o direito a prestações sucedâneas futuras, designadamente subsídios de desemprego e pensões de reforma), a eficácia do negócio ficará limitada aos rendimentos respeitantes ao período anterior à data de declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nesta data e aos 24 meses subsequentes (n.º 1). A eficácia da cessão realizada ou de penhor constituído pelo devedor anteriormente à declaração de insolvência que tenha por objecto rendas ou alugueres devidos por contrato de locação que o administrador da insolvência não possa denunciar ou resolver, fica limitada às que respeitem ao período anterior à data de declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nesta data e ao mês subsequente (n.º 2). Finalmente, diga-se que o devedor por créditos a que se reportam os números anteriores pode compensá-los com dívidas à massa (n.º 3).

<sup>110</sup> Importa, porém, distinguir as proibições dos sócios empenharem a sua participação no capital social de uma empresa, das proibições ou limitações da colocação em penhor dessas participações por parte da própria sociedade. Este último tipo de negócios (que normalmente se relaciona com situações de favor relativamente a um dos sócios ou com motivos de relacionamento institucional ou pessoal entre o devedor e a sociedade ou, finalmente, com a própria actividade normal da sociedade, designadamente quando esta tenha por objecto a concessão de crédito), enfrenta limites legais, alguns privativos das sociedades anónimas (cfr. art.º 322.º, n.º 1 - que proíbe, excepto nos casos previstos no n.º 2, a este tipo de sociedades a prestação de garantias para a subscrição ou aquisição por terceiro de acções representativas do seu capital social - e art.º 397.º, n.º 1 - que veda a prestação de garantias, por parte da sociedade, relativamente a obrigações contraídas pelos administradores). Em face do direito espanhol, Mejías Gómez, *Prenda de participaciones sociales y de acciones representadas mediante títulos*, in *Tratado de garantias en la contratacion mercantil*, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 601 e 602, limita-se a afirmar

mais genérica (cujo paradigma é a proibição de negócios contrários ao objecto social, nomeadamente quando se trate de empenhar um bem social em garantia de um débito estranho à actividade social – cfr. art.º 6.º, n.º 3, do CSC).<sup>111</sup>

Do exposto decorre que nenhum sujeito poderá constituir um penhor sobre um bem de que não seja proprietário,<sup>112 113</sup> mas, se o fizer (sem o consentimento ou o

---

que a concessão de penhor por parte de uma pessoa jurídica necessita da observância das faculdades de disposição desta e das normas relativas à sua representação.

<sup>111</sup> Decorre desta restrição de carácter geral, que se presume contrário ao fim da sociedade a prestação de garantias a dívidas de outras entidades (art.º 6.º, n.º 3, do CSC), excepto se existir fundado interesse próprio da sociedade garante ou quando se trate de sociedade em relação de domínio ou de grupo. Por isso e de acordo com Tiago Soares da Fonseca, O penhor de acções, 2.ª Edição, Almedina, 2007, págs. 35 e 36, a garantia, fora dos estritos limites legalmente tipificados e atento o seu carácter normalmente gratuito (porque, sendo onerosa, já será lícito fazê-lo), não poderá ser prestada, por a sua concessão ser contrária ao fim mediato da sociedade, assim se tutelando a solvabilidade desta, em benefício dos seus sócios e credores. Diga-se, porém, que as restrições à empenhabilidade de bens integrados no património social variam em função configuração legal da sociedade, podendo ser de origem legal ou possuir fonte estatutária (como se verá adiante ao tratar desta matéria). Considerando inválido o penhor sobre quotas duma sociedade, cujos estatutos estabeleciam a proibição de alienação sem o consentimento da sociedade, constituído por um dos sócios, vide o Acórdão do STJ de 10/3/1953, in BMJ n.º 36 (1953), pág. 202 e segs.. Porém, no Acórdão do mesmo Tribunal de 18/12/1951, in BMJ n.º 28 (1952), pág. 290 e segs., decidiu-se que, quando seja necessária prévia deliberação da assembleia geral autorizando a constituição do penhor, a ausência desta deliberação poderá ser sanada se todos os sócios e a própria sociedade declarem, por escrito, concordar com tal contrato (considerando que o cumprimento de um contrato-promessa de penhor sobre quotas sociais requer sempre o consentimento da sociedade, vide o Acórdão do STJ de 16/2/1995, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). No direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 53 e segs., entende que as limitações dos representantes orgânicos das sociedades para empenhar acções do seu próprio património derivam da própria finalidade da garantia, ou seja, da “*conexión de la operación de garantía con el objeto social y la existencia de relaciones comerciales o de grupo entre las sociedades garantizada y pignorante, que justifiquen la prestación de la garantía*” (embora o Autor relativize o obstáculo decorrente do objecto social, afirmando excluídos do poder de representação dos órgãos sociais “*no los actos ajenos al objeto, sino los claramente contrarios a él, es decir, los actos contradictorios o denegatorios del objeto social*”), negando que o pacto social possa conferir aos administradores ou gerentes competência para praticar actos que excedam aquele objecto (se, porventura, isso acontecer tais cláusulas devem interpretar-se como ampliadoras do objecto social ou como concedentes de meras faculdades auxiliares para a prossecução do dito objecto). Em face do direito francês, Lisanti-Kalczynsky, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, Litec, 2001, pág. 99, relata que se coloca, em termos latos, a questão da admissibilidade de um penhor por parte de um gerente ou administrador da sociedade a que pertençam tais participações (uma vez que tal acto pode gerar um passivo social e provocar uma diminuição do valor das próprias participações), mas a Autora dá o seu aval a este negócio, porquanto nenhuma objecção técnica oferece esta *fattispecie*, sendo um risco que o credor assume ao contentar-se com uma garantia porventura ilusória (notícia, ainda a querela acerca da eventual necessidade de consentimento dos demais associados para a constituição de um penhor com tal objecto por parte de um dos sócios, rejeitando a Autora tal necessidade, salvo se as participações sociais estiverem abrangidas por um pacto de inalienabilidade e desde que o crédito garantido pelo penhor seja exigível antes do levantamento da inalienabilidade).

<sup>112</sup> Por vezes as dúvidas surgem mesmo quanto à comprovação da condição de proprietário do empenhante, como poderá suceder com os valores mobiliários em geral e com as acções em particular – realça este problema Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 32 e 33, asseverando que o mesmo deve solucionado de modo diverso para as acções tituladas (através de um certificado emitido pelo registo comercial ou órgão de administração da sociedade) e para as escriturais (mediante a exibição dos certificados de legitimação emitidos pelas entidades competentes para o efeito).

<sup>113</sup> Todavia, em face do art.º 1857.º n.º 2, do CCE – que expressamente impõe, como requisito para a constituição de um penhor ou de uma hipoteca, que o onerante seja o proprietário -, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 445, assegura que tal poder não corresponder inteiramente à verdade, devendo antes ser interpretada extensivamente no sentido de admitir a licitude da sua “*constitución por el titular de un derecho real susceptible, según sus características, de ser afectado por una carga de tal naturaleza (p. ej., hipoteca de usufructo o del derecho de retracto)*”, acrescentando que a expressão legal que impõe que o bem empenhado “*pertenezca en propiedad*” não é a mais adequada, porquanto a garantia pode

conhecimento do verdadeiro titular), cumpre esclarecer que o credor pignoratício poderá fazer valer o seu direito contra o proprietário.

Claro que esta hipótese não se confunde com a promessa que o devedor faça de dar em penhor um bem de propriedade alheia (válida, embora constituindo uma promessa de facto de terceiro e, desse modo, não constituindo título constitutivo do penhor, o qual só surgirá quando a garantia for efectivamente prestada), apresentado semelhanças, pelo menos em alguns casos, com a promessa do devedor adquirir um determinado bem para, em seguida, o dar em penhor (ou, pelo menos, de envidar esforços nesse sentido).<sup>114</sup>

Também não se confunde com a dação em penhor, por parte de um terceiro, de um bem próprio em garantia de uma dívida alheia.<sup>115</sup>

A questão assume relevância substancial quando o verdadeiro proprietário não ratifique *a posteriori* o negócio<sup>116</sup> ou, noutro contexto, quando o concedente da garantia não adquira, após o negócio de penhor, a titularidade do bem:<sup>117</sup> nesta última eventualidade, importa considerar a hipótese de o devedor não ter previamente assumido a obrigação de desenvolver as actividades necessárias à aquisição da propriedade do bem a onerar<sup>118</sup> (pois, no caso inverso, estaremos perante a violação de uma promessa de um facto próprio, com as inerentes consequências legais).

---

também ser constituída por quem seja titular de um direito que suporte a oneração pignoratícia, como sucederá com o comproprietário que onere a sua quota.

<sup>114</sup> Neste sentido, Maiorca, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Società Editrice Libreria, Milão, 1938, pág. 293, salientando tratar-se, nesta última hipótese, de uma promessa de uma prestação de facto próprio.

<sup>115</sup> Neste caso, como escreve Maiorca, *ob. cit.*, págs. 376 e 377, o terceiro expõe o um bem seu à ameaça de execução, permanecendo proprietário do bem onerado e, uma vez cumprida a obrigação garantida, readquire todos os poderes inerentes ao direito de propriedade.

<sup>116</sup> Para Afonso Dionysio Gama, *ob. cit.*, págs. 29 e 30, os bens alheios não podem ser objecto de penhor (podendo o seu proprietário reivindicá-las das mãos do credor pignoratício de má fé e mesmo do terceiro de boa fé, em caso de perda ou furto), embora admita que este contrato produz efeitos *inter partes* e mesmo “*que o penhor de coisa alheia pôde revalidar-se pelo consentimento ou pela ratificação do proprietário, e ainda pelo domínio superveniente que adquira o dador do penhor na coisa empenhada*” (acrescentando que no caso específico do domínio superveniente, este fenómeno “*revalida, desde a inscrição, o penhor constituído por quem possuía a coisa a título de proprietário*”). Em termos aproximados se exprime o actual CCB, em cujo 1420.º se afirma que “*A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registo, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono*”.

<sup>117</sup> Nesta hipótese de aquisição posterior da propriedade por parte do constituinte, antes de extinta a obrigação garantida, “*il divieto importerà sospensione del ius vindicandi; e se la proprietá passerà ad altri prima della scadenza, l’effetto legale della sospensione del potere seguirà anche nei successivi acquirenti*” – Maiorca, *ob. cit.*, pág. 146. Porém, Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1878, entende que para a validade de um penhor constituído por um não proprietário “*sería precisa la existencia de una norma que permitiera tal efecto sanatorio; al no existir tal estimo que el contrato de constitución de prenda es nulo (...) y por tanto no susceptible de sanarse; legalmente no ha nacido el derecho de garantía*”, uma vez que a lei impõe, como condição do surgimento deste, a propriedade do bem por parte do empenhante (contra, admitindo a validade de um penhor de coisa alheia, sempre que, no momento da constituição da garantia o bem seja entregue ao credor e, posteriormente, o empenhante venha a adquirir a propriedade do mesmo). No direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, pág. 340, noticia que, por força do art.º 1420.º do CCB, o penhor constituído por um possuidor não proprietário se convalida pela posterior aquisição da propriedade por parte do mesmo.

<sup>118</sup> Maiorca, *ob. cit.*, pág. 380 e segs., considera que o problema da garantia real sobre coisa alheia apenas se coloca quando subsista uma esperança de uma sucessiva aquisição da propriedade por parte do constituinte. Todavia, o Autor admite mesmo que não se considere o negócio constitutivo de penhor sobre bem alheio como negócio condicional (caso que ocorrerá se o constituinte pretender que o direito real apenas surja apenas se e quando adquirir tal propriedade), esclarecendo que “*Se invece il sorgere della garanzia non è espressamente rinviato, il diritto reale sorge senz’altro e neppure vi è bisogno di ricorrere al concetto della conditio iuris, com’è invece nel caso di pegno di cosa futura (inesistenti in rerum natura)*”, não fazendo sentido falar, aquando da aquisição da propriedade pelo constituinte, de

Dentro dos casos de ausência de uma prévia vinculação do constituinte, urge considerar especialmente a hipótese em que o credor dispõe de uma expectativa juridicamente tutelada de aquisição do bem onerado por parte daquele.<sup>119</sup>

Este problema da possibilidade de aquisição *a non domino* do penhor assume, no nosso ordenamento, contornos radicalmente diversos daqueles outros nos quais se encontra consagrada a regra “*posse vale título*” ou, noutros termos, a prescrição aquisitiva é instantânea,<sup>120</sup> ou seja, legislações nas quais a boa fé do terceiro adquirente

---

convalidação, não só porque o negócio não era *ab initio* inválido, mas antes da cessação da ameaça que impende sobre o direito do credor (traduzida, essencialmente, no exercício do direito de reivindicação por parte do proprietário), de modo que “*Il terzo che non è più proprietario non può più rivendicare il possesso dell’oggetto dato a pegno (...). Perdurando il possesso del pegno nel creditore (...) la base della garanzia reale rimane intatta. Al contempo, il costituente divenuto proprietario non può rivendicare per l’effetto che è proprio alla costituzione di garanzia reale. Da tutto ciò è straneo un problema di validità della garanzia: più che di convalida si potrebbe parlare di una valorizzazione della garanzia già validamente costituita*”.

<sup>119</sup> De acordo com Maiorca, ob. cit., pág. 437 e segs., contam-se entre essas hipóteses as de a propriedade do concedente da garantia sobre os bens a onerar estar dependente de um título anulável (caso em que a concessão da garantia será igualmente anulável, nos mesmos termos, mas subsistindo a ameaça apenas durante o prazo em que os sujeitos interessados possam impugnar tal título) de uma condição ou de um termo (hipótese em que a garantia será válida, mas igualmente sujeita a condição - o que se verificará quando sobre o bem em questão incida uma venda com reserva de propriedade, com propriedade resolúvel ou pacto de resgate ou uma atribuição dependente de um título anulável - ou a termo) ou, noutra ordem de considerações, a coisa a empenhar seja uma “*res debita*” (no duplo sentido de coisa devida pelo constituinte a terceiro ou pelo terceiro ao constituinte, sendo que em ambos os casos o proprietário actual do bem o poderá reivindicar até ao momento da sua venda na sequência de execução movida pelo credor pignoratício), esteja integrada numa comunhão (caso em que a dação em penhor da respectiva quota por parte de cada um dos comproprietários não suscita dúvidas, ao contrário da empenhabilidade dos próprios bens em comunhão, a qual depende de circunstâncias estranhas à vontade do empenhante: não se tratando de um bem próprio, nem de um bem alheio, o Autor admite que a dação em penhor seja válida, até porque o proprietário não constituinte da garantia não poderá reivindicar o bem enquanto não for desfeita a comunhão) ou seja incerta a sua titularidade (caso em que o credor poderá estar numa posição ainda mais favorável, uma vez que até à determinação do proprietário - v.g., em processo judicial - estará a salvo do exercício do poder de reivindicação).

<sup>120</sup> É o que sucede nos ordenamentos espanhol (art.º 464.º, embora Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1874, duvide da possibilidade de aquisição *a non domino* do direito de penhor, considerando “*difícil de superar la exigencia legal que la cosa que se entrega en prenda pertenezca en propiedad al que la empeña, tal como se establece en art. 1.857.2º CC*”; pelo contrário, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 484 e 485, entende que “*la dación en prenda de un mueble corporal o de un título al portador es válida por el solo hecho de que haya habido entrega de la cosa al acreedor prendario, aun cuando el constituyente de la prenda no sea propietario, siempre que el acreedor prendario haya obrado de buena fe, es decir, que haya creído recibir la posesión de manos del verdadero propietario y que la cosa no haya sido perdida u hurtada*”, rematando que a esta conclusão não se opõe o facto de o credor pignoratício ser um mero detentor - e, por isso, não poder usufruir da tutela possessória -, uma vez que “*aunque respecto de la propiedad sea un simple detentador, respecto del derecho de prenda es un poseedor*”), italiano (art.º 1153.º), francês (art.º 2279.º) e alemão (§932 do BGB), embora o respectivo alcance não seja idêntico em todos eles. Por exemplo, nos direitos francês e espanhol admite-se que o legítimo proprietário possa reivindicar o bem quando o tenha perdido ou este lhe tenha sido roubado (salvo no caso de o penhor ter sido constituído a favor dos Montes de Piedade que, por força de legislação avulsa, gozam do direito de reter os bens dados em penhor até ao completo reembolso dos empréstimos por si efectuados, mesmo que as coisas empenhadas tenham sido perdidas ou roubadas - neste sentido, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 54) e, quando o possuidor actual tenha adquirido o bem numa feira ou mercado, o proprietário apenas terá direito à restituição da posse se reembolsar o terceiro adquirente da quantia por ele dispendida na aquisição do mesmo (art.ºs 2280.º do CCF e 464.º, n.º 2, do CCE), mas já o não possa fazer em todas as outras situações, podendo assim o terceiro adquirente opor-se a uma eventual acção de reivindicação interposta pelo verdadeiro proprietário (Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 144). Pelo contrário, no direito italiano o princípio tem contornos mais amplos, omitindo a lei qualquer limitação à protecção do terceiro de boa fé (de acordo com o art.º 1153.º, a aquisição exige apenas a boa fé - sendo que o conhecimento da ilícita proveniência de um anterior proprietário impede, nos termos do art.º 1154.º,

a verificação deste pressuposto, mesmo que o terceiro demonstre que o transmitente ou outro precedente possuidor tenha posteriormente adquirido a propriedade - e a existência de um título válido para a transferência do direito, exceptuando apenas os casos das universalidades e dos bens sujeitos a registo – art.º 1156.º - e remetendo para lei especial a aquisição de boa fé sobre títulos de crédito – art.º 1157.º), encontrando-se já consagrado mesmo no direito anterior ao actual Código Civil de 1942 (como asseguram Giuseppe Papa, *Sagro sul pegno di cosa altura*, in *Il Diritto Commerciale* 1915, Vol. I, págs. 449 e segs. – afirmando que o art.º 707.º do anterior CCI já consagrava semelhante princípio, em termos idênticos ao disposto no CCF, ou seja, “*il possesso di buona fede tutela tanto il diritto di colui che acquista a titolo di proprietà quanto quello di colui che acquista a titolo di pegno*” – e Maiorca, ob. cit., pág. 483 e segs., dando conta, porém, da excepção relativa às coisas “*smarrite o rubate*” e assinalando, por outro lado, que o direito de reivindicação do proprietário claudicará sempre que a alienação tenha ocorrido numa feira ou mercado, a comerciante ou numa venda pública – caso em que o sucesso da reivindicação do verdadeiro proprietário estará sujeita ao pagamento do preço -, pelo que em caso de o constituinte do penhor ter adquirido *a non domino* a propriedade do bem empenhado numa venda pública, o verdadeiro proprietário poderá reivindicar o bem, mas o credor poder-lhe-á opor-lhe os mesmos factos que o seu constituinte – as condições da alienação – fazendo assim valer o seu penhor sobre o preço que o proprietário reivindicante deve depositar). A consagração deste princípio visa proteger as necessidades do comércio, facilitando a circulação da riqueza mobiliária, eliminando espartilhos que poderiam resultar da imposição de formalidades demasiado rígidas ou, como refere Mota Pinto (*Direitos reais* – apontamentos das lições ao 4.º ano jurídico de 1970-71, recolhidos por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Almedina, 1971, pág. 58), funciona como alternativa à inexistência de um registo para a generalidade dos bens móveis que torne cognoscível a sua apropriação, sendo a publicidade dada pela posse, entendida como indício de propriedade, concluindo que este princípio implica, necessariamente, a imposição de limites à protecção do direito de propriedade e, particularmente, ao exercício do direito de sequela por parte do titular de qualquer direito real, pelo que a sua não consagração na nossa ordem jurídica significa que o proprietário – *rectius*, titular de um direito real - pode sempre reivindicar a coisa de terceiro, ainda que este a tenha adquirido de boa fé, ou seja, “*a boa fé do terceiro adquirente de boa fé de bens móveis não constitui obstáculo ao exercício do direito de sequela*”, sendo essa boa fé assegurada, de modo indirecto através da figura da usucapião e do disposto no art.º 1301.º - nos termos do qual o adquirente de boa fé, que este tenha adquirido a propriedade a comerciante que negoceie em coisa do mesmo ou semelhante género, pode exigir do reivindicante a restituição do preço, sem prejuízo do direito de regresso do reivindicante contra aquele que culposamente tenha dado causa ao prejuízo, colocando a coisa no comércio contra a vontade do respectivo proprietário (em termos concordantes Penha Gonçalves, *Curso de direitos reais*, Universidade Lusíada, 1992, págs. 88 e 89, falando de “*uma prevalência do titular verdadeiro titular sobre o titular aparente*”, decorrendo da posse unicamente a presunção ilidível de titularidade do respectivo direito – cfr. art.º 1268.º, n.º 1). No direito espanhol, Mejias Gomez, ob. cit., pág. 129 e segs., destaca que o princípio se fundamenta na necessidade de assegurar segurança e fluidez do giro comercial (ou seja, fazendo prevalecer a aparência do direito) e, no que especificamente respeita ao credor pignoratício, proteger os que aceitam bens em garantia confiando na titularidade aparente do empenhante (uma vez que o princípio deve ser alargado aos direitos reais limitados, consentindo “*convertir en titular de un derecho de garantía, a quienes adquieren su derecho de un titular aparente*”): todavia, o Autor não deixa de salientar que, ao contrário do entendimento germanísitico do princípio (que equipara a posse adquirida de boa fé e o título, convertendo o possuidor em autêntico proprietário, mesmo que o transmitente o não fosse), a jurisprudência dominante opta por uma leitura bem mais restrita (nos termos da qual “*el adquirente de buena fe no consume una adquisición del derecho a non domino, sino que simplemente adquiere la propiedad o el derecho cuando lleva a cabo una usucapión ordinaria*”, pelo que “*el verus dominus dispone de un plazo extraordinariamente largo para hacer valer su derecho, y, si no lo hace, se presume inactivo frente al adquirente a non domino, por lo que el interés de éste primaría sobre el de aquél*”). Duvida da possibilidade da aquisição do penhor *a non domino* no direito espanhol, López, Montés e Roca, *Derecho civil, derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant lo branch, 2001 (2.ª Edição), pág. 443, alegando que a mesma é contrária à exigência - ditada pelo art.º 1857.º, n.º 2, do CCE - de os bens empenhados serem propriedade do sujeito empenhante (pelo contrário, aceita expressamente ser este um dos modos possíveis de constituição do penhor Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III* cit., págs. 421 e 422, assegurando que tal será admissível nos mesmos termos em que o é a aquisição do direito de propriedade *a non domino* – ou seja, mediante a obtenção da posse de boa fé, não perdida ou não ilegalmente subtraída ao seu proprietário, do objecto do direito – de modo que o possuidor adquirirá automaticamente o direito de penhor sobre o bem em questão). Finalmente, no direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1503 a 1507, esclarecem que a aquisição *a non domino* do direito de penhor se processa em termos análogos ao

de direitos de um titular aparente pode bastar para a aquisição desse mesmo direito (um domínio em que, recentemente, se assistiu a uma consagração expressa desta forma de aquisição de direitos – e não apenas da propriedade - foi o dos valores mobiliários).<sup>121</sup>

---

previsto para outros direitos reais (por remissão do §1207 para os §§932 e segs., todos do BGB), ou seja, exige-se a posse do disponente capaz de criar uma situação de aparência de titularidade e a boa fé do adquirente do direito (isto é, que o credor confie, sem culpa, na titularidade do direito por parte do transmitente, no momento da constituição da garantia, embora no caso de penhor em garantia de um crédito futuro, apenas se exija aquela boa fé no momento do surgimento de tal crédito; no caso de penhor constituído por força da subscrição de cláusulas contratuais gerais, normalmente o constituinte da garantia não se encontra plenamente consciente da realização de um acto de disposição sobre bens que, embora se encontram na sua posse, não lhe pertencem, razão pela qual se exige um exame rigoroso acerca da existência e validade de uma eventual cláusula de penhor naquelas condições gerais: a este respeito, os Autores – em sintonia com a jurisprudência – rejeitam a validade de um penhor assim constituído sobre objectos alheios à relação da qual brota o crédito garantido), não sendo invocável sempre que a coisa empenhada tiver sido roubada ou perdida.

<sup>121</sup> Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 132 e segs., destaca que a resposta à questão varia consoante a forma de representação dos valores, *maxime* das acções (não obstante, independentemente da modalidade adoptada, o art.º 57.º da LSA determinar que a constituição de direito limitados sobre acções se regerá de acordo com o direito comum). Com efeito, para os valores titulados o credor de boa fé (entendida, em termos subjectivos, como crença que o empenhante – titular aparente – é o legítimo proprietário do bem e se encontra em condições de o onerar, ou seja, quando “*ignora que en su título existe vicio que lo invalide*”) que tenha obtido a posse do título apenas terá que suportar a reivindicação do verdadeiro proprietário se as acções empenhadas resultam de furto ou roubo, ou se houvesse sido privado dos títulos de modo ilegal (em caso de extravio, o credor terá que demonstrar que usou da diligência adequada a fim de lograr a sua recuperação, nomeadamente provando ter seguido os procedimentos legais previstos para o efeito): “*Fuera de estos casos, si el verus dominus desea liberar la prenda, ha de probar la falta de buena fe del acreedor pignoraticio. En caso contrario, sólo podrá hacerlo, si satisface al acreedor pignoraticio la deuda garantizada*” (é o que sucederá nos chamados casos de apropriação indevida – apropriação dos valores recebidos em depósito, comodato, administração ou outro título do qual decorra a obrigação de os entregar ou devolver - em que se encontra assegurada a protecção do adquirente do direito de garantia). Para aqueles outros representados através de anotações em conta, a protecção do credor pignoraticio apenas será assegurada se, cumulativamente, existir uma inscrição prévia a favor do empenhante (ou seja, a aquisição terá que provir da pessoa que apareça nos registos como proprietária ou, mais precisamente, como legitimada para constituir a garantia), não se verificar má fé ou culpa grave no momento da aquisição do direito (avaliada em termos análogos ao exposto para os valores titulados, com a *nuance* de o credor pignoraticio poder solicitar, antes de obter o penhor, um certificado de legitimação ao constituinte que ateste a sua qualidade de proprietário), se a operação for onerosa (não apenas do negócio de constituição da garantia, mas, por força do carácter acessório desta, igualmente na obrigação assegurada) e se o penhor for registado: todavia e em qualquer dos casos, se o negócio constitutivo do penhor houver sido formalizado ante notário e existindo boa fé do credor pignoraticio, os bens em questão tornam-se irrevindicáveis por parte do seu verdadeiro titular, entendendo o Autor que o verdadeiro proprietário mantém esse estatuto, mas vê o seu direito limitado por uma garantia validamente constituída, apesar de *a non domino*. Admite igualmente a aquisição *a non domino* do direito de penhor, nos mesmos termos previstos para o direito de propriedade, Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 205 (pelo menos para os títulos ao portador). Diaz Moreno, ob. cit., pág. 425 e segs., enumera como requisitos da aquisição *a non domino* de um penhor com este objecto que o adquirente seja um terceiro (alheio aos actos que condicionem ou excluam a titularidade do tranferente), que o acto de constituição da garantia seja válido (pois a lei sana apenas a falta de legitimidade do empenhante), que o penhor tenha sido registado, que o empenhante se encontrasse legitimado de acordo com os dados constantes do registo, que o contrato de penhor se configure como um negócio oneroso (constituído em troca de outra prestação ou obrigação) e quando o terceiro tenha agido sem má fé ou culpa grave (isto é, “*que nel desconocimiento o la ignorancia de la ausencia de titularidad en el pignorante sean excusables de acuerdo con un standard mínimo de diligencia, o sea, de acuerdo con el que cualquier persona se comporta*”, considerando o Autor que a lei, ao falar de ausência de má fé e ao não exigir a presença de boa fé, “*se reduce el nivel de exigencia ético exigible en estado cognoscitivo del tercero; se amplía el campo de protección a todos aquellos supuestos en que no siendo porpriameent de buena fe tampoco se pueda demostrar que obrar con pleno nocimiento del perjuicio del verdadero titular*”, apontando como exemplo o do terceiro se encontrar em dúvida acerca da titularidade do empenhante): verificando-se todos estes pressupostos, ainda assim o proprietário prejudicado poderá recuperar os valores empenhados por quem não era o seu



Nestes ordenamentos, é pacífica a admissibilidade e validade de um penhor constituído por um não proprietário, desde que o credor obtenha a posse do objecto do seu direito e se encontre de boa fé (entendida como convicção legítima da qualidade de proprietário do constituinte da garantia) e convicto da regular constituição do penhor,<sup>122</sup> podendo assim repelir as pretensões reivindicativas do verdadeiro proprietário da coisa empenhada.<sup>123</sup>

---

dono satisfazendo o credor pignoratício da dívida assegurada. A respeito dos valores mobiliários escriturais, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 208 a 211, constata a substituição da confiança na posse pela confiança na inscrição no registo, uma vez que “*Si bien la inscripción no convalida el acto o negocio que da lugar al propio asiento, la nulidad o resolución que afectan a una transmisión anterior no privan de protección al que adquiere con amparo de la fe pública registral*” (todavia, o Autor esclarece que a aquisição *a non domino* não tem grande aplicação no caso de valores cotados em bolsa, uma vez que a fungibilidade obrigatória desses valores faz com que “*El verus dominus difícilmente puede ejercer la acción de reivindicatoria porque falta el requisito de la especificación del objeto. Baste pensar que quién da la orden de compra no puede ni siquiera imaginar quién podrá ser el oferente con el que se concluya la operación*”. Pelo contrário, quando se trate de valores não admitidos à cotação, já fará mais sentido apelar à aquisição *a non domino*, especialmente “*cuando estamos ante un tercero que haya obrado de mala fe o con culpa grave, para reintegrar al verus dominus la misma cantidad de valores que fueron objeto de la operación*”). Finalmente, De la Santa García, *Prenda de valores cit.*, admite a aquisição *a non domino* da propriedade e de direitos menores (v.g. de penhor) sobre valores mobiliários escriturais, esclarecendo que “*De igual manera que cabe la adquisición a non domino en el sistema clásico de hipoteca, en el que era posible la constitución de la garantía por quien, aun no siendo dueño de la cosa, aparecía como tal en el registro, surtiendo plenos efectos frente al terecero de buena fe, ocurre lo mismo en la constitución de esta modalidad de prenda. La entidad adherida vendrá únicamente obligada a comprobar la titularidad formal de los valores en los asientos, dando por válidos los actos de disposición que éste realice, sin que le afecten aquellos negocios jurídicos que se hayan realizado y que no le hayan sido notificados*” (embora, sempre segundo o mesmo Autor – ob. cit., pág. 240 - para que o adquirente *a non domino* beneficie desta protecção deverá ser estranho aos contratos que determinam a legitimidade do transmitente, o negócio de constituição da garantia deverá ser válido e ter sido inscrito no registo – no caso de valores mobiliários escriturais – e ter sido o penhor constituído por quem apareça legitimado pelos registos e exista ausência de má fé por parte do credor pignoratício no momento da inscrição da sua garantia).

<sup>122</sup> Neste sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 19 e Guillaouard, ob. cit., pág. 51. Porém, Maiorca, ob. cit., pág. 476 e segs., precisa que “*la buona fede del creditore pignoratizio non riguarderà la qualità di proprietario nel costituente: quantomeno l’attualità della proprietà nel costituente*”, servindo a boa fé para suprir a insuficiência do título de constituição do direito. Mas, segundo este último Autor, a boa fé do credor poderá traduzir-se mesmo na crença de o constituinte se poder vir a tornar-se proprietário do bem ou do produto da sua venda (mais concretamente, “*Il creditore può immaginare e sperare che prima della realizzazione, che potrebbe venire frustrata dalla rivendica del terzo, il costituente acquisti la proprietà del pegno, restando perciò vincolato – in quanto costituente – a non richiederne il possesso*”, boa fé esta que permitira reprimir a reivindicação por parte do terceiro proprietário durante a vigência do penhor e enquanto o credor mantiver a posse do bem) e pode até advir da boa fé do constituinte da garantia (na medida em que um possuidor de boa fé tem legitimidade para empenhar, o credor pignoratício poderá enfrentar a reivindicação por parte do proprietário alegando a boa fé do constituinte: neste conformidade, “*Talora sussisterà anche la buona fede nel creditore pignoratizio. Questi potrà far valer ela buone fede del suo autore, oppure la propria (...). In un caso la buona fede (altrui) riguarderà un titolo di proprietà; nell’altro caso la buona fede del convenuto riguarderà un titolo di pegno*”).

<sup>123</sup> Como salienta Giuseppe Papa, ob. cit., pág. 469 e segs., o credor pignoratício deverá considerar-se de má fé apenas quando, apesar de saber que o constituinte do penhor não era o proprietário da coisa empenhada, consentiu na constituição da garantia (em termos simples: ou o credor sabia que o seu devedor era proprietário - e está de boa fé – ou, pelo contrário, sabia que ele não era proprietário – e então está de má fé). O problema é mais complexo quando o credor, apesar de saber que o empenhador não era proprietário, pensava que ele estivesse autorizado a conceder o penhor (por exemplo, em razão de um mandato): neste caso, segundo o mesmo Autor, a protecção ao terceiro de boa fé não existe, tendo em conta que “*Colui il quale, conoscendo di ricevere il pegno dal non proprietario, non si cura di accertarsi se quest’ultimo ne abbia l’autorizzazione, e si culla in una erronea credenza, non può essere protetto dalle norme che tutelano la buona fede*”.

Com efeito, nos sistemas jurídicos que reconhecem o princípio da posse vale título, o penhor constituído sobre coisa alheia é plenamente eficaz, excepto relativamente ao proprietário, uma vez que, sendo este estranho à relação jurídica da qual brotou a garantia, o seu poder de reivindicação permanece intacto,<sup>124</sup> excepto quando o credor pignoratício esteja de boa fé,<sup>125</sup> sendo ainda discutível se o princípio também se aplica quando o penhor recaia sobre bens incorpóreos.<sup>126</sup>

Aliás, a legitimidade conferida ao credor pignoratício para invocar tal princípio em seu benefício pode mesmo ser entendido como o reconhecimento implícito da sua qualidade de possuidor, e não de mero detentor.<sup>127</sup>

Por isso mesmo – mas não só – no ordenamento italiano há quem se pronuncie pela plena validade do penhor constituído por um não proprietário, colocando o acento tónico no especial vínculo que brota da criação da garantia,<sup>128</sup> mas não sem reconhecer algumas especificidades em sede de execução.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Deste modo se exprime Maiorca, ob. cit., págs. 245 e 246, concretizando que o vínculo pignoratício não afecta o direito de propriedade do respectivo titular, ao passo que os poderes do constituinte da garantia sobre o bem empenhado ficam suspensos enquanto vigorar a garantia: em conclusão, “*il contratto costitutivo di garanzia reale su cosa altrui è valido a ogni effetto, verso tutti meno uno: il proprietario (...). Un effettivo ed efficace diritto reale di garanzia nasce, e il titolare di esso può a tutti gli effetti affermare e difendere tale suo diritto erga omnes, quindi anche verso il costituente. Un solo soggetto – il proprietario – ha un potere che vince il diritto del pignoratario*”.

<sup>125</sup> Como salienta Maiorca, ob. cit., pág. 471 e segs., o problema da aquisição do penhor por parte de um terceiro de boa fé que obtenha a posse do bem onerado “*non riguarda i rapporti interni fra costituente e creditore pignoratizio; bensì i rapporti fra il proprietario e il creditore pignoratizio possessore di buona fede. Nei confronti del proprietario, il possessore è un estraneo, un terzo. Lo stabilire pertanto che il creditore pignoratizio sia o meno possessore di buona fede non tocca la validità dell’atto di costituzione del pegno (nei rapporti fra costituente e creditore pignoratizio)*”.

<sup>126</sup> Dá conta de entendimentos contraditórios a este respeito Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 33 e 34, embora saliente que a jurisprudência admite frequentemente a invocação do princípio relativamente a bens incorpóreos. Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 538, por seu turno, advertem que o alcance do princípio costuma ser circunscrito aos bens corpóreos, restringindo assim o alcance do art.º 2279.º CCF aos bens móveis corpóreos.

<sup>127</sup> Assim, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 34, uma vez que tal princípio não pode ser invocado pelos meros detentores ou possuidores em nome alheio, como os locatários, comodatários ou depositários.

<sup>128</sup> É o caso de Maiorca, ob. cit., págs. 321 a 327, segundo o qual o carácter real do penhor se manifesta independentemente das vicissitudes da propriedade do bem onerado e reside, essencialmente, na possibilidade jurídica de o credor se satisfazer sobre o valor do bem empenhado, enquanto sub-rogado da prestação devida e não cumprida. Este efeito real decorre do vínculo de segurança que surge no momento da constituição da garantia e, até ao momento em que se transforma em direito de executar o bem onerado, não contende com o direito de propriedade, uma vez que não existe qualquer limite à fruição deste último direito: nesta conformidade, “*nulla impedisce che il debitore costituisca un valido contratto di pegno dando al creditore una cosa altrui. Egli – poniamo – si sente sicuro di poter adempiere. Dopo aver pagato (...) richiederà la restituzione del pegno. La proprietà non è stata toccata, ma solo minacciata e il diritto reale di garanzia è ben esistito, ha svolto la sua efficacia e, ove sia il caso, il creditore pignoratario, nel periodo precedente il pagamento, avrà avuto ragione di difendere il suo diritto di garanzia verso ogni offensore*”. De acordo com esta posição, “*il consenso del proprietario in quanto proprietario non ha rilevanza per la costituzione del diritto reale di pegno, il quale si forma col puro e semplice contratto reale (...) la dazione della cosa dal debitore al suo creditore è sufficiente per realizzare il contratto costitutivo del diritto reale del pegno*”, resultando da lei o poder de, em caso de incumprimento, executar os bens onerados e se o fizer antes do exercício do direito de reivindicação por parte do proprietário “*lo può – in linea di massima – fare, poichè l’esercizio del ius distrahendi opera indipendentemente dalla titolarità della cosa*” (pelo contrário, a partir do momento da venda ou da adjudicação, cessa a possibilidade de o proprietário não empenhante defender o seu direito - sem prejuízo do direito ao ressarcimento dos danos causados pela conduta do empenhante não proprietário – como aliás sucede quando o constituinte seja o proprietário do bem, o que, na óptica do Autor, confirma que “*il significato e la portata del diritto reale (...) si manifesta nel momento precedente all’attuazione del ius distrahendi (...) non consiste cioè nel diritto di atto di farsi pagare con preferenza sulla cosa vincolata, bensì nella possibilità, ove sia il caso, di farsi pagare con preferenza sulla cosa vincolata. Nel caso in*

Todavia e um tanto contraditoriamente, a recente reforma do direito das garantias francês veio proclamar a nulidade do penhor constituído *a non domino* (art.º 2335.º), acrescentando o mesmo artigo que, nesse caso, o empenhante poderá ter que indemnizar o credor, quando este ignorasse a falta de legitimidade daquele para constituir a garantia, debatendo-se em que medida tal preceito derogou ou não a regra da posse vale título.<sup>130</sup>

Pelo contrário, na ordem jurídica nacional a posse, ainda que de boa fé, não confere qualquer direito de propriedade (ou outro), mas apenas cria a favor do possuidor uma presunção a favor do possuidor (cfr. art.º 1268.º, n.º 1).

A única possibilidade passaria por admitir a que o credor pignoratício pudesse adquirir o seu direito através de usucapião.<sup>131</sup> Porém, tal hipótese parece de afastar, na

---

*cui il creditore prenda in pegno una cosa che sia altrui, egli non può avere la certezza di farsi pagare su quella cosa*”, mas sabe que, caso o proprietário não exerça tempestivamente o direito de reivindicação, “*Su quella cosa egli, in quanto legittimamente la possiede in pegno, sarà preferito, in un eventuale procedimento esecutivo, a ogni altro creditore*”).

<sup>129</sup> Sempre de acordo com Maiorca, ob. cit., pág. 366 e segs. (depois de salientar que do efeito real inerente ao penhor, mesmo adquirido *a non domino*, decorre uma vinculação que segue os bens onde quer que se encontrem, a qual permite que o seu direito de preferência prevaleça sobre os credores do terceiro dador do penhor, bem como sobre os credores do proprietário não constituinte, excepto, neste último caso, se estes se sub-rogarem no exercício do direito de reivindicação de que é titular o proprietário até ao momento da venda ou da adjudicação), realça que a execução movida por um qualquer credor quirografário não pode incidir sobre bens que não sejam do devedor, ao contrário do que sucede com a execução instaurada por um credor pignoratício cuja garantia haja sido adquirida *a non domino*, porquanto neste último caso a garantia pode incidir sobre um bem que não seja do devedor, “*sino almeno al momento eventuale in cui il proprietario o chi per lui non rivendichi il possesso*”, sendo que só o poderá fazer até à data da venda ou da adjudicação em pagamento, pois a partir dessa data a posição do credor torna-se intangível.

<sup>130</sup> Com efeito, é discutível o alcance desta norma, porquanto se debate com ela se terá pretendido afastar a regra da posse vale título e a protecção por esta conferida ao credor pignoratício cujo direito tenha sido transferido por um constituinte não proprietário: em sentido negativo, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9.ª Edição, 2010, pág. 502 (entendendo que o preceito apenas será aplicável quando o credor tome a iniciativa de restituir o bem ao verdadeiro proprietário), Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 362 (considerando que este preceito não afasta tal princípio – pelo que se mantém a protecção do credor pignoratício de boa fé – significando apenas a norma em questão que “*s’il prenait l’initiative de restituer le bien au véritable propriétaire, il aurait droit à des dommages et intérêts. La nullité ne pourrait ainsi être invoquée que par le seul créancier gagiste*”), Simler e Delebecque, *Droit civil 2009*, pág. 535 (salientando que, à semelhança da nulidade cominada para a venda de bens alheios, também esta é uma nulidade de protecção e, por outro lado, que o preceito em exegese não poderá respeitar ao penhor sobre bens futuros, o qual é agora expressamente admitido por lei) e Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 228 (realçando igualmente a inaplicabilidade aos bens futuros – dos quais o constituinte não é, por definição, proprietário no momento do nascimento da garantia – e concluindo que o seu verdadeiro sentido é o de dar ao credor pignoratício, que descubra a ausência de propriedade do bem por parte do constituinte, o direito de se desfazer do penhor contra o pagamento de uma indemnização, sem ter que aguardar uma eventual acção de reivindicação por parte do verdadeiro dono do bem). Por seu turno, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *El nuevo derecho de las garantías reales: estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Editorial Reus, 2008, pág. 295, chamam a atenção para a contradição que reside na proclamação da nulidade do penhor de coisa alheia e na admissibilidade do penhor de coisa futura (art.º 2333.º).

<sup>131</sup> Admite a aquisição de um penhor sobre valores mobiliários escriturais Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 208 (concretizando que, para tal, “*deberá existir una inscripción de un derecho de prenda sobre unos determinados valores de los que sea titular un tercero ajeno al crédito garantizado, que no es el deudor de la obligación principal. Es decir, deberá resultar inscrito a favor del acreedor del crédito garantizado, una constitución limitativa sobre unos valores cuyo titular es distinto del deudor del crédito garantizado*”) e, em termos gerais, Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, págs. 421 e 422 (ilustrando com o caso em que A recebe de B um bem em garantia do cumprimento de uma determinada obrigação, embora tal bem pertencesse a C: ora, decorridos que sejam os prazos legais, A transforma-se em titular do direito de penhor sobre o bem em questão, o qual continua a garantir o seu crédito contra B)

medida em que o art.º 1287.º apenas admite a aquisição, por meio de usucapião, do direito de propriedade e de outros direitos reais de gozo, incluindo-se o penhor, pelo contrário, no âmbito dos direitos reais de garantia.<sup>132</sup>

Nesta conformidade e atenta a absoluta disponibilidade da coisa por parte do seu proprietário, não obstante a constituição de um penhor sobre ela por parte de um terceiro, a boa fé do adquirente de qualquer direito sobre aquele bem deixa intacto o direito de domínio, podendo o respectivo *dominus* reivindicá-la, mesmo que este se encontre, por exemplo a título de penhor, em poder de um terceiro de boa fé.<sup>133</sup>

O único desvio a este regime poderia resultar do disposto no art.º 1301.º,<sup>134</sup> nos termos do qual o proprietário que reivindique de terceiro de boa fé um bem por este adquirido a comerciante que negocieie em coisas do mesmo ou semelhante género, pois, neste caso, apesar de o direito de reivindicação não ser atingido, o proprietário é obrigado a restituir ao adquirente o preço por este pago (sem prejuízo do direito de regresso contra o comerciante vendedor).

---

e, igualmente, em Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 713 (adicionando outros argumentos, como sejam o facto de o art.º 1930.º do CCE admitir a aquisição, por usucapião, da propriedade e dos demais direitos reais; e de o art.º 1936.º do mesmo Código declarar como susceptíveis de prescrição todas as coisas que se encontrem no comércio: em suma, conclui que “*pudiendo usucapirse el poder máximo de la cosa – derecho de propiedad – y reuniendo el de prenda las condiciones necesarias para ser usucapible, no se alcanza por qué tal poder, que es más reducido que el dominio, no pueda adquirirse por usucapición*”). No que especificamente respeita ao penhor de créditos, Cano Martínez de Velasco, La posesión, el usufructo y la prenda de derechos, Bosch, 2005, pág. 90, admite a sua aquisição por usucapião, quando “*siendo ineficaz el título constitutivo de prenda, el poseedor, hasta el momento natural, del crédito instó a su titular a exigirlo, sin reacción de éste; y, ante esta inactividad, reclamó para sí el cumplimiento como acreedor pignoratício. Desde este instante comienza a correr el plazo de prescripción adquisitiva de la prenda sobre el crédito, pues la posesión de la prenda es, desde entonces, animus res sibi habendi, osea una posesión civil (útil para la usucapición)*”. Pelo contrário, Paz-Ares Rodríguez, ob. cit., pág. 1874, não sem reconhecer a existência de posições em contrário (ancoradas na posse do credor pignoratício enquanto titular do direito real de penhor), duvida da possibilidade de aquisição do penhor por via de usucapião, alegando que “*choca con la exigencia de voluntad de entrega de la cosa por el deudor o el tercero que (...) es esencial para la constitución del derecho real de prenda*” (em termos aproximados, López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 443, salientando que o art.º 1863.º do CCE, ao impor como condição do nascimento do direito real de penhor a entrega do bem ao credor por parte do devedor, impede tal modo de aquisição da garantia). Recusa igualmente que o direito de penhor se possa adquirir por via de usucapião Serrano Alonso, Manual de derechos reales, Edisofer, 2.ª Edição, 2008, pág. 266 (uma vez que “*al exigir el derecho de prenda la entrega de la cosa por parte del deudor o de un tercero con voluntad expresa de constituir la garantía difícilmente puede admitirse que el acreedor se convierta en titular del derecho de prenda por la posesión de cosa con la intención de ser acreedor pignoratício sin que previamente haya habido la entrega*”). Também Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 152, rejeita a possibilidade de aquisição de penhor por usucapião, alegando que o credor pignoratício é mero detentor no que concerne ao direito de propriedade do bem (sendo possuidor no que respeita ao direito real de penhor).

<sup>132</sup> Conclui nestes mesmo sentido, Luís Carvalho Fernandes *Lições de direitos reais*, 6.ª Edição, Quid Juris, 2009, pág. 60.

<sup>133</sup> O Código de Seabra admitia expressamente (cfr. art.º 860.º, n.º 4) a reivindicação, pelo proprietário, da coisa empenhada por terceiro sem o seu consentimento. No domínio do actual Código, o direito de reivindicação, apesar de regulado unicamente a propósito do direito de propriedade (art.º 1311.º), é reconhecido pela própria lei à generalidade dos direitos reais (art.º 1315.º) e constitui uma das manifestações (quicá a mais relevante) do direito de sequela, conforme melhor de perceberá aquando da análise dos direitos do credor pignoratício (vide infra n.º 9.1 do Capítulo I).

<sup>134</sup> Preceito semelhante ao art.º 2280.º do CCF. Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 2.ª Edição, Principia, 2007, pág. 159, dá conta de uma interpretação restritiva deste preceito operada pela jurisprudência dominante que reduz o campo de aplicação do preceito mencionado aos casos em que a coisa não tenha saído das mãos do proprietário por meios fraudulentos e, por outro lado, descarta a sua invocação quando estejam em causa bens móveis sujeitos a registo (o Autor concorda com esta última restrição, mas rejeita a primeira).

Contudo, advogamos a inaplicabilidade deste preceito aos casos em que o terceiro de boa fé, ao invés do direito de propriedade, invoque um direito de penhor, na medida em que este último direito é, como salientámos, insusceptível de ser adquirido por usucapião, nem sequer quando decorram os respectivos prazos, pelo que muito menos o será de modo instantâneo em razão unicamente da posse de boa fé.<sup>135</sup>

Assim sendo, o proprietário do bem empenhado sem o seu consentimento poderá, mesmo nestes casos, reivindicar a coisa nas mãos do terceiro credor pignoratício, sem ter de indemnizar este, considerando-se que o penhor apenas produz efeitos entre os outorgantes.<sup>136</sup>

Em suma, no nosso ordenamento e salvo o previsto em legislação especial, não são admissíveis, como títulos de constituição de penhor, a usucapião, nem tão pouco a aquisição *a non domino*.<sup>137</sup>

Noutra ordem de considerações, no que respeita à possibilidade de penhor através de representante<sup>138</sup> e partindo destes pressupostos, se alguém mandar outrem para administrar os respectivos bens,<sup>139</sup> deve entender-se que o poder concedido não abrange a legitimidade para constituir ou adquirir penhores - a não ser que tal possibilidade seja especificamente consagrada no contrato de mandato - precisamente porque estes actos, como se disse, não podem ser considerados de mera administração.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> Defendendo a mesma posição, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 24 a 28, sustentando que o legislador, no art.º 534.º do Código de Seabra (correspondente ao actual art.º 1301.º), teve unicamente em vista a transferência definitiva do bem, sendo, portanto, o dito insusceptível de aplicação analógica ao penhor, facto comprovado - acrescentamos nós - pela própria inserção sistemática da norma, colocada na secção relativa à usucapião de bens móveis, *rectius*, de certos direitos reais sobre bens móveis, entre os quais não se inclui o penhor (cfr. art.º 1287.º). No mesmo sentido, para o direito francês e em face do art.º 2280.º do CCF (semelhante ao art.º 1301.º do nosso Código), Alex Weil, ob. cit., pág. 80, considerando, por isso, que, a este respeito, a posição do credor pignoratício é menos favorável do que a do comprador pois este, ao contrário daquele, poderá recuperar as importâncias dispendidas.

<sup>136</sup> Podendo o credor, quando muito, exigir do constituinte outro penhor ou o cumprimento da obrigação (discutindo-se se deverá ou não informar o legítimo proprietário sempre que tome conhecimento da falta de legitimidade do empenhante).

<sup>137</sup> Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 230 e 231, advoga que o penhor constituído por não proprietário apenas é nulo em relação ao verdadeiro proprietário, que poderá reivindicar o bem, sendo válido entre as partes do contrato de penhor (por isso, o credor, depois de extinta a dívida, não pode recusar a restituição ao devedor, a pretexto de que a coisa não lhe pertence e, por outro lado, o devedor não pode exigir a entrega do penhor alegando que a coisa é alheia e deseja restituí-la ao legítimo proprietário) - no mesmo sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 20 a 22 e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 27. Por outro lado, o mesmo Cunha Gonçalves (*apud* Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 26 a 28) sustenta a admissibilidade de um penhor comercial de coisa alheia, argumentado com base no art.º 467.º, n.º 2 e parágrafo único do Cód. Com. (que admite a venda de coisa alheia). Porém, como bem nota Joaquim Bastos, ob. e loc. cit., aqueles preceitos apenas admitem a validade da obrigação assumida pelo alienante (daí a lei estabelecer a obrigação do vendedor adquirir, por título legítimo, a propriedade da coisa vendida e fazer a entrega ao comprador), que em nada afecta o direito de reivindicação do verdadeiro proprietário.

<sup>138</sup> Estamos, naturalmente, a falar de representação voluntária, porquanto a representação legal foi já abordada a respeito das incapacidades.

<sup>139</sup> No direito espanhol, Cordero Lobato, Comentario aos art.ºs 1857.º a 1873.º, in Comentarios al Código Civil, (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 2.ª Edição, 2006, pág. 2137, reconhece que a constituição de garantias reais por meio de representante exige mandato expreso.

<sup>140</sup> Vide, em conformidade, Chironi, ob. cit., págs. 540 e 541, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 17, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 206 e, entre nós, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 30 e o n.º 1 do art.º 1159.º, que estabelece que o mandato geral só compreende os actos de administração ordinária. Mas já será válido, de acordo com Rubino, Il pegno cit., págs. 223, um mandato a conceder penhores, ainda que não sejam especificadas as obrigações a garantir, nem a as coisas a empenhar, uma vez que o mandato expreso para praticar actos que excedam a mera administração também é admissível (possibilidade que parece não ser afastada pelo n.º 2 do art.º 1159.º, ao admitir os mandatos especiais em

Mais discutível é saber se, conferido um mandato para alienar um dado património (ou determinados bens nele incluídos), poderá o mandatário proceder à correspondente oneração.

RUBINO, VAZ SERRA<sup>141</sup> e CHIRONI<sup>142</sup> propendem para uma resposta negativa, considerando ser forçoso distinguir entre alienar e onerar<sup>143</sup> e, por outro lado, porque a inclusão da concessão de garantias reais no conceito de alienação tem carácter científico e as partes, ao invés, utilizam uma linguagem corrente, não jurídica.

Salvo o devido respeito, afigura-se-nos mais defensável a resposta contrária, ou seja, entendemos que quando o mandante conceda uma autorização para alienar, deve considerar-se implícita uma anuência para praticar actos menos gravosos<sup>144</sup>: quem permite o mais, também deve permitir o menos.<sup>145</sup>

O Ilustre civilista luso, opina, relativamente aos administradores de pessoas colectivas, que o mandato que lhes é concedido para o desempenho das suas funções deverá compreender a capacidade para a prática da generalidade dos actos integrados no objecto social daquela e, portanto, também para a concessão de penhores, salvos os limites decorrentes da lei e de normas estatutárias internas.<sup>146</sup>

---

termos amplos, considerando que os mesmos abrangem, além dos expressamente referidos, todos os actos necessários à sua execução). Admitindo que o gerente de uma sociedade, a quem a sociedade que representa tenha conferido os mais amplos e ilimitados poderes, possa celebrar um contrato de penhor por intermédio de procurador a quem haja transmitido os aludidos poderes, vide o Acórdão do STJ de 18/12/1951, in BMJ n.º 28 (1952), pág. 290 e segs..

<sup>141</sup> Obs. e locs. citis..

<sup>142</sup> Este Autor, ob. cit., págs. 540 e 541, apesar de reconhecer que na dação em penhor está implícita uma alienação condicional do bem – e que, por isso, se poderia defender a inclusão da oneração pignoratícia no âmbito de um mandato para alienação - sustenta que deverá presumir-se “*che il mandante non voglia spogliarsi di facoltà maggiori di quelle espresse nell’atto*”.

<sup>143</sup> Argumentando que esta distinção, inclusive, é assumida pela lei, o que nos parece carecido de fundamento, ao menos no que concerne ao ordenamento luso, na medida em que nada no regime legal do mandato (cfr. art.ºs 1157.º a 1184.º) aponta nesse sentido, podendo até retirar-se do art.º 1159.º, n.º 2 (de acordo com o qual o mandato especial abrange, além dos actos nele referidos, todos os demais necessários à sua execução – interpretam este preceito de modo mais restritivo Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. II, pág. 712, considerando que apenas se encontra implícita na autorização conferida para a prática de certo acto, a realização “*dos actos acessórios necessários à execução do acto principal*”, apontando como exemplo da inclusão, no mandato para vender, dos poderes para o recebimento do preço e a quitação) apoio para sustentar a posição inversa, na medida em que se o mandante autorizou o mandatário para alienar um determinado bem, esse negócio, nos termos da lei, permite a este último a realização de outros não directamente previstos, mas acessórios, do mencionado no mandato, nomeadamente onerá-lo tendo em vista uma futura alienação.

<sup>144</sup> Mesmo o argumento da inclusão das garantias reais no conceito de alienação ter carácter científico e as partes, ao invés, utilizarem uma linguagem não jurídica poderá ser rebatido, considerando que as partes (admitindo que estas desconhecem o vocabulário legal, o que nem sempre será verdade, sobretudo quando de trate de negócios de grande envergadura, onde a assessoria jurídica é cada vez mais comum) ao autorizar a “alienação” pretendem conceder ao mandatário o poder de realizar todos os actos de disposição do bem, seja a venda propriamente dita, seja a constituição de garantias sobre os mesmos bens (oneração esta que, em última análise, poderá conduzir à alienação, em caso de incumprimento da obrigação garantida pelo penhor). Neste sentido aponta Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2137, ao menos no domínio comercial entendendo que “*bastará poder general para entender que el representante está facultado para constituir garantías reales si este negocio está comprendido en el giro o tráfico de la empresa*”.

<sup>145</sup> Já a hipótese contrária (a alienação de bens pelo mandatário, quando o mandato apenas lhe conferia poderes para onerar), será de excluir, uma vez que o acto expressamente permitido pelo mandante é menos grave do que aquele levado a cabo pelo mandatário.

<sup>146</sup> O aludido Autor advoga, em apoio da sua teoria, a inaplicabilidade das limitações ao conteúdo do contrato de mandato previstas na lei civil, na medida em que estas seriam apenas aplicáveis às pessoas físicas (conforme aludido supra e desenvolvido infra, os administradores das sociedades anónimas e os gestores das sociedades por quotas dispõem, em regra, de poderes para autorizar a constituição de

A constituição de um penhor por intermédio de representante que não disponha de poderes para o efeito será ineficaz relativamente ao verdadeiro proprietário do bem onerado, a menos que seja por este ratificada (art.º 268.º, n.º 1).

Temos, até aqui, analisado os requisitos da constituição do contrato de penhor no pressuposto que o bem objecto da garantia seja propriedade do devedor. Todavia, do próprio conceito legal de penhor (cfr. n.º 1 do art.º 666.º<sup>147</sup>) resulta que o bem empenhado pode pertencer a terceiro,<sup>148</sup> assumindo este o papel de garante do débito do devedor.<sup>149</sup>

Neste caso, as partes do contrato de penhor serão o terceiro e o credor pignoratício (não sendo de atribuir a qualidade de parte ao devedor),<sup>150</sup> muito embora o devedor e o terceiro possam acordar entre si os termos e condições da prestação da garantia:<sup>151</sup> todavia e apesar de, tendo em conta a conexão que existe entre estes pactos e o contrato pignoratício, as vicissitudes deste último podem reflectir-se naqueles acordos.<sup>152</sup>

No entanto, as considerações expandidas acerca da garantia pignoratícia são aplicáveis também nesta última hipótese, muito embora a lei, ocasionalmente, distinga

---

garantias por parte dessas mesmas sociedades). Resta, todavia, averiguar uma eventual responsabilidade dos administradores para com a sociedade, caso a outorga do penhor tenha sido danosa - neste mesmo sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 224 e Joaquim Bastos, *ob. cit.*, pág. 28. No entanto, no direito francês e de acordo com Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 206, a constituição de garantias sobre um bem da sociedade encontra-se sujeita, em geral, a uma deliberação social ou a uma delegação de poderes nos representantes da mesma (para além disso, nas sociedades anónimas é necessária a autorização do conselho de administração)

<sup>147</sup> O mesmo sucede na generalidade dos demais ordenamentos (vide o art.º 1857.º, n.º 3, do CCE, o art.º 2784.º, n.º 1, do CCI e art.º 2334.º do CCF - anteriormente à reforma de 2006, vide o art.º 2077.º).

<sup>148</sup> Não confundir a hipótese em averiguação com aquela em que o terceiro, ao invés de prestar a garantia, surge como a pessoa encarregue de guardar a coisa, pois, neste último caso, o terceiro é estranho ao contrato de penhor (sobre este assunto, vide infra n.º 5.1.2 do Capítulo I). Claro que as duas situações poderão coexistir, isto é, o penhor pode ser prestado por um sujeito estranho à relação obrigacional garantida e, quando da sua constituição, ser entregue a um outro sujeito ainda (que não poderá ser o prestador da garantia, pois assim não haveria o desapossamento exigido por lei).

<sup>149</sup> Segundo Afonso Dionysio Gama, *ob. cit.*, pág. 65, quando o penhor seja outorgado por terceiro, realizam-se dois actos jurídicos: um, entre o terceiro que fornece o penhor e o devedor (qualificado como um contrato de mandato ou quase gestão de negócios) e outro, entre o terceiro e o credor (que constitui verdadeiramente um contrato de penhor, com os efeitos que lhe são próprios). Daí que os tribunais italianos (vejam-se as decisões mencionadas por Barbara Cusato, *ob. cit.*, págs. 172 e 173) tenham decidido não poder o credor pignoratício utilizar o penhor para extinguir os créditos que detenha sobre o terceiro garante.

<sup>150</sup> Assim, Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2137.

<sup>151</sup> Nestes termos se expressam Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 654, Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 103 e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 222 (apontando como exemplos aqueles acordos em que o terceiro se limite a assumir a obrigação de concluir um contrato de penhor com o credor ou, pelo contrário, o terceiro obtenha do devedor um benefício como contrapartida da concessão da garantia). Naturalmente que estes pactos entre devedor e concedente do penhor não terão de ser necessariamente subscritos (aliás, o Código de Seabra admitia semelhante hipótese - cfr. art.º 859.º - , acrescentando que o penhor poderia ser constituído por terceiro, mesmo sem o consentimento do devedor. Esta referência foi omitida no actual Código Civil, muito embora não existam, a nosso ver, obstáculos à susceptibilidade de o penhor de terceiro ser constituídos nestes termos - do mesmo modo, para o direito francês, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 207).

<sup>152</sup> Nas elucidativas palavras de Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 96 “*En este caso, la relación obligatoria tiene unos sujetos y la relación pignoratícia otros, porque, aunque la titularidad del crédito y la del derecho real coinciden en una misma persona, las condiciones de deudor y de pignorante recaen sobre personas distintas. Acreedor y deudor se encuentran vinculados por una relación de naturaleza personal que se desenvuelve con independencia de la existencia de cualquier garantía real; mientras que aquél y el pignorante están ligados por el negocio de prenda, cuyas vicissitudes dependen de las de la obligación garantizada*”.

consoante o garante seja o próprio devedor ou um terceiro alheio à relação obrigacional garantida.<sup>153</sup>

A posição do terceiro garante é, por vezes, comparada à do fiador, na medida em que ambos prestam uma garantia para assegurar o cumprimento de uma obrigação alheia, pelo que as duas situações seriam enquadráveis no âmbito da chamada responsabilidade sem débito (do próprio responsável).<sup>154</sup>

Porém, esta analogia não se afigura integralmente aceitável, porquanto a responsabilidade assumida pelo terceiro empenhador é diversa relativamente à assumida pelo fiador.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Assim, expressamente, Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág.103 e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 222. É o que sucede no direito pátrio, por exemplo, com o disposto no n.º 2 do art.º 667.º, n.º 2, nos termos do qual o penhor constituído por terceiro se extingue (em termos análogos ao previsto para a extinção da hipoteca constituída por terceiro – cfr. art.º 717.º, n.º 1) quando, por facto positivo ou negativo do credor, não possa ocorrer a sub-rogação do terceiro nos direitos daquele (importa salientar que, nos termos do n.º 1 do art.º 592.º, o terceiro que cumpra uma obrigação cujo cumprimento houvesse assegurado fica sub-rogado nos direitos do credor). Uma outra especificidade diz respeito ao momento da execução, uma vez que, devendo esta começar pelo bem onerado (cfr. art.º 835.º do CPC), não é menos verdade que, sendo este insuficiente para pagamento do crédito garantido, deverão ser executados bens, não do terceiro garante, mas do devedor da obrigação principal.

<sup>154</sup> Considera o terceiro prestador de garantia real como “*un garante análogo al fiador*” Cordero Lobato, *Comentario cit.*, págs. 2137 e 2138, afirmando que “*ninguna de las reglas de fianza se fundamenta en la técnica de esta garantía (responsabilidad personal del fiador), ni tampoco puede decirse que la técnica de las garantías reales (la afectación del valor de una cosa al pago preferente de un crédito) impida la aplicación de normas que protejan al hipotecante tercero como garante*”. No direito francês a distinção entre ambas as figuras é ainda dificultada pelo uso da expressão “*cautionnement réel*” para designar o penhor concedido por terceiro, sendo que a fiança, no direito gaulês, é apelidada precisamente de “*cautionnement*”.

<sup>155</sup> Dada a existência destas diferenças, Rubino, *ob. e loc. cit.*, pág. 221, entende que as normas relativas à fiança apenas devem ser aplicadas por analogia ao penhor prestado por terceiro e somente desde que a tal não se oponham as diferenças essenciais entre as duas figuras (e desde que as referidas normas não possuam natureza excepcional). Neste contexto, discute-se se o terceiro empenhante também usufruirá do benefício da excussão reconhecido ao fiador (cfr. art.º 638.º), dando conta Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 102, nota 132, de uma decisão judicial indeferindo o reconhecimento daquele benefício. Em face do nosso direito e tendo em conta a obrigatoriedade de as execuções de dívidas asseguradas por garantia real se iniciarem pelos bens onerados (cfr. art.º 835.º do CPC) e o diferente âmbito da responsabilidade real do terceiro empenhante e pessoal do fiador, sustentamos igualmente não ser de atribuir ao terceiro autor do penhor o direito de excussão, solução defendida igualmente, embora sem recorrer a este argumento, por Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 229, Almeida Costa, *Direito das obrigações* 12.ª Edição, Almedina, 2009, pág. 924 (ressalvando a possibilidade de tal benefício poder ter sido convencionado, mas esclarecendo que, quando assim não for, dele não gozará – apesar da lei não o dizer expressamente - até por confronto ente o penhor e a fiança “*enquanto o fiador se obriga com todo o seu património, o terceiro que constitui o penhor vincula-se apenas com certo ou certos bens – o que faz presumir intenções diferentes de um e de outro*”), Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 99 e 100 (porquanto a responsabilidade do terceiro empenhante se cinge à coisa em si, não se verificando uma responsabilidade pessoal análoga à do fiador) e, no direito francês, por Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 9 (argumentando tratar-se de uma limitação dos direitos de credor não defensável em face da ausência de norma expressa nesse sentido, muito embora aceite que as partes possam acordar o contrário) e Troplong, *ob. cit.*, pág. 107 (sustentando que o terceiro, ao ser desapossado do bem, havia renunciado ao direito de excussão pois, a partir desse momento, o credor passava a exercer a sua preferência e o direito de retenção sobre o objecto da garantia sem necessidade sequer de accionar o proprietário). Nega igualmente a equiparação do terceiro dador de penhor ao fiador Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 447 e 448 – mesmo para quem aluda, no caso do penhor, a uma fiança real limitada – contrapondo a responsabilidade limitada a determinados bens do empenhante à responsabilidade genérica do fiador, para além de este, mas não aquele, poder invocar o benefício da excussão, concluindo que “*entre ambas situaciones no hay sino una analogia por la función que desempeña la fianza real y la personal y por la nota común de garantizar la deuda ajena. Pero las discrepancias son estructuralmente profundas entre una y otra institución, revelándose inequívocamente por el modo de desplegar tal función auxiliar de garantía, lo que se traduce en un régimen propio para*



De facto, enquanto este assume uma responsabilidade de tal modo ampla que abrange a generalidade do seu património, aquele outro circunscreve o âmbito do encargo por si assumido a um determinado bem e ao valor que este possua.<sup>156</sup>

Existe, depois, uma situação em que a fiança e o penhor se podem entrelaçar, qual seja a concessão de um penhor por quem houvesse já consentido uma fiança em garantia do mesmo débito. Independentemente da questão de saber se a garantia se destinava a assegurar o cumprimento da obrigação principal ou da fideiussória, não estamos perante um penhor outorgado por terceiro, precisamente porque, neste caso, o fornecedor da garantia pignoratícia não é estranho à relação obrigatória.<sup>157</sup>

Outra questão prende-se com a admissibilidade de o terceiro empenhante invocar, contra o credor, as excepções que o devedor eventualmente tenha contra aquele, nomeadamente as decorrentes da relação obrigacional garantida.<sup>158</sup>

A este propósito, deparamos com uma concepção mais ampla, que responde afirmativamente à questão colocada, ressalvando apenas as excepções de natureza marcadamente pessoal, ancorando tal entendimento na circunstância de o terceiro garantir a obrigação do devedor nos precisos termos em que esta exista.<sup>159</sup>

Pelo contrário, há quem consinta que o terceiro garante se possa valer das excepções pessoais que o devedor eventualmente possua contra o credor (por não ser de presumir que o empenhador ou proprietário tenham querido garantir a pretensão do credor mesmo contra a falta de capacidade ou os vícios da vontade do devedor), mas, paradoxalmente, advogue que as excepções da prescrição e da limitação da responsabilidade do herdeiro, devem depender exclusivamente da vontade do devedor (o qual poderá preferir, por motivos válidos, não as invocar).<sup>160</sup>

Cumprido, ainda, para estabelecer qual a sanção aplicável nos casos em que o concedente na garantia não se encontrasse em condições legais de o fazer, distinguindo consoante o constituinte não fosse o proprietário do bem ou, pelo contrário, sendo-o, não dispusesse de legitimidade para o empenhar.<sup>161</sup>

---

*cada una de ellas*” (em conformidade, o Autor recusa, na ausência de norma expressa, a aplicação ao terceiro prestador de penhor em garantia de dívida alheia da norma, prevista para a fiança, que permitiria ao garante que houvesse pago a dívida principal reclamar do fiador a totalidade ou parte de tal pagamento – até porque a fiança pressupõe uma confiança pessoal entre os sujeitos garante e garantido, decorrente da assunção conjunta da dívida, que não se verifica nos mesmos termos nas garantias reais - julgando equitativa a solução acolhida no art.º 2871.º do CCI, de acordo com o qual o terceiro empenhante que liquide o crédito garantido pode repetir contra os fiadores do devedor ou contra outros terceiros prestadores de garantias, na respectiva proporção) – acerca dos efeitos da cumulação, para efeitos de execução, de uma fiança e de um penhor em garantia do mesmo crédito, vide infra n.º 8 do Capítulo I.

<sup>156</sup> Outra diferença, realçada por Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 222, prende-se com a natureza real (e a protecção do credor a ela associada) do penhor, em contraste com a natureza pessoal da fiança. Em suma, poderemos afirmar que a fiança – por comparação com o penhor - constitui uma garantia mais abrangente no que respeita aos bens abrangido mas, paradoxalmente, menos intensa no que concerne à protecção conferida ao respectivo titular.

<sup>157</sup> Com efeito, se o fiador empenhar um bem para garantir o mesmo crédito relativamente ao qual prestou fiança, não estaremos perante um penhor constituído por terceiro, na medida em que o empenhante não é estranho face à relação obrigacional principal. Partidários deste entendimento são Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág.102, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 222, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 654 e Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 693.

<sup>158</sup> Sobre esta questão, vide infra n.º 4 do Capítulo I.

<sup>159</sup> Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 229 e Marques de Carvalho, pág. 17.

<sup>160</sup> É a posição de Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 93.

<sup>161</sup> Distinguindo estas duas situações, Alex Weil, *ob. cit.*, págs. 79 e 81 e, sobretudo, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 201 a 205 e Candido Paz-Ares Rodriguez., *ob. cit.*, págs. 1860 e 1861 (com base, aliás, nos próprios n.ºs 2 e 3 do art.º 1857.º do CCE, que se ocupam separadamente da pertença do bem a onerar ao proprietário e à existência de um poder de disposição sobre o mesmo ou, em alternativa, ao suprimento legal de tal indisponibilidade: todavia, o texto legal não comina qualquer

Na primeira hipótese, o negócio é nulo, nos termos previstos para a alienação de bens alheios (art.º 892.º, aplicável *ex vi* do art.º 939.º)<sup>162 163 164</sup>, embora tal nulidade não possa ser oposta pelo empenhante ao credor pignoratício (pelo menos admitindo que o contrato de penhor é um negócio oneroso) de boa fé, nem tão pouco pelo credor pignoratício doloso ao transmitente de boa fé,<sup>165</sup> sem prejuízo da convalidação do contrato caso o empenhante adquira entretanto a propriedade do bem (art.º 895.º):<sup>166</sup> todavia, este regime apenas se aplica se o bem for empenhado como sendo próprio (art.º 904.º).<sup>167</sup>

Mais ainda, em caso de boa fé do credor pignoratício, o empenhante é obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido (art.º 897.º, n.º 1) e a indemnizá-lo dos danos sofridos, quer tenha agido dolosamente

---

sanção para o não cumprimento desses requisitos, opinando o Autor que a carência do direito de propriedade corresponde à ausência de “*un presupuesto esencial de validez, determinante la ineficacia del gravamen, sin perjuicio de la protección registral o de la adquisición a non domino*”).

<sup>162</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 685 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 130 e 131 (este último referindo que solução a dar à questão do penhor constituído por um não proprietário será a mesma adoptada para a alienação de bem alheio).

<sup>163</sup> Qualificando o contrato de penhor como nulo nestes casos em face do direito francês, Alex Weil, ob. cit., pág. 79 e Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 538 (contra Simler e Delebecque, Droit civil: les sûretés, la publicité foncière, 3.ª Edição, Dalloz, 2000, pág. 452 e Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 304, consideram tratar-se de uma nulidade relativa, apenas invocável pelo credor, circunstância que, na óptica da última Autora citada, torna a sanção ineficaz, “*car le véritable propriétaire ne peut demander la nullité du gage, et il est peu probable qu'elle sera remise en cause par son bénéficiaire*”). Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 33, alude unicamente à acção de reivindicação por parte do proprietário, mas não qualifica o vício do penhor.

<sup>164</sup> Contra, Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2136, para quem, quer a propriedade, quer a faculdade de disposição do bem “*no son requisitos de validez de los contratos de prenda e hipoteca sino condiciones de eficacia del gravamen frente a terceros. El contrato otorgado por un no propietario o por quien carece de facultades para establecer gravámenes no es nulo, pero si es inhábil para producir el efecto de constituir un derecho real de garantía, salvo que éste se adquiriera a non domino*”.

<sup>165</sup> Cfr. art.º 892.º, n.º 1, 2.ª parte. Em face do direito italiano, Mirabelli, Il pegno, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza (diretto da Pasquale Fiore e Biagio Brugi), Vol. XII, Napoli, 1915, pág. 415, considera que, nem o devedor, nem o terceiro dispõem de legitimidade para arguir a nulidade do penhor, argumentando, *a fortiori*, com a validade da venda de bens alheios. Em face do direito francês, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 151, entende que o penhor de coisa alheia está ferido de nulidade relativa, a qual apenas poderá ser invocada pelo credor (embora a Autora sugira, *de iure condendo*, a aplicação do regime previsto para a hipoteca, nulidade absoluta, atendendo ao facto de a nulidade relativa ser ineficaz, uma vez que o verdadeiro proprietário não poderá reivindicar o bem).

<sup>166</sup> Gabrielli, I negozi costitutivi di garanzie reali, in BBTC, 1996, I, pág. 149 e segs., págs. 155 e 156, defende que o título constitutivo da garantia produzirá efeitos a partir do momento em que o concedente venha a adquirir a propriedade daquele bem (justificando esta posição com as normas dos art.º 1478.º e 1479.º, que consagram solução idêntica para a venda de bens alheios), enquanto Chironi, ob. cit., pág. 477, advoga a plena validade da convalidação do penhor quando o objecto onerado venha a ser adquirido pelo empenhante. No entanto, no nosso direito e nos termos do n.º 1 do art.º 896.º, o contrato não adquire, porém, validade, se entretanto ocorrer algum pedido judicial de declaração de nulidade do contrato, formulado por um dos contraentes contra o outro (alínea a)); a restituição do preço ou pagamento da indemnização, no todo ou em parte, com aceitação do credor (alínea b)); uma transacção entre os contraentes, na qual se reconheça a nulidade do contrato (alínea c)); uma declaração escrita, feita por um dos estipulantes ao outro, de que não quer que o contrato deixe de ser declarado nulo (alínea d)).

<sup>167</sup> Caso o bem seja alienado como alheio, o adquirente do direito não merece qualquer protecção especial, pelo que se aplicará unicamente o regime geral da nulidade (no mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. II, pág. 196, afirmando que o regime vertido nos art.ºs 892.º e segs., pressupõe a boa fé de uma das partes, facto esse que justifica a atribuição de alguns efeitos jurídicos a um negócio nulo), que implica a pura e simples devolução de tudo o que houver sido prestado (art.º 289.º, n.º 1), a possibilidade do vício poder ser invocado por qualquer interessado (art.º 286.º) e a inviabilidade de convalidação (art.º 288.º, *a contrario*).

(art.º 898.º), quer tenha actuado sem culpa (art.º 899.º),<sup>168</sup> para além de ser responsável pelo não cumprimento da obrigação de sanar a nulidade da venda ou pela mora no seu cumprimento (art.º 900.º, n.º 1)<sup>169</sup> e de ser solidariamente responsável pelo pagamento das benfeitorias que devam ser reembolsadas ao adquirente de boa fé (art.º 901.º).

Nesta conformidade e de acordo com o regime geral da nulidade (cfr. art.º 289.º, n.º 1), esta sanção implicará a não produção de efeitos do negócio de garantia, devendo, por isso, cada um das partes restituir à outra aquilo que houver prestado em execução do contrato invalidado, o que significa, no caso do penhor, pelo menos a obrigação do credor pignoratício (ou do terceiro encarregue da custódia do bem) devolverem o bem recebido em garantia.

Contudo, a aplicação ao penhor do regime ditado para a alienação de bens alheios deve ser realizada com as devidas adaptações, nomeadamente porque, como se verá adiante, a invalidade do contrato de garantia, não obstante a sua acessoriedade, não afecta a validade do negócio do qual brota a obrigação garantida: todavia, esta regra poderá comportar uma excepção quando se demonstre que (pelo menos) uma das partes não o teria concluído sem a concessão daquela, ou seja, a incindibilidade desta concessão e daquela obrigação, de modo que sem aquela esta não teria nascido (cf. argumento *ex art.º 292.º*).

Por outro lado, a circunstância de o contrato de penhor apenas implicar, normalmente, uma obrigação para o empenhante – a entrega do bem ao credor ou a terceiro – torna problemática a aplicação da disposição (art.º 894.º, n.º 1)<sup>170</sup> que confere ao adquirente de boa fé o direito de exigir a restituição integral do preço, ainda que os bens se hajam perdido, estejam deteriorados ou tenham diminuído de valor por qualquer outra causa: a nosso ver, a atribuição de um efeito útil a tal disposição, no âmbito da aquisição de um penhor, relevará sobretudo nos casos em que se demonstre a existência de uma incindibilidade entre o negócio de constituição de garantia e a obrigação garantida.

Quando assim for e quando o credor pignoratício tenha, por força desta última obrigação, fornecido algum bem ao empenhante (v.g., a quantia mutuada, em caso de mútuo garantido por penhor), a invalidação do negócio constitutivo da garantia permitir-lhe-á reaver o que prestou, desde que se encontre de boa fé (com fundamento no mencionado art.º 894.º, n.º 1); caso contrário, se o credor ainda não tivesse procedido a qualquer entrega no âmbito da obrigação assegurada com penhor, cessará a obrigação de o fazer.

Claro está que esta invalidade da garantia pode ainda produzir efeitos caso o próprio processo de constituição da mesma ainda não se encontre concluído, isto é, se o empenhante ainda não havia entregue o bem a onerar ao credor ou a terceiro, a não produção de efeitos da garantia significará que tal desapossamento não se venha a verificar (ao invés, se tal entrega ao credor ou a terceiro já houver sido efectuada, a invalidade do negócio origina a sua devolução ao empenhante).

---

<sup>168</sup> Embora o *quantum* indemnizatório seja diverso, porquanto em caso de dolo a indemnização abarca todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade (art.º 898.º), enquanto que não havendo dolo nem culpa, compreende apenas os danos emergentes que não resultem de despesas voluptuárias (art.º 899.º).

<sup>169</sup> Porém, em caso de dolo por parte do transmitente, o adquirente do direito escolherá entre a indemnização dos lucros cessantes pela celebração do contrato nulo e a dos lucros cessantes pela falta ou retardamento da convalidação (art.º 900.º, n.º 2).

<sup>170</sup> Porém, se o adquirente houver tirado proveito da perda ou diminuição de valor dos bens, será o proveito abatido no montante do preço e da indemnização que o transmitente tenha de pagar-lhe (art.º 894.º, n.º 2).

Confrontado, então, com a oneração de um bem seu por terceiro, o legítimo proprietário dispõe da possibilidade de lançar mão de uma acção de reivindicação, assim impedindo a produção de efeitos do negócio de penhor,<sup>171</sup> embora tal acção possa ser repelida pelo credor pignoratício naqueles ordenamentos que consagrem a regra da posse vale título.<sup>172 173</sup>

Pelo contrário, tratando-se de penhor constituído por um proprietário sem capacidade para o fazer, dever-se-á averiguar, caso a caso, qual a sanção que a lei preconiza, sendo que a sanção tradicional para a disposição de bens por parte de quem carece de legitimidade para o efeito é a anulabilidade (v.g., os art.ºs 125.º, 139.º e 156.º),<sup>174</sup> cuja invocação é restringida às pessoas em benefício das quais a mesma foi estabelecida (cfr. art.º 287.º, n.º 1).<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> O direito de reivindicação, consagrado no art.º 1311.º para o direito de propriedade, vale para a generalidade dos direitos reais, por força da remissão contida no art.º 1315 do mesmo Código (porém, essa aplicação não se faz sem *nuances*, nomeadamente a que respeita ao carácter imprescritível deste direito – cfr. art.º 1313.º - o qual não será de aplicar a alguns direitos reais menores, tendo em conta a natureza temporária destes: daí que se possa afirmar que o direito e a acção de reivindicação duram enquanto durar o direito real). Em termos adjectivos, à acção de reivindicação não corresponde qualquer meio processual específico, pelo que deverá ser interposta uma acção declarativa comum, consoante os casos ordinária sumária ou sumaríssima (cfr. art.º 462.º do CPC): em face da anterior distinção entre as várias acções declarativas, Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 271 e segs., entendia deve propor-se uma acção declarativa de condenação, que apenas se demarca das demais devido a alguns aspectos particulares, como sejam o facto de o pedido ser duplo – reconhecimento da titularidade do direito e devolução do bem, sendo esta uma consequência daquele reconhecimento - , de apenas poder ser recusado quando o possuidor ou detentor for titular de algum direito que legitime a sua posição e, por último, de o seu autor estar sujeito a um ónus de prova particularmente exigente (com efeito, não lhe basta provar a licitude do seu título de aquisição – que apenas comprova a última aquisição havida - pois tal não demonstra a bondade do título de aquisição do alienante e dos anteriores adquirentes), excepto quando possa invocar em seu favor o usucapião ou as presunções possessórias ou registais (que invertem o ónus da prova, fazendo com que seja ao réu que incumba o seu afastamento). Já para Oliveira Ascensão, *Direito Civil Reais*, 5.ª Edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, págs. 426 e segs., deveria ser proposta uma acção de condenação à entrega da coisa (pois entende que o principal objectivo visado pelo autor é a restituição do bem, podendo nem sequer estar interessado na proclamação do seu direito), embora a entrega efectiva apenas possa ser alcançada num posterior acção executiva destinada a fazer cumprir aquela primeira decisão condenatória. Para além da acção de reivindicação, o titular de um direito real dispõe ainda de outros meios processuais destinados a tutelar o seu direito, como sejam as acções de simples apreciação – positiva e negativa – e as providências cautelares (sobre estes assuntos, vide infra n.º 9.1 do Capítulo I).

<sup>172</sup> Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 452 e Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 304, consideram que este facto, associado à natureza relativa desta nulidade, fazem com que esta sanção não seja muito perniciosa para os direitos do credor pignoratício.

<sup>173</sup> Questão interessante é a de saber se, obtendo o proprietário ganho de causa na acção de reivindicação, o credor pignoratício que esteja na posse do bem empenhado poderá fazer valer contra aquele um direito de retenção (admitindo encontrarem-se verificados os requisitos legais de que depende a existência deste poder). Para Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 208 a 13, torna-se forçoso distinguir entre os casos em que a acção de reivindicação haja sido proposta pelo proprietário simultaneamente constituinte da garantia (mas carecido de legitimidade para o fazer) e, por outro lado, as situações em que o reivindicante seja o proprietário e a garantia tenha sido constituída por outrem, acordando o direito de retenção ao credor pignoratício na primeira hipótese e negando-o na segunda (esta segunda conclusão é também sufragada por Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 453).

<sup>174</sup> No direito italiano, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 61, sustentam a anulabilidade do penhor constituído por quem careça de capacidade para o efeito, embora admitam que a sucessiva constituição do penhor com a participação do devedor, nomeadamente através da entrega, pode traduzir a ratificação do acto de concessão (para além disso, os Autores entendem que, uma vez formado o título para a constituição do penhor – normalmente o contrato – a eventual incapacidade superveniente, embora anterior à entrega e constituição da garantia, não afecta a validade do penhor).

<sup>175</sup> Assim, para o direito francês, Alex Weil, ob. cit., pág. 81. Pelo contrário, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 538, consideram, sem mais, estarmos perante uma nulidade relativa, posição que parece

Finalmente, existem normas avulsas que se afastam, em determinados aspectos, do regime geral do penhor, tendo em conta a qualidade dos sujeitos – normalmente do credor pignoratício financiador -, seja na ordem jurídica lusa,<sup>176</sup> seja noutros países, como Itália,<sup>177</sup> Espanha<sup>178</sup> ou Alemanha.<sup>179</sup>

---

obter igualmente o beneplácito de Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 33 (uma vez que este Autor qualifica o contrato como nulo, mas atribui legitimidade para arguir essa invalidade apenas ao incapaz).

<sup>176</sup> Por exemplo, o regime especial instituído pelo Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939 (cujos principais desvios, face ao regime geral, consistem na desnecessidade de entrega do bem empenhado ao credor e, noutro plano, na necessidade de redução a escrito do contrato de penhor) é apenas aplicável quando o penhor tenha sido constituído “*em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados*”, advertindo Rui Pinto Duarte, ob. cit., pág. 236, nota 637, que uma interpretação actualista impõe que a expressão usada pela lei - “*estabelecimentos bancários*” - seja entendida como abrangendo, pelo menos, todas as instituições de crédito (este regime foi posteriormente alargado às seguradoras, pelas garantias obtidas como contrapartida dos seguros de créditos à exportação por elas efectuados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 214/99, de 15 de Junho - cfr. art.º 22.º, n.º 1), muito embora Salvador da Costa, ob. cit., págs. 57 e 58, mencione decisões judiciais que tenham excluído as Caixas de Crédito Agrícola (as quais podem conceder crédito, obtendo como garantia penhores – cfr. o Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de Janeiro, em especial o art.º 33.º, atribuindo o art.º 1.º a estas mesmas instituições legitimidade para a prática de dos demais actos inerentes à actividade bancária) do âmbito de aplicação do regime do penhor em garantia de estabelecimentos bancários (retirando dessa exclusão a desnecessidade de redução a escrito dos contratos de penhor celebrados por aquelas entidades, em homenagem ao preceituado no regime geral do penhor). Também o regime consagrado Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro, cinge o seu âmbito à actividade de prestamista, entendido esta como “*o exercício por pessoa singular ou colectiva da actividade de mútuo garantido por penhor*” (cfr. art.º 1.º, n.º 2), traduzindo-se as principais especificidades no facto de o contrato estar sujeito a forma escrita (art.º 11.º), de, em regara, o acesso à actividade de prestamista estar sujeita a licenciamento (art.ºs 2.º a 9.º), de existirem determinados objectos sobre os quais o penhor não pode incidir (art.º 10.º), de a lei fixar os montantes máximos dos juros e comissões a cobrar pelo prestamista (art.ºs 12.º e 13.º), para além de disciplinar outras vicissitudes contratuais (art.ºs 14.º a 16.º), e de, por último, a venda do objecto empenhado obedecer a regras particulares (art.º 19.º a 31.º, especialmente o art.º 20.º, nos termos do qual a venda pode ocorrer através de carta fechada, leilão ou venda directa a entidades legalmente habilitadas a adquirir determinados bens). No Acórdão da Relação de Lisboa de 10/11/2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu-se que o prestamista credor pignoratício não pode recusar a devolução do bem ao portador da cautela de penhor (uma vez que se trata de um título de crédito à ordem, transmissível por endosso), dispondo deste de uma pretensão à entrega de uma coisa certa e determinada (e, caso tal entrega não possa ser efectuada, disporá do direito a ser indemnizado a título de lucro cessante que o requerente pudesse vir a obter, resultante da frustração da comercialização dos bens em virtude do perecimento do direito ao resgate).

<sup>177</sup> Em Itália, por exemplo, os “*Monti di Pietà*” gozam de um regime específico de concessão de empréstimos contra a prestação de penhor (Lei n.º 745, de 10/5/1938 e r.d. n.º 1279, de 25/5/1939), embora Serafino Gatti, *Il credito su pegno*, 2.ª Edizione, Giuffrè, 2002, pág. 3 e segs., realce que, desde 1993, qualquer banco pode exercer esta actividade e gozar deste regime especial (cfr. art.º 48.º do Texto Único em matéria bancária e creditória). Merecem especial referência, por representarem desvios ao regime geral do penhor, a enumeração dos bens sobre os quais a garantia pode recair (jóias, relógios, peles, tapetes, máquinas fotográficas e outros bens similares); a limitação da responsabilidade do empenhante ao valor dos bens dados em penhor; a emissão, por parte da entidade credora, de um documento específico - “*polizza di pegno*” - contendo todos os elementos da operação, que é transmissível nos mesmos termos dos títulos ao portador (embora Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 73, não a considere como um título de crédito “*dato che manca il requisito caratteristico ed essenziale di questi titoli, cioè la destinazione alla circolazione*”), o que garante o anonimato das operações seguintes à inicial (a sua função é a de legitimar o seu portador a exigir, contra o pagamento do capital mutuado, a restituição das coisas empenhadas e, por outro lado, de permitir ao financiador a restituição da coisa empenhada com efeitos liberatórios); o mais elevado grau de diligência imposto ao credor depositário, em razão da natureza da actividade profissional por ele desempenhada, na custódia da coisa empenhada (embora, em caso de responsabilidade leve da sua parte nos danos produzidos no bem, esta tenha como limite o valor de avaliação aumentado de um quarto, mas deduzido o montante do capital e dos juros em dívida), sem que, pelo contrário, exista responsabilidade do credor em caso de depreciação do bem por causas naturais ou em resultado de defeitos intrínsecos ou de perda, total ou parcial, decorrente de caso fortuito ou de força maior (sendo mais duvidosa a isenção de responsabilidade em caso de perda do bem

---

motivado por “*smarrimento*”, “*rapina*” ou furto, noticiando Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 11, que a jurisprudência impõe, como condição da isenção da responsabilidade do credor, que este prove ter adoptado todas as cautelas necessárias ao exercício da sua actividade ou a impossibilidade de o fazer por causas que não lhe sejam imputáveis); o dever do credor assegurar os bens empenhados contra o risco de incêndio e de danos provocados por raios (por um valor igual ao valor de avaliação do bem, acrescido de um quarto); a impossibilidade de o empréstimo ser concedido sem uma prévia avaliação, por parte de peritos, do bem empenhado e de o montante a mutuar não poder ultrapassar o montante dessa avaliação; e o facto de a venda, em derrogação do regime geral, ter que decorrer em hasta pública (e, caso, após duas tentativas, não haja adquirentes ou não seja atingido um valor suficiente para cobrir o montante emprestado, o bem será adjudicado ao perito avaliador pelo valor da avaliação, pelo que, em última análise, cabe a este “*garantire alla banca erogante l’integrale recupero del credito nel caso in cui l’operazione non vada a buon fine e l’oggetto pignorato debba essere venduto*” - Serafino Gatti, *La peculiare natura dei contratti dei monti di credito su pegno nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista di Diritto Commerciale e delle obbligazioni*, ano 92, n.ºs 3-4, pág. 157) e conduzida pelos próprios concedentes ou por entidades terceiras por aqueles contratadas para o efeito. Conforme resulta do exposto, esta avaliação é decisiva (devendo basear-se no valor de mercado do bem no momento da avaliação e, ainda, na previsão de futuras oscilações de valor durante o período de duração da obrigação assegurada), desempenhando o perito avaliador um papel fulcral pois, em última análise, garante o ressarcimento do credor (salvo em caso de força maior, nomeadamente quando se demonstre a existência de alterações extraordinárias e imprevisíveis das condições de mercado do bem – neste sentido, Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 156 e segs.): ora, para se precaver, o avaliador tenderá a realizar uma estima prudencial (legítima e traduzida numa avaliação cautelosa, precavendo-se contra eventuais oscilações futuras de valor) ou até a subavaliar o bem onerado (conduta ilegítima, através da qual o avaliador atribui ao objecto um valor claramente inferior ao seu valor comercial, em claro prejuízo do empenhante, que obtém um crédito inferior ao que lhe consente o valor do bem empenhado – para evitar esta prática, Serafino Gatti, *Il credito cit.*, págs. 166 a 168, sugere estabelecer uma franquia até ao limite da qual a responsabilidade pela perda do bem seria imputada ao credor, impor uma avaliação colegial e aumentar o preço a pagar pelas avaliações). Porém, este regime suscita dúvidas de constitucionalidade – em particular o art.º 11.º do diploma de 1938, ao estabelecer que o proprietário das coisas empenhadas roubadas ou “*smarrite*” pode obter a sua restituição apenas depois de reembolsar o credor das somas mutuadas, acrescidas dos juros – embora o acórdão da Corte Costituzionale n.º 408, de 31/7/2000, tenha decidido não existir qualquer desconformidade com a lei fundamental (mas não sem ressaltar que a presunção de boa fé do possuidor não é absoluta, caindo quando os representantes da entidade credora procedam com dolo ou negligência, designadamente ao violar o dever de recusar a concessão de empréstimos quando tenham fundado motivo para suspeitar da ilícita proveniência dos objectos empenhados – sobre este assunto, Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 207 e segs.). Para um elenco dos vários países que consagram regimes especiais de penhor em função da natureza do credor, vide Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 227 e segs..

<sup>178</sup> Curto Polo, *Los préstamos pignoratícios en el monte de piedad: una realidad vigente en Europa*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 316 e segs., destaca como o próprio art.º 1873.º do CCE remete para a regulamentação específica aprovada por estas instituições, consubstanciadas no Regulamento das Caixas de Empréstimos e Estabelecimentos Similares, de 1909, do Estatuto das Caixas de Poupança (categoria em que se integram os Montes de Piedade), datado de 1933, e sobretudo das normativas internas aprovadas por estas instituições, em especial o Regulamento-Tipo dos Montes de Piedade, aprovado em 1983 e que, por serem incluídas nos empréstimos concedidos por estas entidades, vinculam os mutuários. Dada a escassez do conteúdo destas normas, a Autora sustenta a aplicação subsidiária do Código Civil, bem como das normas legais sobre transparência bancária e de combate à usura. Da conjugação de todas estas disposições, decorre a empenhabilidade de um conjunto vasto de bens (desde jóias, a máquinas fotográficas, relógios e obras de arte) que é sujeito a uma avaliação por parte de peritos dos Montes de Piedade (sendo que, normalmente, o valor do empréstimo não pode exceder 80% do valor da avaliação), presumindo-se serem os mesmos propriedade do empenhante e sem que este tenha sequer que apresentar qualquer comprovativo desse direito (o que pode originar que o bem seja empenhado por um não proprietário, caso em que o verdadeiro *dominus* poderá reclamar o seu direito e exigir a devolução do bem, devendo para isso apresentar decisão judicial reconhecendo o seu direito e, ainda, liquidar ao Monte de Piedade o montante do empréstimo em dívida), devendo a operação constar de documento escrito (contendo a identificação do mutuário, a descrição do bem onerado, a quantia mutuada e o valor de avaliação do bem empenhado), não existindo normas expressas sobre a sua execução (embora a regra seja o recurso a hastas públicas, a Autora admite o recurso a outros meios judiciais e extra-judiciais, consentindo mesmo a

#### 2.4.2.2 - Forma

O contrato de constituição de penhor é, no nosso ordenamento, um negócio consensual,<sup>180</sup> no sentido em que a lei não exige nenhuma formalidade especial para que o mesmo produza efeitos, nem entre as partes (caindo por isso na regra geral do art.º 219.º), nem relação a terceiros.<sup>181</sup>

Ao contrário do que sucede com outras garantias (v.g. o art.º 628.º, n.º 1, ditado para a fiança), a respeito do penhor a lei nem sequer se socorreu do princípio da acessoriedade para impor para a prestação da garantia a mesma forma exigida para o nascimento da obrigação principal, solução, aliás, contestada, por não impor a redução a escrito a constituição da garantia.<sup>182</sup>

Cumpre, todavia, relembrar que a publicidade do negócio não se confunde com a forma negocial, porquanto a primeira respeita apenas à oponibilidade do negócio a terceiros (não prejudicando a sua ausência a produção de efeitos entre as partes),<sup>183</sup>

---

entrega dos bens onerados em pagamento ao credor, faculdade que entende não contender com a proibição do pacto comissório, uma vez que a faculdade de apropriação só é conferida no momento do vencimento da obrigação garantida e, por outro lado, “*existe la posibilidad de contrastar el valor de la cosa en la medida en que la apropiación por parte del Monte de Piedad viene precedida de dos subastas públicas anteriores en las que se habrá determinado su valor*”). Um aspecto problemático deste regime prende-se com o facto de a transmissão da propriedade do bem a terceiro, por parte do empenhante após a constituição da garantia, ter de constar de escritura pública, sob pena de não ser oponível ao Monte de Piedade (solução que o Autor entende ser uma sobreprotecção do credor, especialmente quando associada à sub-rogação necessária do adquirente na posição do empenhante e, por isso, que o terceiro apenas poderá exigir a entrega do bem depois de satisfeita a dívida contraída pelo empenhante).

<sup>179</sup> No direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1565 e 1566, enumeram, para além do regime geral ditado para as instituições que se dediquem à celebração de contratos de comerciais de empréstimo garantido por penhor, uma pluralidade de normas regionais relativas à actividade das instituições públicas (montes de piedade). Daquele regime geral, decorre que a responsabilidade do empenhante se cinge ao valor do bem onerado (para responsabilidade real), constituindo-se o penhor mediante a entrega de um documento – certificado de penhor -, e, em caso de execução, o prestamista apenas a poderá levar a cabo um mês depois do vencimento da obrigação garantida (salvo acordo do empenhante), mas terá que o fazer no prazo de 6 meses a contar dessa mesma data (sendo que o prazo mínimo de vencimento da obrigação garantida não poderá ser inferior a 3 meses a contar da concessão do empréstimo).

<sup>180</sup> O termo “*consensual*” é aqui utilizado com antónimo de solene, ou seja, como qualificando um negócio para o qual a lei não exige formalidade específica (art.º 219.º) e não naquele outro sentido de negócio para cuja perfeição basta o consentimento das partes, sem necessidade da entrega do objecto de negócio (art.º 408.º, n.º 1) pois, neste segundo sentido, o penhor não é geralmente considerado um negócio consensual, mas antes um negócio real quanto à sua constituição, sendo a entrega do bem ao credor ou a um terceiro um elemento essencial (daí não se poder afirmar que, para a constituição do penhor, seja suficiente o consenso das partes, mesmo que manifestado de forma solene).

<sup>181</sup> Neste aspecto o actual Código Civil afastou-se do Código de 1867, em cujo art.º 857.º se exigia, para a eficácia do penhor em relação a terceiros, que constasse de documento autêntico ou autenticado a soma devida e a espécie e natureza do objecto do penhor. Do mesmo modo, o Código Civil Brasileiro de 1916 já previa que a constituição do penhor civil ocorresse através de instrumento particular (no qual se identificasse o valor do débito, e o objecto empenhado – quando fosse um bem fungível, bastaria indicar a qualidade e quantidade dos bens -, o prazo para pagamento e a taxa de juro) e sujeito, para a sua oponibilidade a terceiro, a inscrição no registo especial de títulos e documentos (sobre este assunto, vide Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 35 e segs.).

<sup>182</sup> Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, 2000, pág. 414 e segs., noticiando ser a redução a escrito uma exigência comum aos diversos ordenamentos, sendo destinada a alertar o fiador para os perigos da sua vinculação.

<sup>183</sup> Embora a publicidade possa assumir diversas classificações, importa aqui sobretudo a chamada publicidade declarativa ou de oponibilidade, sem a qual o negócio produz efeitos entre as partes, mas não relativamente a terceiros (neste sentido, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 102, nota 319, aludindo ainda à

enquanto a segunda se prende com a celebração do próprio negócio: ora, no caso do penhor, nenhum requisito formal específico é imposto, com excepção de uma formalidade extrínseca, a entrega (podendo, por isso, a celebração do contrato de penhor ser provada através do recurso a qualquer meio), a qual, porém, é considerada como condição para a produção de efeitos do negócio, mesmo entre as partes signatárias.

Por outro lado, esta ausência de forma coloca reticências no que toca à necessidade de determinação do objecto dos negócios jurídicos (cfr. art.º 280.º), quer no que concerne ao crédito garantido, quer no que respeita ao bem empenhado,<sup>184</sup> especialmente para quem admita o chamado penhor tácito.<sup>185</sup>

Porém, esta liberdade de forma comporta algumas excepções, merecendo especial referência as respeitantes ao penhor de direitos (que, nos termos do n.º 1 do art.º 861.º, está sujeito às exigências de forma prescritas para a transmissão do direito empenhado), ao penhor comercial (o qual, se celebrado entre comerciantes<sup>186</sup> por quantia excedente a duzentos mil réis apenas produz efeitos com relação a terceiros se constar de documento escrito – cfr. art.º 400.º do Cód. Com.)<sup>187</sup> ao penhor efectuado a prestamista (que, por força do n.º 1 do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro, terá de ser reduzido a escrito)<sup>188</sup> e ao penhor concedido em garantia de créditos de estabelecimentos bancários (nos termos conjugados do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939 e do art.º único do Decreto-Lei n.º 32032, de 22 de Maio de 1942<sup>189</sup>).

---

publicidade notícia – respeitante a todos os actos que já produziram os seus efeitos, destinando-se a dar conhecimento geral de tais actos - e a publicidade constitutiva, sem a qual o negócio não produz qualquer efeito, nem mesmo entre as partes).

<sup>184</sup> Acerca desta problemática, vide infra n.º 2 do Capítulo II.

<sup>185</sup> Defende esta figura Chironi, ob. cit., pág. 549, afirmando que “*Avviene tacitamente la manifestazione della volontà, per mezzo di fatti nei quali è indubbiamente contenuta: come s'avverte nel caso di un terzo il quale abbia firmato lo scritto della sicurezza, riferendosi in modo manifesto alla cosa spettante a lui; nel silenzio, sta la certezza del suo consenso di sottoporre ad onere la cosa propria per debito altrui*”.

<sup>186</sup> Parece, assim, que nem todos os penhores mercantis se encontram sujeitos a esta exigência de forma, na medida em que nem sempre ambos os sujeitos intervenientes no contrato de concessão da garantia serão comerciantes, ou seja, o critério que preside à qualificação de um penhor como comercial é mais amplo por comparação com aquele outro que impõe de forma escrita para os mesmos, porquanto este último se cinge aos penhores comerciais celebrados entre comerciantes.

<sup>187</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 259, nota 726, realça como a desactualização desse valor (equivalente, sensivelmente, a 200 escudos ou 1 euro) tem levado alguns Autores (cfr. Salvador da Costa, ob. cit., págs. 50 e 51) a sugerir uma aplicação analógica dos coeficientes de desvalorização fixada nos art.ºs 43.º CIRS e 47.º do CIRC, solução desdenhada pelo Autor, tendo em conta as inseguranças que acarretaria. Por outro lado, Engrácia Antunes, Direito dos contratos comerciais, Almedina, 2009, pág. 375, entende que este documento escrito será suficiente para tornar a garantia válida entre as partes e perante terceiros: salvo melhor juízo, parece decorrer da letra da lei uma interpretação ligeiramente diversa, no sentido em que aquele documento é apenas condição da oponibilidade do penhor a terceiros, podendo a garantia ser válida *inter partes* a partir do momento em que exista o mero consentimento não solene entre elas.

<sup>188</sup> Importa esclarecer que tal exigência é imposta independentemente do valor do bem onerado e/ou do crédito garantido. Para além disso, a aludida norma estabelece a necessidade de o contrato conter dois exemplares (ficando um deles na posse do mutuante, que se designará «termo de penhor», e o outro, denominado «cautela de penhor», destinar-se-á ao mutuário) e ser assinado por ambas as partes. Os números 2 e 3 do citado art.º 11.º impõem ainda a inclusão no contrato de uma série de menções, de entre as quais merece destaque a necessidade de descrição pormenorizada das coisas dadas em penhor e do valor mutuado.

<sup>189</sup> A primeira disposição impõe a obrigatoriedade de o contrato ser celebrado através de documento autêntico ou autenticado (contando-se os seus efeitos, no primeiro caso, a partir da data do documento e, no segundo, da data do reconhecimento notarial), exigências estas que vieram atenuadas pelo segundo preceito, ao admitir a formalização do penhor através de simples documento particular. Coloca-se, por isso, a questão de saber se este segundo regime (válido para a generalidade dos penhores bancários)



Poderemos questionar-nos acerca da razão que terá levado a esta opção de exigir formalidades especiais para os penhores constituídos no âmbito comercial e, ao invés, conceber o penhor civil como um negócio submetido ao princípio da liberdade de forma, ao arrepio da tradição de sujeitar os negócios comerciais, em comparação com os de natureza civil, a menores exigências formais.<sup>190</sup>

Para responder à questão cumpre, desde logo, indagar o porquê da não sujeição do penhor civil a qualquer tipo de formalidade, até porque a solução se encontra em oposição com a orientação seguida pela maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros mais próximos do nosso.

De facto, nos direitos espanhol,<sup>191</sup> italiano<sup>192</sup> (embora com *nuances*),<sup>193</sup> francês<sup>194</sup> e brasileiro<sup>195</sup> é exigida a formalização do contrato de penhor em documento

---

também será aplicável aos penhores bancários sem desapossamento (previstos no diploma de 1939) – respondendo negativamente, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 110, o Acórdão da Relação do Porto de 20/6/1996 (declarando nulo um penhor constituído sem observância das formalidades prescritas pelo diploma de 1939 – documento autêntico ou autenticado - , com fundamento na necessidade de acautelar os legítimos interesses de terceiros, particularmente quando não haja entrega dos bens ao credor), Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 265, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 53 (esclarecendo que decorre do preâmbulo do diploma de 1942 que a exigência de documento autêntico apenas deverá ser imposta quando o bem empenhado permaneça em poder do empenhante) e Romano Martínez e Fuzeta da Ponte, Garantias do cumprimento, 5.ª Edição, Almedina, 2006, pág. 178, nota 432 (invocando o ponto 5 do preâmbulo e o parágrafo único do art.º único do Decreto-Lei de 1942, no qual se ressalva o preceituado no art.º 2.º do Decreto-Lei de 1939, precisamente o que estabelece a obrigatoriedade dos penhores regulados nesse diploma constarem de diploma autêntico ou autenticado, valendo as exigências mais leves de forma preconizadas pelo diploma de 1942 apenas para os penhores com desapossamento) e Giuseppe Trapani, Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 64, nota 2, (concluindo que “*per il pegno senza spossessamento si richiede l’atto autentico o autenticato*”, tendo em conta a necessidade de assegurar um mínimo de publicidade para a garantia). Em sentido contrário, ao menos aparentemente, Joana Dias, Mecanismos convencionais da garantia do crédito: contributo para o estudo da garantia rotativa mobiliária no ordenamento jurídico português, Universidade de Lisboa, 2005, pág. 24.

<sup>190</sup> Tomando como paradigma o caso francês, a lei sempre dispensou (quer nos art.ºs 91.º e 109.º do anterior Código de Comércio, quer nos actuais art.ºs L521-1 e L110-3 do actual Código de Comércio) a observância de quaisquer formalidades para a constituição de penhores comerciais (não apenas para a produção de efeitos entre as partes, mas também para a respectiva oponibilidade a terceiros), precisamente para tornar estas operações mais simples e menos onerosas (acerca das consequências que resultam da não exigência de qualquer formalidade no domínio mercantil – nomeadamente a admissibilidade de o penhor comercial, rompendo com o princípio da especialidade, garantir créditos indeterminados ou futuros e mesmo de um penhor tácito, resultante de uma convenção à qual as partes não tenham atribuído a qualificação expressa de penhor – vide Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 541. Para uma crítica da não sujeição do penhor comercial à redacção de um documento escrito, designadamente pelas fraudes e dificuldades de regular os conflitos entre diversas garantias sobre os mesmos bens, vide Stefan Piedelièvre, Les sûretés, 3.ª Edição, Armand Colind, 2001, pág. 178). Ao invés, no penhor civil a forma escrita apenas foi exigido, até à reforma do Code de 2006, como condição de oponibilidade a terceiros da garantia.

<sup>191</sup> Vide o art.º 1865.º do CCE, nos termos do qual o contrato de penhor não produzirá efeitos relativamente a terceiros se não constar de documento público a data da sua celebração. Perante esta redacção, a doutrina maioritária considera que aquela formalidade constitui apenas um requisito de oponibilidade do direito a terceiros, não afectando a validade do contrato entre as partes, para a celebração do qual não é exigida qualquer formalidade específica, para além do desapossamento do constituinte (conforme afirmam, entre outros, Gómez-Salvago Sánchez, Cuestiones en torno al privilegio del acreedor con garantía real mobiliaria y otros supuestos asimilados, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. María Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 511 – esclarecendo que a entrega do bem tem carácter constitutivo, ao passo que o documento escrito é condição da concessão ao credor do direito de preferência -, Diez-Picazo, ob. cit., pág. 488, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 133, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 78 – este último concretizando que, sem o cumprimento desta formalidade, o credor goza simplesmente de um direito de retenção), embora com vezes em sentido contrário, como Puig Brutau, ob. cit., págs. 32 e 33, (entendendo que,

embora à primeira vista a constância do penhor em documento público pareça ser uma mera condição de oponibilidade do penhor a terceiros – não impedindo, assim, a constituição da garantia mediante documento particular ou mesmo acordo verbal – , na prática opera como condição de surgimento do próprio direito real, pois este não opera senão perante terceiros, nomeadamente no que se refere ao direito de preferência assegurado pela garantia) e, embora em termos não tão enfáticos, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 158 e segs. (este Autor, depois de afirmar que a eficácia *erga omnes* do contrato de penhor depende da sua formalização em documento público com data certa – sem o qual “*es imposible decir que el derecho real de garantía se ha constituido de forma plena, en tanto que no produzca efectos frente a terceros*” – ou seja, que “*Frente a los terceros, la prenda sólo será eficaz desde el momento en que el documento público acredite la fecha*”, acaba por concluir que “*los efectos propios de un derecho real de prenda debidamente constituido, no se ha de producir, si la garantía no se formaliza en documento público*”). Alude igualmente a estas duas posições diferentes quanto ao papel a atribuir ao documento público Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 139 e 140, considerando que as mesmas são reflexo da contraposição entre o contrato de penhor e o direito real de penhor. No entanto, apesar deste princípio geral existem dois tipos de excepções a este princípio vertido na lei geral civil: uma, respeita aos casos em que a necessidade de documento público é erigido como condição de validade do contrato de penhor mesmo entre as partes (ou, se quisermos, casos em que o penhor se torna oponível a terceiros desde o seu nascimento); a outra é relativa às hipóteses em que nem a constituição, nem a oponibilidade da garantia requerem a existência de documento escrito (Barrada Orellana, ob. cit., págs. 136 e 137 aponta como exemplos da primeira excepção o penhor de participações sociais e da segunda o penhor de valores mobiliários escriturais, no qual o documento público é substituído pelo registo). Noutra ordem de considerações e apesar de o teor literal do preceito apenas fazer referência à certeza da data, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 169, defende uma interpretação correctiva da norma, entendendo ser mister indicar igualmente o crédito garantido, assim como o objecto da garantia “*porque si la finalidad de esta previsión es la de proteger a los terceros, sería muy fácil defraudar sus intereses modificando fraudulentamente la cuantía o el objeto al que se refería la prenda*”.

<sup>192</sup> No direito italiano, o n.º 3 do art.º 2787.º do CCI estabelece, como condição de exercício da preferência resultante do contrato de penhor sempre que o valor do crédito garantido exceda 5000 liras (aproximadamente €2,58), a existência de um documento com data certa contendo indicação suficiente do crédito garantido e da coisa empenhada.

<sup>193</sup> Com efeito, n.º 4 do art.º 2787.º do CCI admite, quando o penhor resultar de documento escrito, que a prova da data do contrato por qualquer meio, sempre que a garantia tenha sido constituída por entidades legalmente habilitadas a exercer a actividade profissional de concessão de empréstimos garantidos por penhores. Em face da redacção deste preceito, coloca-se a questão de saber se o seu âmbito de aplicação se restringe às entidades autorizadas especificamente a efectuar operações de concessão de crédito garantidos penhor ou, ao invés, se alarga a todas as instituições titulares de autorização genérica para o exercício da actividade bancária. A segunda alternativa parece ser a que reúne maior consenso da doutrina (vide, a propósito, Pierpaolo Marano, Pegno bancario e fallimento, in BBTC, 2000, I, págs. 120 a 123 - dando conta que se encontra superada a tese mais conservadora, sendo hoje praticamente unânime a aplicação desta norma a todas as instituições bancárias - Stefano Ambrosini, Pegno di titoli di credito, mandato fiduciario e insolvenza della società fiduciaria, in Giurisprudenza Commerciale, n.º 21 (1994), II, pág. 318 e Carla Carrassi, Il pegno omnibus, in La nuova giurisprudenza civile commentata, ano 2, n.º 4 (Jul/Ago 1986), II, pág. 316) e da jurisprudência (vide o Acórdão do Tribunal de Milão de 9/1/1997, in BBTC, Vol. 52, n.º 1, pág. 69 e segs., com nota de Diego Rufini, Considerazioni sull’acertamento della data nel pegno bancari, anche alla luce della disciplina contenuta nel testo unico in materia creditizia). Em especial o último Autor citado socorre-se de diversos argumentos, nomeadamente o facto de a autorização dada às instituições para levar a cabo operações de crédito compreender, naturalmente, a concessão de crédito garantido por penhor (pois, nos termos da lei vigente, reentra na actividade bancária a concessão de crédito sob garantia e, portanto, contra a prestação de penhor); por outro lado, entende não ser razoável duvidar que tal actividade seja desenvolvida pelas instituições bancárias “a título profissional” (pois esta expressão deverá ser interpretada como sinónimo de “*non occasionalità, overosia di svolgimento dell’impresa in modo stabile e non sporadico*”), concluindo não ser legítimo distinguir entre “*enti creditizi in genere ed enti che svolgono prevalentemente o esclusivamente attività di credito su pegno*” para o efeito de aplicar apenas a estes últimos um regime probatório menos rigoroso.

<sup>194</sup> No direito francês, a evolução é curiosa. O art.º 2074.º sujeitava a eficácia do direito de preferência reconhecido ao credor pignoratício, em relação a terceiros, à redacção de um documento autêntico ou particular, devidamente registado, contendo a identificação do crédito, bem como da espécie e natureza dos bens empenhados (ou, pelo menos, um anexo indicando a respectiva qualidade, peso e medida). Perante esta redacção (diga-se, *en passant*, que na redacção originária e vigente até 1948, a redução a

escrito, do qual deverão constar indicações<sup>196</sup> relativas à data da celebração do contrato,<sup>197</sup> ao crédito garantido<sup>198</sup> e ao bem objecto do penhor,<sup>199200</sup> reconhecendo-se

---

escrito apenas era exigida “*en matière excédant 150 francs*”), a doutrina era unânime em considerar o contrato de penhor como não subordinado a qualquer formalidade para a sua validade *inter partes*, surgindo os requisitos do art.º 2074.º como condição da existência do direito de preferência (pelo que apenas os terceiros e não o devedor poderiam opor esta falta de forma ao credor pignoratício), isto é, face a terceiros credores do concedente (neste sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 26, 27 e 30, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 78, Guillouard, ob. cit., pág. 81 e Troplong, ob. cit., pág. 42 e, mais recentemente, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., págs. 539 e 540 – embora estes Autores salientem que a noção de terceiros não engloba apenas os credores do concedente da garantia, mas todos os que são estranhos à convenção pignoratícia, posição igualmente defendida por Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 57 – e Henri Mazeaud, ob. cit., págs. 148 e 149). Com a reforma operada em 2006, o novo art.º 2336.º passa a dispor que “*Le gage est parfait par l’établissement d’un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature*”, acrescentando o art.º 2337.º que o penhor será oponível a terceiros através da publicidade (que, nos termos do art.º 2338.º será assegurada através da inscrição num registo especial, a regular num futuro diploma) e do desapossamento do devedor. Do confronto deste novo regime com o anterior ressaltam duas diferenças: antes de mais, omite-se a referência ao documento público como meio de formalização do penhor; por outro lado, a inovação mais relevante prende-se com a função desempenhada pelo documento escrito, uma vez que antes de 2006 este era mera condição de eficácia face a terceiros (ou, se quisermos, mera condição de exercício do direito de preferência do credor pignoratício), ao passo que desde esta data o documento passa a ser condição de existência e validade do contrato de penhor, mesmo entre as partes, pois pensamos dever ser esse o significado a atribuir ao art.º 2236.º quando este afirma que o contrato de penhor apenas é “*parfait*” com a redução a escrito (de facto, se o documento escrito fosse apenas condição de oponibilidade o contrato estaria perfeito com o simples consentimento das partes, ainda que não formalizado) e, por outro lado, porque a eficácia do penhor relativamente a terceiro – nomeadamente através da sua publicidade – é assegurada pelas formas estabelecidas nos art.ºs 2237.º e 2238.º, isto é, desapossamento ou registo.

<sup>195</sup> De acordo com o art.º 1424.º do CCB, o contrato de penhor deve, sob pena de ineficácia, ser reduzido a escrito, contendo referência ao valor do crédito garantido (ou, em alternativa, ao seu valor estimado ou máximo), ao prazo de cumprimento, à taxa de juro (se as partes a fixarem) e ao bem dado em garantia (com as respectivas especificações) – nesta conformidade e de acordo com Sílvio Rodrigues, ob. cit., págs. 352 e 353, o penhor é um contrato solene, para cuja formalização se exige, no mínimo, um documento particular (o qual deve ser assinado pelas partes e lavrado em duplicado, ficando um exemplar para cada um dos contraentes). Segundo Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 358 e 359, exige-se ainda a identificação das partes (através dos respectivos nomes, nacionalidades, estados civis, profissões e domicílio), mas não exige a avaliação do bem onerado (e, quanto à especificação deste, “*deve o penhor enunciar com clareza a coisa dada em garantia. Urge, portanto, se individuem ou se identifiquem de modo completo as coisas empenhadas*”, embora, no que toca aos bens fungíveis, “*bastará declarar-lhe a qualidade e quantidade. Tais bens não possuem existência individual, integram-se no género a que pertencem e comportam por isso substituição por outros da mesma qualidade e quantidade*”). Mais ainda, o contrato de penhor deve ser registado, no caso do penhor comum, junto no cartório de títulos e documentos, a requerimento de qualquer dos contraentes (art.º 1432.º).

<sup>196</sup> O CCE afasta-se, porém, dos demais, na medida em que o art.º 1865.º apenas alude à obrigatoriedade de o contrato de penhor constar de documento público, contendo a indicação precisa da data de celebração – cfr. Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 516 a 518 (precisando que de tal exigência não decorre a necessidade de a data do contrato ter que coincidir com a respectiva formalização nos termos impostos pelo preceito, muito embora apenas a partir data do cumprimento desta última formalidade o contrato possa produzir efeitos face a terceiros), embora o Autor, *de lege ferenda*, sustente que “*se hubiera garantizado mejor a los terceros imponiendo expresamente la constancia de los extremos fundamentales del convenio por el que se constituía la prenda, y sobre todo el objeto de ésta*”.

<sup>197</sup> A exigência de data certa do contrato de penhor destina-se a evitar riscos de conluio entre o devedor e o credor pignoratício, evitando que um devedor em situação de falência ou prestes a cair nesse estado pudesse antedatar a constituição do penhor, assim defraudando as normas que invalidam este tipo de negócios celebrados depois de declarada a falência ou determinado período de tempo antes desta (da mesma forma que consente, quando o mesmo bem seja empenhado a favor de diversos credores, determinar a ordem de preferência de cada um deles – Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 149). No entanto, o Código de Napoleão admitia que a data certa fosse provada através de documento público ou privado, embora nesta segunda hipótese não impusesse qual o momento até ao qual o escrito privado poderia

---

adquirir data certa, momento este que teria que ser sempre anterior à aquisição por parte de terceiros de direitos conflituantes com o do credor pignoratício - neste sentido, vide Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 32 e 33, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 81, Guillouard, ob. cit., pág. 81 e Troplong, ob. cit., págs. 42 e 69. Alex Weil, ob. cit., pág. 85, acrescenta que se pretende igualmente combater a ante datação para beneficiar alguns credores em prejuízo de outros. Já para Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 153, o requisito da data certa não constitui um mecanismo publicitário, mas um elemento necessário para tornar o direito de penhor e a indisponibilidade do bem que dele decorre oponíveis aos demais credores do empenhante, ao mesmo tempo que resolve os conflitos entre os diversos credores e, por fim, defende os terceiros de eventuais fraudes entre o constituinte e o credor pignoratício. Para aqueles penhores abrangidos pelo n.º 4 do art.º 2787.º do CCI – relativamente aos quais a lei dispõe que a data certa pode ser demonstrada por qualquer meio de prova – Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 122 e 123, dá conta da existência de duas orientações distintas: uma mais liberal, aceitando que “*la regolare tenuta delle scritture contabili ed i controlli amministrativi che accompagnano l’attività bancaria inducono a ritenere che le annotazioni ivi contenute siano state effettivamente eseguite nella data indicata*”; e outra, mais restritiva, não consentindo, tendo em conta a necessidade de evitar fraudes entre o credor e o constituinte da garantia, que essa prova seja feita unicamente com base naqueles documentos (adoptam este segundo entendimento Stefano Ambrosini, ob. cit., págs. 318 e 319, escrevendo que esses elementos “*devono presentare carattere di obiettività e non possono farsi risalire al soggetto stesso che gli invoca, neppure ove si tratti di una banca. Non è dato riscontrare siffatti requisiti in caso di semplice annotazione della scrittura nei libri contabili alla cui tenuta tale soggetto sia obbligato per legge, salvo che di essi vi sia stata vidimazione da parte di pubblico ufficiale (...) attestante la regolarità dei libri stessi*”, Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 208 e segs., alegando que, quando a norma em questão fala de “*qualquer meio de prova*” apenas se refere a meios que possam constituir prova relativamente a terceiros, o que não sucede com a contabilidade interna das instituições credoras, excepto se as mesmas forem visadas pelas entidades competentes e, por último, Sílvia Lovisatti, Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo, tra “*valori originari*” e “*beni originari*”, in BBTC, 2002, I, pág. 703, assegurando ser esta a posição claramente dominante na jurisprudência). Giovanni Colombo, Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data, in BBTC n.º 45 (1982), pág. 210, por seu turno, admite que entre esses elementos se poderão incluir o carimbo dos serviços postais (demonstrando esse carimbo a anterioridade da data do documento face à do carimbo, embora ser duvidoso que este meio de prova assegura o mesmo grau de certeza do registo, pelo que admite que admite ser o mesmo ilidível), a prova testemunhal e o livro onde o penhor esteja inscrito (mas apenas depois de visados pelas entidades competentes), mas não a contabilidade do credor pignoratício (argumentando que tais documentos apenas podem ser invocados contra terceiros, neste caso contra os credores quirografários do empenhante, concluindo que apenas poderão servir de meio de prova depois de visados e a partir dessa mesma data).

<sup>198</sup> Esta exigência destina-se a permitir aos terceiros, nomeadamente aos demais credores do empenhante, saber exactamente até que valor responde o bem empenhado - Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 149). Rubino, Il pegno cit., págs. 225, Puig Brutau, ob. cit., pág. 32, Troplong, ob. cit., pág. 68, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 37 e 226. Guillouard, ob. cit., págs. 84 e 85 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 112, concordam que a individualização do crédito garantido se dirige, essencialmente, ao respectivo montante (e não tanto à sua data, natureza, causa e vencimento), nomeadamente evitando o seu incremento falacioso. Divergem, porém, quanto às menções necessárias quando o crédito for ilíquido, optando o primeiro pela indicação do montante aproximado (remetendo-se o montante definitivo para a execução e para a decisão do juiz, enquanto os demais opinam no sentido da obrigatoriedade de indicação de um montante máximo pelo qual responderia a garantia). Guillouard, ob. cit., págs. 85 e 86, entende que a fixação do montante do crédito assegurado se mantém ainda que o penhor haja sido constituído em garantia de uma obrigação de *facere*, argumentando que a imposição tem carácter geral e, embora admitindo a dificuldade de avaliação pecuniária nestes casos, sugere que tal não representa um impedimento absoluto, podendo o credor salvaguardar-se declarando uma importância relativamente elevada.

<sup>199</sup> Esta referência tem como desiderato individualizar o bem objecto da garantia, evitando que seja substituído por outro mais valioso, em detrimento dos demais credores – assim, Rubino, Il pegno cit., pág. 226 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 113, Puig Brutau, ob. cit., pág. 34 e Guillouard, ob. cit., pág. 83 (este último Autor critica a redacção do art.º 2074.º do CCF por considerar que este preceito inculca a ideia – errónea em seu entender – que a descrição dos bens deverá ser lavada a cabo com maior minúcia quando efectuada num documento separado do contrato de penhor). Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 29 e 37 a 39, defende que o intuito desta obrigatoriedade de indicação do objecto da garantia (associada à necessária menção do crédito garantido) visa ainda dar cumprimento ao princípio da especialidade (sustentando ainda que, sendo individualizadas apenas uma parte das coisas empenhadas, o

mesmo que tal formalidade, associada à entrega do bem ao credor, se afigura indispensável.<sup>201</sup>

É discutível, porém, se a redacção de tal documento escrito é mera condição de oponibilidade do direito a terceiros<sup>202</sup> (e a que terceiros)<sup>203</sup> ou, ao invés, constitui

---

direito de preferência do credor pignoratício se circunscreve àquelas que o tiverem sido – perfilham este entendimento também Guillouard, ob. cit., págs. 87 e 88 e Troplong, ob. cit., pág. 68, embora ambos citem decisões judiciais em contrário). Para Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 130, a observância deste requisito cumpre uma dupla função: para além da necessidade de proteger terceiros credores do empenhador (evitando possíveis fraudes entre o credor e o empenhador), igualmente a de consentir aos credores adquirentes aperceber-se da efectiva disponibilidade dos bens empenhados.

<sup>200</sup> Estas menções podem resultar de documento separado a anexar ao contrato de penhor, mesmo que anterior ou posterior a este, desde que também aquele outro documento tenha data certa – neste sentido Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 226, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 97, Troplong, ob. cit., pág. 69, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 35, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 82, Guillouard, ob. cit., pág. 88 e, no domínio do Código de Seabra, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 234. Em particular Gabrielli, *Il negozi costitutivi cit.*, pág. 154, sustenta que o documento exigido como condição da existência do direito de preferência não tem que ser, obrigatoriamente, o negócio constitutivo do penhor, nem tão pouco deve impreterivelmente consistir num único documento, podendo antes resultar da conjugação de uma série de documentos com data certa (em termos aproximados Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 118, afirmando que o documento com data certa não “*si identifica necessariamente con il negozio costitutivo del pegno, perché questo può anche essere costituito oralmente, o con scrittura priva della data certa*”).

<sup>201</sup> Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 515 e 516, entende não ser viável optar por um ou outro mecanismo, pois só a cumulação de ambos permite proteger os interesses do credor (através da entrega, que impede a dissipação do bem ou a sua entrega liberatória a terceiro) e terceiros (protegendo-o contra condutas ilícitas ou fraudulentas do devedor, traduzidas na constituição dissimulada de penhores, desse modo entregando bens de sua propriedade a outros credores).

<sup>202</sup> A posição largamente dominante na doutrina (vide, entre outros, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 224, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 89, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 655, Francesco Caringella, (Francesca Della Valle e Sandra Della Valle), *Codice Civile annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè Editore, 2006, págs. 3552 e 3553 e Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 34 e segs.) e na jurisprudência aponta no sentido de estes requisitos apenas serem exigidos para o credor poder exercer o direito de preferência (ou seja apenas em relação a terceiros credores) e não para a validade do penhor entre as partes (que não se encontra, por isso, sujeito a qualquer formalidade, podendo inclusivamente ser concluído oralmente e, na opinião de alguns, mesmo tacitamente – Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 225 – pois “*la scrittura non deve necessariamente identificarsi con il negozio costitutivo di pegno, dovendo contenere (...) come unico requisito ulteriore la sottoscrizione delle parti o, almeno, del debitore costituente il pegno*”, ou seja, o documento “*possa essere predisposto anche in un momento successivo (a partire dal quale si produrrà l’effetto di prelazione) a quello configurativo della funzione di garanzia, senza per questo sminuire il connotato unitario dell’operazione*” – Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 204 e segs.). No mesmo sentido, para o direito espanhol, vide Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 513 e 514 (“*cualquiera que sea su forma, la prenda existe y adquiere validez entre las partes que celebran el contrato una vez producida la transmisión posesoria de la cosa gravada al acreedor o a un tercero, con el ánimo o acuerdo previo de constituir la garantía. Esta nace como derecho real, pero para que pueda tener virtualidad de tal frente a los terceros se exige, además (...), que conste por instrumento público la certeza de la fecha*”) e De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 127 e 128 (“*No creemos que el Código otorgue efectos constitutivos a la instrumentación en documento público de la prenda. De la propia redacción del propio art. 1865: “No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha” parece poder deducirse que se está refiriendo únicamente a la eficacia erga omnes, no inter partes, la cual existirá desde que las partes han consentido y se ha entregado el objeto de la prenda, y podrán posteriormente, por mutuo acuerdo, elevarla a documento publico surtiendo desde entonces efectos frente a terceros (...). Para que un derecho real limitado tenga eficacia frente a terceros es necesario dotarlo de publicidad, y el medio más adecuado para ello es el de utilizar un instrumento publico, puesto que de la mera posesión no se desprende la existencia de ningún tipo de prenda, sino que puede, en todo caso, darse la apariencia de poseedor a título de propietario, con lo que en lugar de dar publicidad a la prenda, se estaría creando una apariencia falsa, que llevaría a confusión*”). Todavia, no que respeita à preferência, o documento escrito constitui uma formalidade *ad substantiam*, sendo inadmissíveis outros meios de prova como a prova testemunhal, as presunções e a confissão (neste sentido, Montel, *Pegno cit.*, pág. 796, Ciccarello, ob. cit., pág. 695, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 58,

mesmo um requisito indispensável para o surgimento do próprio penhor,<sup>204</sup> não faltando até quem considere a distinção entre a relevância interna e externa da garantia como

---

Realmonde, *Il pegno cit.*, pág. 655, Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 95 e 96, Protetti, *ob. cit.*, pág. 37 e, principalmente, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 224 a 226 e, ao nível judicial, as decisões citadas por Barbara Cusato, *ob. cit.*, págs. 183 e 184).

<sup>203</sup> É discutível se o cumprimento de tais formalidades será condição de oponibilidade do direito face a terceiros não credores do concedente. A questão coloca-se, sobretudo, a respeito dos futuros adquirentes do bem (responde negativamente Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 196 e segs., afirmando que o “*diritto di seguito, opera indipendentemente dall’esistenza di un diritto di prelazione, poiché trova la ragione e la misura della sua rilevanza nel fatto costitutivo del rapporto di garanzia*”). Mas coloca-se, igualmente, em relação ao terceiro proprietário reivindicante de um bem empenhado por outrem, detectando-se decisões em sentido afirmativo (cfr. o Acórdão da Corte de Cassação de 17 de Maio de 1962, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1964, Vol. II, pág. 1 e segs., no qual se afirma que “*La mancanza dell’atto scritto di data certa (...) può essere opposta non solo dagli altri creditori concorrenti, ma anche dal terzo proprietario reivindicante, estraneo alla costituzione del rapporto, a nulla rilevando la buona fede del creditore pignoratizio al momento della consegna della cosa*” e Acórdão da Corte de Cassação de 31/3/1950, in *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1950, pág. 1098 – no qual se assevera que “*il pegno di cosa rubata non risultante da scrittura con data certa non può essere opposto al proprietario derubato dal creditore pignoratizio possessore di buona fede*”, alegando que o penhor se encontra indissociavelmente ligado ao direito de preferência, de modo que, faltando esta sobre um mero direito pessoal oponível unicamente ao constituinte e, quando muito, aos seus “*aventi causa*”), muito embora esta última decisão mereça a reprovação de Paolo Forchielli, *Opponibilità al proprietario del pegno non scritto di cosa rubata*, in *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1950, pág. 1098 e segs.. De acordo com este Autor, a posição subscrita no aresto (inspirada na interpretação de preceitos semelhantes efectuada pela doutrina francesa, de acordo com a qual o penhor não escrito apenas produziria efeitos *inter partes* – ou, eventualmente, também face aos adquirentes de direitos do constituinte – e, sendo o proprietário espoliado um terceiro, a garantia ser-lhe-ia inoponível, posição esta que, segundo o Autor, não corresponde aos ditames da lei, na medida em que esta apenas se refere aos terceiros credores, sendo omissa quanto aos adquirentes: ora, atendendo à *ratio* da norma – evitar a subtração fraudulenta de bem empenhado à garantia universal de todos os credores, tornado o credor pignoratício um mero quirografário – “*Il fatto però che il creditore pignoratizio non abbia la prelazione non esclude in linea astratta la possibilità che il pegno spieghi ugualmente una sia pur ridotta efficacia reale nei confronti del creditore chirografario, purchè non si tratti di opporgli un privilegio che la legge vuole inesistente*”) desconhece que a existência de um “*pegno reale senza prelazione*”, ou seja, a produção de determinados efeitos – *maxime* a sequela (aliás, como bem sublinha, mesmo a oponibilidade ao proprietário dos penhores munidos de preferência não se justifica com este atributo, o qual releva apenas em sede de concurso de credores) – que são independentes da existência da preferência, pelo que a identificação que faz entre atributo de preferência e direito real será de refutar (“*La realtà, comunque, non può ricavarsi dalla prelazione, giacchè la prelazione deve considerarsi, sempre sotto il profilo della struttura, come un effetto accessorio rispetto a quello principale della costituzione del diritto reale di pegno. Diritto, questo, il cui contenuto essenziale ci pare dato dal potere di ritenere la cosa oppignorata fino alla completa soddisfazione del credito*”). Se assim é, na hipótese de aquisição do direito de penhor a *non domino*, o *accipiens* de boa fé e com título idóneo poderá – em homenagem à regra da posse vale título – adquirir um direito real de penhor, oponível ao proprietário espoliado. No direito espanhol, Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 518 e 519, entende que se deve “*considerar tereceros a quienes han adquirido algún derecho concreto de carácter personal sobre la cosa gravada. Es decir, fundamentalmente a los acreedores del pignorante que por la existencia de la prenda ven frustradas sus expectativas actuales de cobrar su crédito con cargo a la cosa empeñada al sustraerse del patrimonio del deudor a los efectos de la responsabilidad general*” (recusando que os terceiros protegidos pelo preceito possam ser o próprio devedor – quando a garantia for prestada por outrem – ou os adquirentes ou presumíveis titulares de direitos reais sobre o bem em questão, uma vez que, neste último caso, “*retenida la posesión de la cosa por el acreedor pignoraticio, ni aquel ni éstos pueden consolidar su pretendido derecho al no consumarse la tradición*”).

<sup>204</sup> Em Itália, uma tese minoritária defende ser o documento escrito condição de existência do próprio direito de penhor, alegando que, constituindo a preferência o aspecto essencial da garantia pignoratícia, sem ela não fará sentido falar de penhor (vide os autores citados por Realmonte, *ob. e loc. cit.*, nota 30 e o Acórdão da Corte de Cassação de 17 de Maio de 1962, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1964, Vol. II, pág. 1 e segs., onde se pode ler que “*non si disconosce che la norma riguarda il diritto di prelazione, ma il rilievo appare trascurabile perché il contenuto essenziale del diritto di pegno consiste nella prelazione,*

meramente heurística,<sup>205</sup> quem admita que o direito real de penhor se constitui mesmo na ausência de tal documento<sup>206</sup> e quem restrinja o cumprimento desta exigência formal ao penhor de origem contratual.<sup>207</sup>

---

*la quale trasforma la garanzia generica, ordinaria, limitata ai soli beni del debitore, in garanzia specifica sulla cosa costituita in pegno dal debitore o del terzo... Se non è assistito di prelazione mobiliare, detto creditore non può rientrare che nella categoria dei creditori chirografari*”, embora com nota crítica de Giuseppe Stolfi, Appunti sulla costituzione del pegno, in Rivista di Diritto Commerciale, 1964, I, pág. 1 e segs., para quem “*il pegno assolve bene alla sua funzione specifica se, fin dalla sua costituzione e comunque anteriormente alla scadenza del debito, vincola durevolmente la cosa a vantaggio del creditore e pertanto offre a quest’ultimo la sicurezza di contare su un oggetto determinato da fare vendere o da farsi assegnare quando l’obbligato non tenesse fede ai propri impegni*”, pelo que “*il diritto esclusivo di possedere l’oggetto costituisce il contenuto essenziale e costante del pegno. Adopero il termine “essenziale”, per sottolineare che l’esistenza del diritto del creditore è subordinata al trasferimento e alla conservazione del possesso*”, até porque desde que o credor pignoratício fique em poder do bem assistem-lhe uma série de direitos – como o direito de sequela face a terceiros adquirentes do objecto da garantia – enquanto o direito de preferência constitui uma faculdade que o titular do penhor poderá invocar numa fase posterior e eventual da relação pignoratícia, isto é, em sede de alienação do bem empenhado: em suma, “*sarebbe assurdo che l’art. 2787, al. 3, redatto in vista dell’ultima conseguenza eventuale del pegno, dovesse regolare sinanche la formazione del rapporto*”. O mesmo Autor sublinha, ainda, que o carácter essencial do título (que pode ser oral) e, sobretudo, da entrega – e não da preferência – para a constituição do penhor resulta bem claro quando a garantia for constituída por quem não for o proprietário do bem: neste caso, o credor pignoratício de boa fé adquire o direito de penhor, uma vez que “*il proprietario di cosa mobile non può mai essere tutelato – nemmeno sotto il pretesto della mancanza d’uno scritto con data certa (richiesto, se del caso, non per la validità della costituzione de pegno ma per far valere il diritto di prelazione che interesserà i creditori concorrenti) – contro il possessore di buone fede al quale l’oggetto sia stato consegnato da chi ne aveva comunque la disponibilità*”). Este argumento é refutado por este último Autor, argumentando que nas relações entre o credor e os adquirentes do bem o primeiro poderá sempre invocar o contrato de penhor, ainda que desprovido do direito de preferência, muito embora, por força da regra “*posse vale título*”, seja necessário, para que o direito do credor vença o direito do terceiro adquirente, que aquele obtenha a posse do bem antes deste (neste caso, poderá ainda invocar o direito de retenção contra o constituinte da garantia). Refira-se, por último, que esta mesma doutrina é aplicável ao penhor de créditos (cfr. art.º 2800 do CCI que, para além do documento escrito, impõe, como condição de existência do direito de preferência, a notificação do penhor ao devedor do crédito empenhado ou a sua aceitação por este em documento com data certa).

<sup>205</sup> Albina Candian, Le garanzie mobiliari, Giuffrè, 2001, págs. 314 e 315, asseverando que um penhor amputado do direito de preferência não possui qualquer interesse prático (“*ad un pegno privo di diritto di prelazione nessuno è soverchiamente interessato*”), até porque o direito de retenção (único potencial efeito atribuível a um penhor sem direito de preferência é “*inopponibile al fallimento fuori dai casi in cui sia munito anche della prelazione*”).

<sup>206</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1780 e 1781, entende que os únicos requisitos legais para o nascimento do direito real de penhor são que este se destine a assegurar uma obrigação principal, que a coisa empenhada seja propriedade do constituinte e este possua a liberdade de disposição dos seus bens (art.º 1857.º do CCE) e que o bem seja entregue ao credor ou a um terceiro (art.º 1863.º do CCE), sem que a formalização em documento público seja um deles (tanto mais que o art.º 1857.º expressamente impõe a redução a escrito do contrato constitutivo da hipoteca, pelo que o surgimento da hipoteca se submeterá ao regime previsto para a generalidade dos direitos reais no art.º 609.º do CCE, isto é, mediante contrato seguido de tradição do bem). O Autor contesta o entendimento, que admite maioritário, segundo o qual a redução a escrito do contrato de penhor é condição de oponibilidade do direito a terceiros, alegando que a justificação normalmente apresentada em seu favor (proteger os demais credores do constituinte, que poderiam ser prejudicados pela constituição fraudulenta de penhores) não colhe pois, se a finalidade do preceito fosse essa, “*la consecuencia lógica debió ser la de requerir la forma escritura pública para la constitución del derecho de prenda lo que no establece el precepto*”, o que a norma em questão não faz, consentindo “*constituir el derecho real de prenda en cualquier forma y posteriormente otorgar instrumento público en le que se haga constar la fecha de su constitución a partir de cuyo momento es eficaz frente a terceros*”. Mais ainda, o Autor retira do regime legal do penhor que, uma vez entregue o bem ao credor ou a terceiro, nasce o direito real de penhor, pelo que, a partir dessa data, dispõe o credor das acções de defesa do seu direito contra o constituinte e mesmo contra terceiros, embora o entendimento contrário conduza a recusar o exercício deste direito contra outros credores do mesmo

Noutro plano, quando o penhor seja constituído por terceiro, a não observância destes requisitos formais pode ser invocada pelos demais credores deste, mas já não pelos outros credores do devedor da obrigação principal.<sup>208</sup>

As justificações normalmente invocadas para sustentar esta exigência relacionam-se com a necessidade de evitar constituições fictícias de penhor ou aquelas em que se adultera fraudulentamente o montante do crédito garantido, deste modo prejudicando os demais credores do constituinte da garantia.<sup>209</sup>

Por outro lado, a entrega do bem ao credor ou a terceiro não seria suficiente para alertar terceiros que contratassem com o devedor, pois as aparências poderiam ser enganosas, na medida em que muitas vezes o credor voltava a colocar o bem em poder do devedor (em resultado, por exemplo, de contrato de locação), assim fazendo crer aos terceiros que esse bem ainda pertenceria ao devedor livre de qualquer encargo (quando, na realidade, se encontravam já empenhados).<sup>210</sup>

Não ignorando a pertinência destas considerações (reconhecendo mesmo que a exigência de documento escrito se destina a evitar fraudes em prejuízo de terceiros, quanto à data do penhor, ao crédito garantido ou ao bem empenhado), VAZ SERRA<sup>211</sup> sustenta a posição contrária, entendimento este que veio a ser adoptado, na esteira dos seus ensinamentos, pelo nosso Código Civil.<sup>212</sup>

Partindo do pressuposto que a necessidade de formalização do contrato de penhor se destina, essencial senão exclusivamente, à protecção de terceiros, o citado Autor procede a uma destrição dentro destes entre os aqueles que adquiriram (ou

---

devedor enquanto não exista a redacção do documento público, o que representa uma séria limitação da eficácia erga omnes do penhor, ao privá-lo do atributo da preferência (concluindo, em conformidade, que o direito real de penhor nasce aquando da entrega do bem ao credor ou a terceiro, de modo que o exercício dos direitos a ele inerentes – *maxime* a preferência e o *ius distrahendi* – não se encontram dependentes da redução a documento escrito do contrato). Menos taxativo se mostra Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 514 e 515, embora reconheça ser dificilmente admissível que um direito real não possa produzir efeitos relativamente a terceiros, aceita que o direito real nasça mesmo sem a redacção do documento escrito, tendo em conta “*no sólo la relación de inmediatez que se instaura entre el acreedor y la cosa, en virtud de la transmisión posesoria operada, dela que indudablemente deriva una seguridad cierta para áquel, sino, además, porque, incumplida la obligación garantizada, el acreedor está legitimado para instar la realización de valor de la cosa gravada por el procedimiento específico y propio que la ley establece para las garantías reales, facultad que no corresponde al simple acreedor no asistido de una garantía de la expresada naturaleza*”.

<sup>207</sup> Assim, para o direito espanhol, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 712, alegando que o preceito que consagra tal exigência (art.º 1865.º do CCE), se refere unicamente ao contrato de penhor.

<sup>208</sup> Francesco Caringella, ob. cit., págs. 3552 e 3553, citando jurisprudência neste mesmo sentido.

<sup>209</sup> Nestes precisos termos Rubino, Il pegno cit., pág. 224. Prossequindo o seu raciocínio, este Autor conclui que se esta é a razão de ser da exigência de documento escrito, bem se compreende que não assumam qualquer relevância para os chamados *aventi causa* do concedente da garantia (isto é, sujeitos a favor dos quais este haja constituído algum tipo de direitos que não de preferência), pois o acto escrito não possui função de publicidade preventiva (a qual será assegurada, embora em termos rudimentares, pelo desapossamento do constituinte, até porque os documentos escritos não teriam desideratos publicitários) e não tem por objectivo dar a conhecer com segurança a constituição de um penhor (nem tão pouco o montante do crédito garantido), pois esta é uma questão de prova e não justificaria a imposição de uma formalidade para cuja inobservância a lei prescreve a nulidade. Em termos aproximados, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 78 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 513.

<sup>210</sup> De acordo com Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 28 e 29, estes expedientes constituíam um meio relativamente simples através do qual um devedor de má fé poderia facilmente subtrair alguns dos seus bens aos seus credores e, também, beneficiar alguns deles em detrimento de outros - daí a necessidade de um documento escrito, imposta pela primeira vez em 1599 e incorporada no art.º 2074.º do CCF.

<sup>211</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 113 a 120.

<sup>212</sup> Afirmando que as propostas de Vaz Serra influenciaram, a este propósito, as soluções consagradas no Código Civil, vide Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, , pág.688.



pretendam adquirir) o bem empenhado (ou um direito sobre ele) e, por outro lado, os terceiros credores do empenhante.

No que aos primeiros diz respeito (e depois de admitir que, sem o documento escrito, se poderá demonstrar com recurso a qualquer meio de prova a existência de um penhor anterior ao direito do terceiro), conclui que o mesmo efeito se poderá produzir quando o bem tiver sido o bem alienado a outrem, uma vez que alienação de coisas móveis também não se encontra sujeita a qualquer formalidade (não se descortinando, por isso, razões para não estender este regime ao penhor).<sup>213</sup>

Poder-se-ia pensar que a imposição da redução a escrito se fundamentaria na necessidade de evitar dúvidas acerca do objecto empenhado, mas VAZ SERRA alega que essas dúvidas são dissipadas pela entrega do bem<sup>214</sup> e, uma vez mais, socorre-se da hipótese de alienação (ou constituição de outro direito real sobre a coisa), para a qual a lei também não impõe documento escrito, não obstante se possam colocar idênticas interrogações.

O argumento que parece mais convincente, sempre na perspectiva do mesmo Autor, tem a ver com a premência de determinação do crédito garantido, com o objectivo de defender terceiros quanto ao seu montante e de fornecer ao credor um meio seguro de prova não só do crédito, mas também do objecto da garantia, assim favorecendo o crédito em geral.

No entanto, contrapõe a estas vantagens o entorpecimento da constituição do penhor resultante da necessidade de formalização do contrato, com os prejuízos para os interesses não apenas das partes, mas mesmo do comércio.<sup>215</sup>

Relativamente aos terceiros credores do concedente da garantia, ou seja, como condição do exercício do direito de preferência, VAZ SERRA<sup>216</sup> entende que a necessidade de redução a escrito será de descartar “*pois os outros credores, anteriores ou posteriores ao penhor, estão sujeitos à preferência do credor pignoratício, não interessando, portanto, a data do penhor para o efeito de saber se este lhes é ou não oponível*”.

Em suma, o Ilustre Autor advoga a desnecessidade de formalização escrita do negócio constitutivo de penhor, quer para a produção de efeitos entre as partes,<sup>217</sup> quer mesmo para produzir efeitos em relação a terceiros, até porque o documento – ainda que

---

<sup>213</sup> Ou seja, na óptica deste Autor, a exigência de forma escrita não se justificará enquanto meio de prova da data da celebração do contrato. Esta comparação com a venda de coisas móveis é, aliás, o argumento decisivo que perpassa toda a posição de Vaz Serra e fica bem patente no seguinte trecho: “*Desde que terceiros adquirentes estão expostos a que lhes seja oposta uma alienação, embora não documentada, não parece de exigir, para que lhes seja oponível um penhor, que este se constitua por documento. Além disto, o adquirente de uma coisa móvel empenhada não será tão facilmente lesado pelo penhor como o poderia ser uma alienação anterior ou por uma anterior constituição de usufruto, pois a entrega da coisa, necessária para o penhor, representa já um meio de publicidade para o penhor, publicidade que não existe no caso de alienação ou de constituição de usufruto.*”

<sup>214</sup> Pelo que, ao menos implicitamente, reconhece a utilidade do documento escrito como modo de determinação do objecto do penhor quando este não implique o desapossamento do devedor.

<sup>215</sup> Por último, o Autor alude ainda que a exigência de documento escrito, se pode contribuir para a protecção de terceiros, poderá redundar num prejuízo para o credor pignoratício, sempre que este não cumpra aquelas finalidades (e poderá sê-lo mesmo perante posteriores adquirentes que, no momento da aquisição, conhecessem a existência do penhor).

<sup>216</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 115.

<sup>217</sup> Neste caso, o temor de fraudes será menor e a obrigatoriedade de redução a escrito traduzir-se-ia num obstáculo muitas vezes decisivo à celebração do contrato, sobretudo quanto estejam em causa créditos de reduzido montante e sejam bens empenhados bens de diminuto valor.

com data certa – não evita que o penhor seja fictício ou o montante do crédito fraudulentamente alterado.<sup>218 219</sup>

Em nosso entender, a interrogação acerca da eventual necessidade de um documento escrito – ainda que apenas para o exercício do direito de preferência – como requisito da garantia pignoratícia, deve ser respondida com base aptidão daquele formalismo para a protecção de terceiros credores (nomeadamente para evitar os riscos de fraude acima assinalados), mas não invocando um suposto intuito publicitário daquele documento.

Diremos, então, que o documento escrito tem como finalidades essenciais identificar o crédito garantido e o bem empenhado, facilitar a prova da data da celebração do contrato, evitando prejuízos para terceiros.

Ou seja, a função do documento escrito não é (ou apenas o é acessoriamente) a de dar a conhecer a constituição da garantia, até porque essa missão é atribuída, em regra, à entrega do bem ao credor ou a terceiro.<sup>220</sup>

Com efeito, de entre os objectivos normalmente associados ao carácter solene dos negócios jurídicos em geral não se inclui o de dar a conhecer o negócio a terceiros,<sup>221</sup> desiderato esse que é alcançado através do recurso a mecanismos diversos, como sejam os registos ou seus sucedâneos (como o desapossamento do empenhante, no caso do penhor), uma vez que, conforme salientado anteriormente, uma coisa é a publicidade do negócio, outra é o seu carácter formal ou solene.

---

<sup>218</sup> Quando muito, admite que se poderia, por força do recurso à data certa do penhor, obstar à simulação de um penhor numa época em que o devedor se encontrasse prestes a cair num estado de insolvência (ou mesmo quando já estivesse nesta situação), mas considera esta vantagem pequena em comparação com os inconvenientes que resultam da necessidade de documento escrito.

<sup>219</sup> Não deixa, contudo, de admitir, como alternativa viável, a consagração legal da necessidade de documento escrito como condição da existência do direito de preferência (ou seja, como condição de oponibilidade do penhor face a terceiros). Se assim fosse, indica como modelo a seguir o italiano, no qual se exige a redacção de um documento, mesmo privado (repudiando o sistema do Código de Seabra que exigia documento autêntico ou autenticado), com data certa, sempre que o crédito garantido seja de valor superior a €2,58 e onde se estabelece, ainda, a necessidade de indicação suficiente do crédito garantidos e dos bens empenhados, embora dele se afaste ao sustentar que o documento escrito deveria ser exigido sem limite de valor, isto é, para todos os contratos (alegando que, devendo aquele limite reportar-se ao valor do crédito – e não à coisa empenhada, em razão da dificuldade em proceder à avaliação desta – esta quantia não ser muitas vezes decisiva, com sucede sempre que em garantia de um crédito de diminuta soma seja empenhado um bem consideravelmente mais valioso) ou, quando muito, impondo um limite a partir do qual o documento escrito seria exigível tendo em conta, simultaneamente, o valor do bem empenhado e do crédito garantido (muito embora este sistema, como o próprio Autor reconhece, enfrente o mesmo obstáculo resultante da dificuldade de avaliação do bem). Também e à semelhança do sistema italiano, Vaz Serra é apologista de desnecessidade de um documento com data certa – podendo, assim, a data do penhor ser provada por qualquer meio legalmente admitido - quando a garantia fosse constituída em benefício de entidades financeiras legalmente autorizadas a realizar operações de crédito sobre penhor (fundamentando a sua posição na necessidade de rapidez, acentuada neste caso pela qualidade do credor e, por outro lado, na fiscalização a que estas entidades credoras estão sujeitas).

<sup>220</sup> Contudo, há quem defenda (cfr. Barrada Orellana, ob. cit., pág. 134) que o documento escrito se destina a publicitar a constituição da garantia, precisamente porque a entrega do bem não desempenha cabalmente esta função.

<sup>221</sup> Neste sentido, Mota Pinto, ob. cit., pág. 119 e segs., sublinhado que a publicidade da constituição ou transferência de direitos sobre bens imóveis e móveis a estes equiparados é assegurada pelo registo e, no caso dos demais bens móveis é, nalguns ordenamentos, logrado através da protecção da posse de boa fé, mas no ordenamento luso “*não só falha uma sujeição ao registo, como até esse papel sucedâneo que a posse pode representar em relação ao registo não é valorizado nos termos de outros sistemas*”, salientando, precisamente, ser o penhor a principal, senão mesmo a única, excepção a tal constatação, uma vez que neste “*a lei atribui à posse, à transferência da coisa, um papel fundamental, de tal maneira que o direito real não surge sem a tradição*”.

De facto, um terceiro credor do constituinte da garantia mais facilmente se aperceberá (ou, pelo menos, suporá) da presença de uma garantia sobre o bem pela posse do mesmo por alguém que não o seu proprietário do que pela existência de um documento escrito, a não ser que este seja registado.

Daí que apenas se a convenção escrita das partes se encontrar sujeita a registo (o que já sucede actualmente com alguns penhores) poderá desempenhar uma função publicitária indirecta (uma vez que decorre, não do documento em si, mas da sua posterior inscrição no registo), assim permitindo aos terceiros que pretendam contratar com o garante dirigir-se àquele cadastro. Simplesmente, deparamo-nos com um obstáculo, qual seja o da necessidade de criar um registo para este efeito, uma vez que, como é sabido, não existe um registo geral dos bens móveis.<sup>222</sup>

Em suma, advogamos a necessidade de documento escrito (de natureza particular, autêntica ou autenticada), com o intuito de determinar o crédito garantido e o bem onerado,<sup>223</sup> mas não com intuítos publicitários, razão pela qual a esta formalidade deverá ser atribuído um carácter de condição de nascimento do direito real de penhor, mesmo *inter partes* e não de requisito de oponibilidade, à imagem da solução consagrada no direito francês saído da reforma de 2006 e que será esmiuçada no Capítulo II.

Associado à redução a escrito e com desideratos publicitários, advoga-se, como condição de oponibilidade da garantia pignoratícia a terceiros, a instituição de um registo (solução que logrou consagração legal noutros ordenamentos)<sup>224</sup> ou, quando este seja inviável – designadamente por força da natureza dos bens –, da verificação do desapossamento do devedor, novamente seguindo as pisadas da recente remodelação do direito gaulês das garantias (cfr. art.ºs 2336.º a 2338.º CCF, introduzidos aquando da reforma de 2006), não sendo a solução virgem no nosso ordenamento, porquanto já o art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro e o regime do penhor em garantia de estabelecimentos bancários, impõem tais exigências (e fazem-no, independentemente do valor da quantias mutuadas e do objecto onerado).<sup>225</sup>

No entanto, concede-se que tal obrigatoriedade de redução a escrito possa ser circunscrita, em termos gerais, aos contratos cujo valor o justifique, impondo a lei um

---

<sup>222</sup> Nos termos do art.º 10.º do Código de Registo de Bens Móveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro, estariam sujeitos a inscrição neste registo os veículos automóveis e seus reboques (na acepção ínsita no Código da Estrada), os navios mercantes e as aeronaves. O intuito primacial deste diploma era o de unificar as regras relativas aos registos automóvel, aeronáutico e marítimo, disseminadas por diversas normas. Todavia e conforme referido anteriormente, nos termos do art.º 7.º, n.ºs 1 e 2, daquele diploma (na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 311-A/95, de 21 de Novembro), este Código apenas entrará em vigor quando for aprovado o respectivo regulamento (cfr. art.º 4.º), o que não aconteceu até à data.

<sup>223</sup> Pronuncia-se no mesmo sentido Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 103, nota 323, sugerindo a adopção de um preceito similar – ao menos quando o valor da garantia assuma um valor considerável - ao vigente noutros ordenamentos, com o intuito de evitar fraudes por parte dos intervenientes no contrato. Mais concretamente, o Autor defende que “*apesar de não existir nenhum requisito de forma relativamente à constituição do penhor, somos do entendimento que, aquando da conclusão do contrato, deverão ficar expressamente identificados o crédito garantido e o objecto do penhor, devendo igualmente ser indicados todos os elementos necessários para a sua identificação, porquanto, sem tais elementos, o empenhador não poderá efectuar uma avaliação prévia relativamente ao objecto do contrato. Dito de outro modo, sem que tais elementos sejam identificados, estaremos perante um contrato com objecto indeterminado*”

<sup>224</sup> Por exemplo, pelo actual Código Civil Brasileiro, no seu art.º 1432.º, ao dispor que o contrato de penhor (do qual deverá constar o valor do crédito, a sua estimação ou o seu valor máximo, o prazo para pagamento, a eventual taxa de juro e o bem dado em garantia com as suas especificações – cfr. art.º 1424.º) deverá ser registado no Cartório de Títulos e Documentos.

<sup>225</sup> Vide supra n.º 2.4 do Capítulo I.

tecto acima do qual tal necessidade seja exigível, limite esse que deve ser aferido em função do valor do bem empenhado e/ou do crédito garantido.

A título meramente sugestivo, tal limite poderia situar-se nos €500, ou seja, desde que o montante garantido<sup>226</sup> ou o objecto empenhado ultrapassassem tal montante: para este efeito e para além da sujeição a forma escrita, seria ainda imperiosa a discriminação da quantia assegurada e a descrição – e avaliação – do objecto empenhado.<sup>227</sup>

Em abono da sujeição a forma escrita do contrato de penhor poderá, ainda, aduzir-se a consideração respeitante ao facto de a constituição da garantia ser um negócio acessório de um outro (obrigação principal ou garantida), o qual, não raras vezes, também se encontra submetido a um formalismo negocial.<sup>228</sup>

Aliás, a relação quase umbilical entre a obrigação garantida e o negócio de constituição de garantia, traduz-se, em regra, na circunstância de concretização da primeira se encontrar dependente da formalização simultânea da segunda, destarte compelindo as partes a formalizarem a garantia em termos análogos ao efectuado com o negócio garantido (muito embora nada se oponha à formalização da garantia em momento posterior ao da obrigação assegurada).<sup>229</sup>

Poderá inclusivamente suceder que o negócio principal não se encontre submetido a qualquer formalismo (podendo até ser celebrado por via electrónica),<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> O actual art.º 2787.º §3.º, do CCI apenas atende, para efeitos de obrigatoriedade de redacção de um documento escrito, ao valor do crédito assegurado: porém e tendo em conta que, normalmente, o valor do bem empenhado excede, por vezes amplamente, o daquele crédito, inclinamo-nos para a solução exposta no texto.

<sup>227</sup> Acerca destes aspectos, vide infra n.º 2 do Capítulo II.

<sup>228</sup> Veja-se a título meramente exemplificativo, a norma relativa ao mútuo civil (art.º 1143.º), nos termos da qual – sem prejuízo do disposto em lei especial – é condição de validade do negócio, quando a quantia mutuada exceder €2500, um documento assinado pelo devedor e, quando ultrapasse o €25000, impor-se-á mesmo a celebração de uma escritura pública.

<sup>229</sup> De la Santa García, ob. cit., pág. 63 e segs., realça que este desfasamento temporal entre os dois contratos (o qual se pode justificar pelo aumento superveniente do risco da operação ou de um reescalamento da dívida original) é particularmente evidente no caso das operações de crédito para a aquisição de valores mobiliários privados e públicos (muitas vezes através de ofertas públicas de venda), os quais, uma vez adquiridos, ficarão onerados em benefício do mutuante. Esta operação apresenta, para o mutuante, diversos riscos relacionados, por um lado, sobre o limite final do crédito (uma vez que, normalmente, a quantia mutuada corresponde ao preço de todos os valores que o mutuário pretende obter, embora, por força do rateio que usualmente caracteriza tais operações, venha obter um número inferior ao pretendido: para fazer face a este condicionalismo, muitas vezes os bancos inserem uma cláusula determinando que o montante definitivo do empréstimo fique condicionado ao resultado final da oferta pública de venda e ao preço total a pagar pelo mutuário) e, por outro, à oneração de um bem que, no momento da concessão do empréstimo, ainda não pertence ao mutuário (face ao qual os bancos se procuram precaver impondo, no momento da concessão do crédito, a celebração de um contrato-promessa de penhor, comprometendo-se o mutuário a formalizar o negócio definitivo no momento da aquisição dos valores: ainda assim, persiste o risco de o mutuário incumprir esta promessa – designadamente não comparecendo no acto de formalização do penhor -, razão pela qual os bancos procuram assegurar a sua posição, ora recebendo uma procuração do mutuário para realização de todas as operações relacionadas com a constituição do penhor – embora enfrentando o risco de criação de um negócio consigo mesmo -, ora apondo uma condição resolutiva no empréstimo, de acordo com a qual se conceda um prazo curto ao mutuário para, após a aquisição, formalizar o contrato definitivo de penhor), sendo certo que à formalização contemporânea do contrato de penhor se opõe a falta dos requisitos legalmente exigidos, ou seja, a ausência de propriedade dos bens onerados por parte do constituinte, o empossamento do credor ou de um terceiro e a identificação suficiente das coisas empenhadas.

<sup>230</sup> No nosso ordenamento, a chamada Lei do Comércio Electrónico (Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março), consente, nos termos do seu art.º 21.º, n.º 1, uma ampla liberdade de utilização deste meio de formalização de negócios jurídicos – ao permitir a livre celebração de contratos por via electrónica, sem que a sua validade ou eficácia possa ser comprometida

---

pela utilização deste meio (já depois de o art.º 20.º dispor que este regime se aplica a todo o tipo de contratos, comerciais ou não) -, com excepção daqueles que digam respeito às matérias enumeradas no n.º 2 (a saber, familiares e sucessórias; que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais; reais imobiliários, com excepção do arrendamento; de caução e de garantia, quando não se integrem na actividade profissional de quem as presta). Por outro lado, quando para um determinado negócio a lei imponha a forma escrita, esta encontra-se preenchida as declarações emitidas por via electrónica se encontrem em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação, nos termos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação (art.º 26.º, n.ºs 1 e 2 e Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, objecto de diversas alterações e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril). No direito espanhol, De la Santa García, ob. cit., pág. 27 e segs., evidencia como não se erguem obstáculos significativos à constituição de algumas modalidades de penhor por via electrónica (*maxime* o penhor de valores mobiliários), surgindo maiores dúvidas quanto à possibilidade da formalização, por essa via, dos contratos (nomeadamente empréstimos) garantidos por aquele penhor. Com efeito e embora partindo da regra geral da liberdade de forma para os contratos comerciais (cfr. art.º 51.º do Código de Comércio) e, por outro lado, do postulado geral da inexistência de qualquer entrave jurídico à formalização electrónica de empréstimos (no sentido em que os negócios formais devam, obrigatoriamente, revestir a forma escrita), porquanto a lei do comércio electrónico apenas exclui do seu âmbito as matérias relativas ao direito de família e das sucessões (aliás, no que especificamente respeita à prestação de serviços bancários e no seguimento da legislação comunitária, o Banco de Espanha – através da Circular n.º 3/2001, de 24 de Setembro – admite expressamente que as instituições de crédito possam formalizar electronicamente operações de crédito de montante inferior a 10 milhões de pesetas), as dúvidas prendem-se com as excepções (cfr. art.º 52.º do Código de Comércio), ou seja, com aqueles contratos que a lei qualifica como solenes, no sentido em que se encontrem sujeitos a um determinado formalismo (como sejam os créditos abrangidos pela lei de defesa do consumidor, a venda de bens móveis a prestações, os empréstimos hipotecários). Ora, quanto a estes, a questão é se esse formalismo terá que ser, imperiosamente, a forma escrita ou, ao invés, poderão os mesmos ser celebrados electronicamente, sobretudo porque algumas dessas normas parecem impor, inelutavelmente, a primeira opção: todavia, o Autor, depois de verberar a utilização de expressões como “forma escrita” ou “por escrito” por parte do legislador (argumentando que “*la escritura, no es cosa distinta a la utilización de una serie de signos o símbolos que, combinados entre sí según unas reglas o normas establecidas, somos capaces de descifrar y a los que otorgamos un determinado significado, permitiéndonos comunicarnos*”, pelo que “*no creemos pueda deducirse que el concepto “escrito” lleve implícito el requisito o la necesidad de que se realice en soporte de papel. La escritura es y a sido desde su origen susceptible de recogerse en cualquier tipo de soporte, como, por ejemplo, telas de fibra vegetal o animal, piedras, tabillas de madera, tabillas de barro, muros o paredes, etc.*”), conclui que, se o intuito da sujeição a escrito é, normalmente, a protecção do mutuário, dever-se-á permitir a este que “*elija el medio o soporte en el que quiere que se formalice la operación*” (até porque a sanção preconizada para o incumprimento da forma imposta por lei é a nulidade, o que conduziria, por absurdo, a que o próprio mutuante pudesse invocar a não redução a escrito do contrato, em prejuízo da parte que a imposição do formalismo negocial visa proteger, o mutuário), até porque as inovações tecnológicas – baseadas em chaves fechadas e assimétricas - asseguram “*la determinación de la identidad de los clientes, de la veracidad, integridad, contenido objetivo, confidencialidad, y ejecución de los contratos (...). Asimismo, la prueba de las operaciones descansa en soportes duraderos (...) cuyas garantías de autenticidad, integridad, e inalterabilidad son, en nuestra opinión, similares, cuando no mayores, que las de los documentos escritos en papel autorizados con firma manuscrita o autógrafa, donde la suplantación de personalidad, falsificaciones y estafas en general se suceden en la práctica con mayor frecuencia a la deseada. Por otra parte, y aunque resulte paradójico, en virtud de las copias de seguridad que se alimentan en los sistemas informáticos y los volcados diarios de información que diariamente se realizan con el objeto de proteger todos los datos almacenados, podría afirmarse que hoy en día el riesgo de pérdida o destrucción de los documentos formalizados en soporte papel puede ser superior a los documentos electrónicos*”. Em abono da sua posição, o Autor (Prenda de valores cit., pág. 196 e segs.) invoca decisões judiciais que deixaram de identificar o conceito de documento com o de “*escrito físico em papel*”, o Decreto-Lei n.º 14/1999, de 17 de Setembro (que atribuiu à assinatura electrónica o mesmo valor da firma manuscrita) o Decreto n.º 1906/1999, de 17 de Dezembro (que regula a contratação telefónica ou electrónica), os quais se inserem numa tendência global de generalização, especialmente no sector bancário e financeiro, do uso da Internet para formalização deste tipo de operações, considerando o Autor que a possibilidade de formalização de contratos à distância será perfeitamente legítima, desde que seja

mas o mesmo não aconteça com o penhor, em razão da necessidade de entrega material do bem onerado, excepto quando esta seja substituída por outra formalidade em ordem ao surgimento daquela garantia, como sucede com os valores mobiliários escriturais.<sup>231</sup>

Relativamente ao registo, bem se compreende que a sujeição ao mesmo apenas valha para bens que, pela sua própria natureza, sejam susceptíveis de identificação e diferenciação dos demais, restando, para os demais, a entrega efectiva ou alguma das demais formas que a tradição dos bens pode assumir (v.g. a tradição simbólica ou até o desapossamento material), desde que, neste último caso, seja salvaguardada a cognoscibilidade de tais garantias perante terceiros.

Haverá, ainda, que ponderar se este registo valeria apenas para os negócios de constituição de garantias ou, pelo contrário, também para os de compra e venda que recaíssem sobre os mesmos bens: embora esta segunda solução pudesse apresentar a vantagem de tornar o registo condição de oponibilidade de qualquer direito constituído sobre os bens móveis – ou, ao menos, sobre os empenháveis -, implicaria uma transformação substancial do nosso ordenamento jurídico, razão pela qual a primeira se afigura mais facilmente concretizável, na esteira do sucedido, por exemplo, no direito espanhol, a respeito da hipoteca mobiliária e do penhor não possessório.

---

identificado o cliente (através do respectivo documento de identidade), que este dê o seu consentimento, que o conteúdo do contrato seja guardado em suporte fiável e duradouro (que garanta a autenticidade dos contratos e ordens dadas pelo cliente) e se ofereça ao cliente a possibilidade de impressão imediata dos documentos recebidos por via electrónica (bem como de exigir a entrega física de tais documentos junto da entidade co-contratante): verificados estes requisitos, “*podría admitirse perfectamente la incorporación del clausulado del contrato a la web de la Entidad en Internet y que la firma electrónica o por claves de seguridad del mismo sustituya a la suscripción mediante firma autógrafa de los contratos*”.

<sup>231</sup> Acerca da forma de constituição de penhor sobre estes objectos, vide infra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II. No direito espanhol, De la Santa García, ob. cit., pág. 129, aponta como o exemplo o penhor de valores mobiliários (incluindo as participações em fundos de investimento), cuja formalização por via electrónica apenas será possível quando estes se encontrem representados através de anotações em conta ou quando, sendo titulados, os títulos ainda não tenham sido impressos e/ou entregues (utilizando-se o mesmo mecanismo para comunicar à sociedade emitente a oneração das participações), embora, em qualquer dos casos, “*La eficacia de la prenda será únicamente inter partes y frente a la sociedad, pero no frente a otros terceros (...). En cualquier caso, en algunos supuestos puede ser suficiente este tipo de garantía, a juicio de la entidad de crédito, en atención a las características de la operación o del propio cliente*”. Mais concretamente no que respeita ao penhor de valores mobiliários representados por anotações em conta, o Autor (ob. cit., pág. 215 e segs.) admite a sua formalização electrónica, desde que se cumpram os requisitos exigidos para a generalidade dos contratos (vide nota anterior) ou seja, identificação do cliente, manifestação da sua vontade com garantias de fiabilidade, clareza e autenticidade, através de chaves ou códigos secretos que consintam a identificação inequívoca do titular, nomeadamente através do recurso à assinatura digital), uma vez que as regras civilísticas dadas para o contrato de penhor não impõem, como condição de validade da garantia, a redução a escrito do contrato (sendo esta exigência imposta unicamente como condição de oponibilidade a terceiros – cfr. art.º 1865.º do CCE), nem tão pouco as regras específicas da oneração de valores mobiliários inviabilizam a formalização electrónica do contrato (excepto se, no momento da constituição da garantia, existirem certificados de legitimação emitidos, uma vez que, neste caso, a operação não pode ser concretizada enquanto tais certificados não forem devolvidos: assim sendo, quer se trate de formalização em papel ou por via electrónica, “*la operación no se podría perfeccionar hasta en tiempo real, por lo que la entidad de crédito, a pesar de que el titular de los valores haya emitido su consentimiento a través de la firma electrónica correspondiente, no podrá proceder a la inscripción en el registro correspondiente y al desglose de la cuenta hasta que no se le restituyeran los certificados existentes*”), de modo que “*se podrá formalizar el contrato de prenda a través de sistemas electrónicos, en especial Internet, sin que sea necesaria la intervención de fedatario público ni de Sociedad o Agencia de Valores, con plena eficacia frente a terceros*” (especialmente quando o titular dos valores disponha de assinatura electrónica e o credor seja a própria entidade registadora).

Todavia, ainda que se opte por um mero registo de ónus, o credor pignoratício que inscreva a sua garantia poderá opô-la, não só aos demais credores do empenhante, mas igualmente aos posteriores adquirentes de outros direitos sobre os mesmos bens.

Importa, por último, frisar que no domínio comercial não nos repugna a manutenção destas exigências de forma, sobretudo tendo em conta os montantes envolvidos nestas transacções, normalmente mais avultados do que no domínio civil, não constituindo, por isso, um entrave assinalável à fluidez do comércio em geral.<sup>232</sup>

#### 2.4.2.3 - Contrato-promessa de penhor

No âmbito da autonomia privada e em face do regime vigente, parece não se erguerem obstáculos à celebração de um contrato-promessa cujo objecto seja a concessão futura de um penhor, negócio não sujeito a qualquer exigência de forma (cfr. art.ºs 219.º e 410.º, n.º 1).<sup>233</sup>

Os efeitos que decorrem deste contrato são a vinculação das partes a realizar todas os actos e operações indispensáveis à constituição do direito real de garantia prometido, especialmente a prestação do consentimento e a entrega do bem ao credor ou a terceiro.<sup>234</sup>

Porém, este contrato-promessa não é especialmente protector para o futuro credor pignoratício, na medida em que, não podendo este pacto ter eficácia real (cfr. art.º 413.º, n.º 1, *a contrario*), o seu direito não é oponível a terceiros, pelo que deverá ceder perante outros direitos constituídos entre a celebração da promessa e a conclusão do contrato definitivo.<sup>235236</sup>

---

<sup>232</sup> Um autor italiano (Faggella, ob. cit., pág. 71) comentando as críticas que à época se faziam relativamente ao facto de o Código de Comércio então vigente ter mantido os requisitos formais previstos na lei civil para a oponibilidade do penhor a terceiros, apoiava a opção legislativa argumentando que o documento escrito não se encontrava sujeito a formalidades especiais (e que, portanto, qualquer pessoa minimamente capaz estaria apta a subscrevê-lo) e, sobretudo, que tais formalidades não se traduzem num empecilho à constituição de penhores (pois considera que a redacção de um simples escrito não leva mais de uns minutos e, em contrapartida, torna consideravelmente mais fácil a prova do direito, protegendo os direitos e a boa fé de terceiros) e porque, mesmo podendo tratar-se de um documento privado, depois de registado e ter adquirido a certeza da data se torna apto a proteger os terceiros.

<sup>233</sup> Aceitam inequivocamente esta possibilidade, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., págs. 61 e 62 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 142 e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 689 (considerando não serem extensíveis ao penhor as razões que justificam a inadmissibilidade do contrato-promessa quanto aos contratos reais de carácter liberal ou assentes numa base de confiança, como o comodato e o mútuo).

<sup>234</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1873.

<sup>235</sup> Aliás, o mesmo sucede com o contrato definitivo de penhor, para cuja constituição se requer, em regra a entrega do coisa, razão pela qual aquele que celebre um contrato de penhor sem que tenha havido a entrega da coisa nos termos previstos na lei será preterido por quaisquer outros direitos entretanto criados sobre o mesmo bem até ao momento em que se verifique a entrega.

<sup>236</sup> No direito espanhol, o art.º 1862.º do CCE dispõe que a promessa de constituição de penhor apenas confere uma acção pessoal - e não real - entre os contraentes (sem prejuízo da eventual responsabilidade penal, em caso de dação em penhor de bens como livres quando os mesmos estivessem previamente oneradas ou quando o empenhante simule ser dono das coisas a onerar e estas não lhe pertençam): Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1872e 1873, considera que ausência de eficácia real deste contrato é o corolário do facto de o direito real de penhor apenas surgir aquando do cumprimento de todas as formalidades legalmente prescritas para o efeito (*maxime*, no caso do penhor, a entrega do bem ao credor ou a um terceiro) e, por isso, se mesmo o contrato definitivo desprovido do cumprimento daquelas formalidades não produz efeitos reais, por maioria de razão também os não poderá produzir um mero contrato-promessa. Em termos aproximados, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 476 e 477, entende que a promessa atribui apenas ao promissário o direito de exigir a celebração do contrato

Por outro lado, também se poderão colocar problemas no que concerne ao incumprimento do contrato-promessa e aos direitos que ao promitente fiel assistem nestas circunstâncias, designadamente caso este opte pelas normas específicas reguladoras da violação destes pactos (cfr. art.ºs 442.º e 830.º).<sup>237 238</sup>

O primeiro destes preceitos não será muito frequentemente invocado, pois não será muito comum as partes num contrato-promessa desta índole acordem na prestação de sinal, mas já o segundo poderá ser mais amiúde chamado à colação pairando, então, a dúvida se “*a natureza da obrigação assumida*” (cfr. art.º 830.º, n.º 1,) se opõe à execução específica.

Em nosso entender, a execução específica do contrato-promessa de penhor poderá ser prejudicada, por um lado e nos mesmos termos em que o é qualquer negócio similar, quando o promitente-empenhador aliene o bem a terceiro (uma vez que, neste caso, a execução específica conduziria à oneração de um bem alheio)<sup>239</sup> e, por outro e em razão da exigência da entrega do bem onerado ao credor ou a terceiro, tendo em

---

definitivo (e, em caso de incumprimento, o consentimento pode ser substituído pela correspondente decisão judicial, porquanto não se trata de uma obrigação pessoalíssima do promitente faltoso cujo cumprimento não possa ser judicialmente suprido) e, apenas depois da conclusão deste, será possível cumprir os demais requisitos (v.g., a entrega do bem ao credor) indispensáveis para o surgimento do direito real. Já para Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil: derechos reales, Bercal, 2005, pág. 300, a execução específica deste contrato-promessa apenas poderá ter lugar quando o bem onerado e a obrigação assegurada se encontrem perfeitamente identificados e aquele bem pertença ao promitente incumpridor (quando tais requisitos não se verifiquem, restará ao credor pignoratório obter uma indemnização pelos danos e prejuízos sofridos). Segundo Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2143, do mesmo modo que, incumplido um contrato definitivo de penhor, fica o empenhante obrigado a adoptar todos os comportamentos destinados à efectiva constituição da garantia (nomeadamente, empossando o credor ou um terceiro do bem onerado), podendo, caso tal não se verifique, o credor obter a execução forçosa do mesmo (desde que cumpridos os requisitos legais exigidos para esta garantia e para aquela execução), também o promitente fiel de um contrato-promessa de constituição de penhor poderá lograr o mesmo efeito, por via da execução específica (desde que a promessa contenha os elementos essenciais do negócio prometido): em qualquer caso, não se verificando tais requisitos (por exemplo, se o bem já não pertencer ao promitente empenhador), restará ao promitente fiel o ressarcimento por via indemnizatória.

<sup>237</sup> Problemas que, pelo contrário, se não suscitam caso o promitente fiel opte pelas regras gerais do incumprimento dos contratos. Se assim for, cumpre distinguir consoante haja mora (caso em que há lugar a indemnização moratória) ou incumprimento definitivo (caso em que o promitente cumpridor poderá resolver o contrato e exigir uma indemnização). Neste último caso, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 143 e Rubino, Il pegno cit., pág. 228, entendem perder o concedente o benefício do termo, por não ter dado a garantia prometida (e o Autor italiano acrescenta que se a coisa se perder ou deteriorar, mesmo por caso fortuito, de modo a tornar insuficiente a garantia insuficiente, pode o credor requerer a prestação de garantia sobre outros bens e, se isso não suceder, exigir o cumprimento imediato da obrigação – ou seja, defende a aplicação da norma análoga ao art.º 701.º do nosso Código Civil).

<sup>238</sup> Em face do direito espanhol, Paz-Ares Rodríguez, ob. cit., pág. 1873, opina que o promitente fiel pode optar pelo suprimento judicial do consentimento do promitente incumpridor (embora o Autor relate a existência de algumas decisões judiciais negando esta via) ou, em alternativa, pedir a rescisão da obrigação principal (invocando a natureza essencial da garantia para a conclusão do negócio), sem prejuízo de eventuais indemnizações pelos danos sofridos. Por seu turno, López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 442, destaca como, em caso de incumprimento, o promitente fiel poderá apenas reclamar uma indemnização pelos danos sofridos, mas já não a execução específica do contrato.

<sup>239</sup> Defendendo a mesma solução a propósito da promessa de compra e venda, mas com aplicação, *mutatis mutandis*, à promessa de penhor, Almeida Costa, Direito das obrigações cit., págs. 424 e 425. Outra hipótese normalmente apontada como impedindo a execução específica dos contratos-promessa, prende-se com a natureza infungível da prestação prometida (cfr., por todos, Antunes Varela, Das obrigações em geral, 10.ª Edição, Almedina, 2000, Vol. I, págs. 366, dando como exemplos os contratos de trabalho, empreitada, ou sociedade), mas esta, salvo melhor juízo, não assume relevância no âmbito das garantias reais, em que o elemento relevante para as partes, nomeadamente para o credor, é o bem onerado e não a pessoa que o onera.



conta que a declaração negocial emitida pelo tribunal não é bastante para a produção de efeitos do negócio.<sup>240</sup>

Ainda assim, não falta quem reconheça a legitimidade do recurso à execução específica do contrato-promessa de penhor, declarando que a natureza da obrigação assumida apenas constituirá obstáculo à respectiva execução específica nos termos gerais,<sup>241</sup> isto é, desconsiderando a questão atinente à necessidade de entrega do bem, posição esta que subscrevemos, porquanto embora o suprimento judicial da declaração de vontade do promitente empenhante não baste para o nascimento do direito real de penhor, o seu desapossamento pode ser obtido por outra via (v.g., execução para entrega de coisa certa).

Claro está que, para aqueles penhores cuja constituição não se exija tal entrega, é inequívoco que a recusa da execução específica da promessa de outorga daquela garantia apenas poderá advir do regime ditado para a generalidade dos negócios da mesma natureza.

Questão interessante é a de saber se, tendo o vindouro credor pignoratício obtido a tradição do bem, tal facto determinará automaticamente a conclusão do contrato definitivo de penhor, porquanto este negócio não se encontra sujeito a qualquer exigência de forma, mas tão somente à entrega do bem ao credor ou a terceiro.

Daí que, nestes casos, RUBINO considere, na dúvida,<sup>242</sup> estarmos perante um contrato único de formação progressiva (e não perante dois contratos distintos, o promessa e o prometido), que apenas se torna completo pela entrega do bem, mas sem efeitos retroactivos.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Almeida Costa, *Direito das obrigações cit.*, pág. 423, declara, com base neste argumento, a insusceptibilidade de execução específica do contrato-promessa de penhor. Em termos aproximados, Antunes Varela, *Das obrigações em geral cit.*, Vol. I, págs. 366 e 367, uma vez que, embora não se refira expressamente ao penhor, afirma: “*Há casos, como acontece nos contratos reais (mútuo, comodato, depósito), em que à perfeição do contrato não basta o mútuo consenso das partes. Ao mútuo consenso tem que acrescer ainda um acto material de entrega da res, que a lei capricha em deixar entregue à livre decisão de uma das partes até à consumação do acto*”.

<sup>241</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 143 (considerando que “*A obrigação de dar em garantia deve poder ser executada especificadamente mediante sentença judicial, nos termos gerais em que se admitir para as obrigações de contratar*” e, embora aceite que o contrato prometido apenas se perfecciona com a entrega da coisa, se o promitente não cumprir a obrigação de concluir o contrato definitivo, além da decisão judicial que supra a sua declaração de vontade, pode ainda obter-se “*a entrega da coisa mediante execução para entrega de coisa móvel*”) e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 227, (recorde-se que, no entendimento deste último Autor forma um todo unitário com o contrato definitivo, pelo menos presumivelmente) admitem a execução específica do contrato-promessa de penhor (o Autor italiano ressalva, todavia, casos em que tal execução se torne impossível, apontando como exemplo a destruição do bem objecto da promessa). A jurisprudência nacional encontra-se dividida, sendo a execução específica reconhecida no Acórdão do STJ de 16/2/1995, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (em causa estava um penhor de quotas de uma sociedade), mas recusada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8/3/1994 (considerando, precisamente, que a tal se opõe a natureza da obrigação assumida). Quando, porém, o promitente empenhante seja um terceiro relativamente à obrigação principal, a acção de execução específica do contrato-promessa de concessão de penhor deverá ser proposta apenas contra este terceiro, por ter sido este o único sujeito a assumir, perante o credor, a obrigação de prestação futura de garantia (salvo quando o devedor tenha assumido, conjuntamente com o terceiro, perante o credor essa obrigação, hipótese na qual ambos deverão ser demandados).

<sup>242</sup> Especialmente caso já haja sido redigido o documento escrito erigido pela lei transalpina como condição de oponibilidade do direito de penhor.

<sup>243</sup> *Il pegno cit.*, págs. 227 e 228. Considera este Autor que, antes da entrega, o contrato apenas produz efeitos preliminares (traduzidos, essencialmente, na irrevogabilidade da obrigação assumida e na necessidade de entregar o bem) que fazem surgir na esfera jurídica do credor um direito pessoal à entrega. Por outro lado e perante a objecção que esta obrigação de entrega transformaria o contrato de penhor num contrato consensual, Rubino responde que tal apenas se verificaria se o próprio penhor nascesse por mero efeito do consenso, o que não sucede (sendo, por isso, perfeitamente admissível que, durante a fase de

VAZ SERRA,<sup>244</sup> entende ser este um problema a resolver de acordo com a interpretação das declarações negociais das partes, embora concorde que, antes da entrega, o contrato de penhor produz apenas efeitos obrigacionais.

### 3 - Objecto do penhor

#### 3.1 - Considerações gerais

Como atrás se referiu, a garantia pignoratícia recairá sobre coisas móveis, créditos ou direitos não susceptíveis de hipoteca (cfr. art.º 666.º, n.º 1),<sup>245 246</sup> podendo incidir sobre mais do que um bem para garantia do mesmo crédito.

Desde logo e atenta a amplitude da noção legal de coisa (“*tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas*” – cfr. art.º 202.º, n.º 1), ficando excluída, desde logo, a empenhabilidade das pessoas ou de partes do seu corpo.<sup>247</sup>

Num outro plano, cumpre frisar que, ainda que os bens obedeçam aos requisitos acabados de expor, a sua empenhabilidade depende do cumprimento das exigências previstas, em geral, para os objectos dos negócios jurídicos (cfr. art.º 280.º).<sup>248</sup>

Do exposto decorre, por outro lado, não poderem ser dados em penhor as coisas imóveis,<sup>249</sup> bem como as móveis que sejam passíveis de hipoteca,<sup>250</sup> como sucede com

---

formação de um contrato real *quoad constitutionem*, possam surgir efeitos preliminares de natureza obrigatória, sem que isso lhes retire aquela natureza). Uma vez que antes da entrega não existe ainda o direito de penhor, não pode o (pretenso) credor pignoratício exercer as faculdades associadas a esse direito, nomeadamente o direito de preferência, de sequela e de venda do bem.

<sup>244</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 142 a 144.

<sup>245</sup> Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, , pág. 685, a não susceptibilidade de hipoteca refere-se tanto aos direitos, como às coisas.

<sup>246</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58 págs. 72 a 74 parece admitir o penhor sobre bens móveis para os quais a lei admita a hipoteca (nomeadamente os automóveis e os navios), defendendo que “*É certo que um navio ou um automóvel, entregues ao credor, não ficarão muitas vezes susceptíveis de navegação ou circulação, pois o empenhador nem sempre quererá autorizar o credor a usar assim essas coisas. Mas, se ele prefere que a coisa seja entregue ao credor, como penhor manual, por que razão se há-de impedir que o faça? Acresce que bem pode o empenhador, entregando o automóvel ou o navio ao credor, autorizá-lo a fazer navegar ou circular essas coisas (...). A circunstância de, não obstante a entrega do navio ou do automóvel ao credor pignoratício, poder o empenhador hipotecá-los, com inscrição no registo, não é suficiente para excluir a possibilidade daquele penhor. Que este não prevaleça então contra a hipoteca, embora registada depois, compreende-se (...).*” No entanto, o próprio Autor manifesta, mais adiante, algumas reticências relativamente ao penhor de bens legalmente hipotecáveis “*podendo estas coisas ser hipotecas e defendendo a hipoteca melhor, pelo registo, os interesses de terceiros, talvez seja preferível não admitir o penhor. Se o proprietário quiser entregar a coisa ao credor hipotecário, pode fazê-lo, podendo mesmo a hipoteca ser acompanhada de um pacto anticrético (...).*”

<sup>247</sup> Neste sentido, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 105 e 106, realçando que a noção de coisa, apesar de potencialmente abranger tudo o que não seja a pessoa, deve pressupor a existência de certos elementos comuns, como sejam a existência autónoma ou separada, a possibilidade de apropriação individual exclusiva por parte de alguém e a aptidão para satisfazer necessidades ou interesses humanos.

<sup>248</sup> Sobre esta problemática, vide infra n.º 2.1 e 2.2 do Capítulo II.

<sup>249</sup> Negando a possibilidade de dar em penhor um imóvel (mais precisamente a prestação de caução através do penhor de um imóvel), veja-se do Acórdão da Relação de Lisboa de 25/11/1993, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Dando conta da existência da figura do penhor imobiliário no direito comparado, vide Almeida Costa, Penhor imobiliário, in Temas de história do direito, Separata do BFDUC, 1970, pág. 300 e segs..

<sup>250</sup> Almeida Costa, Direito das obrigações cit., págs. 921 e 922, nota 4, esclarece que a não hipotecabilidade é um requisito válido, tanto para as coisas, como para os direitos, considerando, porém, que a deficiente redacção do n.º 1 do art.º 666.º possa inculcar a ideia, errada, que tal requisito se reportaria apenas a estes últimos.

os meios de transporte,<sup>251</sup> tais como veículos automóveis,<sup>252</sup> os navios<sup>253</sup> e as aeronaves,<sup>254</sup> à imagem do que sucede noutras latitudes,<sup>255</sup> embora tenham sido equacionadas outras alternativas para a dação em garantia de alguns destes bens.<sup>256</sup>

<sup>251</sup> De acordo com Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 465, estes bens possuem determinadas características que permitem afastar a tradicional renitência à consagração de hipotecas sobre bens móveis, como sejam a sua fácil identificação e o relativamente reduzido número de negócios de disposição e oneração sobre os mesmos, o que possibilita a organização de um sistema de publicidade capaz de afastar a regra da posse vale título e conceder ao seu titular um verdadeiro direito de sequela (em termos aproximados, Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 289).

<sup>252</sup> Recusando expressamente esta possibilidade, vide o Acórdão da Relação de Évora de 4/10/19777, in CJ 1977, pág. 907 e segs., considerando esta garantia como nula por ser contrária à lei. Todavia, Rui Pinto Duarte, *ob. cit.*, pág. 230, assevera que “*são empenháveis bens que, embora pertencentes a uma categoria de bens sujeitos a registo, não preenchem (já não preenchem ou ainda não preenchem) os requisitos necessários para que os direitos sobre eles sejam registáveis (como sucede com os automóveis antes de cumpridas as formalidades administrativas prévias ao seu registo)*”.

<sup>253</sup> Na vigência do Código de Seabra foi discutida a possibilidade de o navio ser dado em penhor, inclinando-se a doutrina maioritária (cfr. Joaquim Bastos, págs. 34 a 38 e Marques de Carvalho, *ob. cit.*, págs. 34 a 36) para uma resposta negativa (os fundamentos desta recusa residiam na consideração dos navios como coisas móveis de natureza peculiar ou artificial, na inexistência de norma expressa que o admita - de estranhar tendo em conta a minúcia com que o legislador comercial regulou a matéria do comércio marítimo -, na irrazoabilidade da coexistência de penhores e hipotecas sobre um mesmo bem e na preferência do Código Comercial por esta última garantia, tendo em conta os inconvenientes que a imobilização do navio, imposta pelo penhor, acarretaria). Também em face do direito espanhol Vallet de Goystisolo, *Estudios sobre las garantías reales*, 2.º Edição, Madrid, Montecorvo, 1984, pág. 207 e segs., alude ao facto de em alguns ordenamentos (v.g. a lei francesa de 1874 sobre penhor do navio) se falar de um penhor registado quando, efectivamente do que se trata é de verdadeiras hipotecas mobiliárias, destacando que a diferença entre estas duas garantias reside essencialmente na ausência ou presença da entrega da coisa ao credor (no direito espanhol, desde as Partidas que a hipoteca poderia recair sobre móveis e imóveis: porém, por influência francesa, a lei hipotecária e o próprio Código Civil apenas permitem a hipotecabilidade de imóveis, tornando assim necessário o recurso a uma *fictio iuris* para admitir a hipoteca naval e aérea).

<sup>254</sup> O regime legal destas garantias consta, respectivamente, do Registo Automóvel (constante do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 242/82, de 22 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 182/02, de 20 de Agosto – este último diploma prevê, nos art.ºs 27.º e 27.º-D, a organização do registo automóvel em ficheiro central informatizado, podendo qualquer interessado obter os dados relativos à situação jurídica de um veículo), do Regulamento da Náutica de Recreio (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 329/95, de 9 de Dezembro, que revogou o anterior regime constante do Decreto-Lei n.º 439/75, de 16 de Agosto) e o Registo Internacional de Navios da Madeira (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 393/93, de 23 de Novembro) e, por último, do Registo Aeronáutico Nacional (nos termos do art.º 6.º, alínea i), dos Estatutos do Instituto Nacional de Aviação Civil, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 133/98, de 15 de Maio). No direito francês, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 537, negam a possibilidade de dar em penhor barcos, navios e aeronaves (precisamente porque estes bens podem ser objecto de uma outra garantia sem desapossamento prevista na lei com carácter geral, pelo que a admissibilidade do penhor traduzir-se-ia num potencial prejuízo para os terceiros), mas admitem o penhor de automóveis, pois consideram que as garantias previstas especificamente na lei sobre este bem têm uma vocação específica (financiamento da aquisição desses bens) e o seu regime deverá, por isso, ser moldado de acordo com o direito comum.

<sup>255</sup> Por exemplo em França, desde tempos remotos existe a hipoteca marítima (que tem como objecto os navios destinados a circulação no mar, embora, em face do regime actual, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 467, a garantia pode incidir sobre outro tipo de embarcações – como dragas – e até sobre as próprias plataformas de exploração, abrangendo também os melhoramentos introduzidos na embarcação, assim como as indemnizações devidas ao proprietário da mesma), fluvial (recaindo sobre barcos de recreio que circulem nos demais cursos de água) e sobre aeronaves – sobre este assunto, vide Hardel, *ob. cit.*, pág. 166 e segs., defendendo, *de iure condendo*, a mesma solução relativamente aos automóveis, tendo em conta a sua perfeita individualidade e a facilidade de organização de um registo, tendo por base, por exemplo, a carta verde destinada a permitir a sua circulação. Actualmente e de acordo com Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 635 e segs., a primeira destas garantias consta dos art.ºs 43.º a 57.º de uma Lei de 3/1/1967, da qual merecem especial referência a impossibilidade de a garantia recair sobre a totalidade da frota, a admissibilidade de, em caso de uma viagem de navegação

Este tipo de garantias, à imagem das suas congéneres imobiliárias, caracterizam-se pela necessidade de inscrição num registo, embora não raramente este não seja o

---

longa e perigosa, o credor solicitar o pagamento imediato da dívida ou um suplemento de garantia (Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 542, destacam que a publicidade é efectuada junto da alfândega do local onde ou navio se encontra matriculado, onde existe um registo específico para o efeito, conferindo esta publicidade um direito de sequela completo, realçando ainda a possibilidade, consentida pela jurisprudência, de o devedor confiar ao credor a exploração do navio, podendo este apropriar-se das receitas até ao limite do valor do seu crédito (embora, como salientam Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 468, esta figura gere dúvidas quanto à sua natureza jurídica, qualificando-a alguns como uma anticrese, à qual os Autores se opõem, contrapondo que essa faculdade de exploração do bem se compreende na liberdade contratual das partes ao conformar o conteúdo da hipoteca, não constituindo, *per se*, uma garantia autónoma). Já a hipoteca naval encontra guarida no Código das Vias Navegáveis, por seu turno integrado no Código do Domínio Público Fluvial e da Navegação Interior (sendo o registo efectuado junto do tribunal de comércio do local de matrícula da embarcação, sendo as demais regras muito similares às da hipoteca marítima). Finalmente, a hipoteca aeronáutica encontra acolhimento nos art.ºs L. 122-1 e segs. do Código da Aviação (segundo Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 543, o registo será efectuado no Ministério encarregue da aviação civil, obedecendo a regras muito próximas das da hipoteca fluvial), de acordo com os quais a garantia pode recair sobre a aeronave (incluindo os instrumentos de bordo destinadas a funcionar, de forma contínua, em benefício do aparelho) ou sobre uma inteira frota aérea (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 472). Também em Espanha a hipoteca naval encontra reconhecimento legislativo desde a lei de hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893 (posteriormente regulada no art.º 580.º do Código de Comércio, norma esta que, segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., págs. 175 e 176, confere ao titular desta garantia um verdadeiro direito de sequela, embora as exigências relativas à segurança do comércio jurídico determinem que essa sequela se extinga num prazo breve, nomeadamente em caso de venda do navio em hasta pública ou decorridos três meses desde a venda voluntária efectuada durante a viagem), enquanto a hipoteca sobre aeronaves, embora decorresse já de convenções internacionais ratificadas pelo Estado espanhol, foi regulada na Lei de Hipoteca mobiliária de 1954, especialmente no art.º 41.º, cedendo, em caso de concurso, perante os créditos privilegiados consagrados na Lei da Navegação Aérea de 21 de Julho de 1960 (cfr. art.º 133.º). No caso espanhol, merecem referência as normas relativas à identificação do objecto sobre o qual recai cada uma destas garantias, sendo que a hipoteca naval pode incidir sobre embarcações no sentido comum do termo, mas igualmente sobre *“cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial”* (por isso, como diz Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 186, basta que *“una embarcación o aparato flotante sea susceptible de ser destinada a la navegación comercial (marítima o fluvial) para que adquiera la condición de buque”*); quanto às aeronaves, a noção prescinde de qualquer referência à utilização a dar às mesmas, podendo a garantia incidir sobre *“toda construcción apta para el transporte de personas o cosas, capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores”* (com base nesta definição legal, Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 187 e segs., entende que *“son consideradas jurídicamente aeronaves las de turismo, recreo, deporte, instrucción, si son de propiedad privada, experimentación y trabajo aéreo distinto del transporte”*, com exclusão das aeronaves não alienáveis – as pertencentes ao Estado ou sejam usadas com fins policiais, aduaneiros ou militares – das não inscritas no registo e das não asseguradas). Todavia, hoje a hipoteca naval encontra-se regulada no art.º 38.º da lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento, nos termos do qual poderão ser objecto desta garantia as aeronaves inscritas no registo, abrangendo a garantia, salvo pacto em contrário, a célula, motores, hélices, aparelhos de rádio e navegação, ferramentas, acessórios e, em geral, os apetrechos destinados ao serviço da aeronave, mesmo que separáveis desta (art.º 39.º).

<sup>256</sup> Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 209, alude, a propósito do navio, ao recurso à figura do penhor, mas com o desapossamento a ser efectuado através da entrega do registo de propriedade ao credor ou do registo nesse documento da constituição da garantia ou da entrega do navio a um representante do credor (solução esta contestada pelo Autor, tendo em conta os seus inconvenientes: *“si el cargo lo desempeña el propio capitán, se daba en él una representación de intereses contradictorios y en otro caso la presencia del custode en el buque a nombre del acreedor significaba una vigilancia molesta para el deudor y unos gastos que gravaban su industria sin contrapartida alguna”*). O Autor descarta ainda o recurso a figuras de natureza fiduciária (como a alienação fiduciária, a venda com reserva de propriedade ou a transmissão com pacto de retrovenda), considerando que *“no resuelven satisfactoriamente la debida proporción del medio utilizado, pues se producen unos efectos jurídicos que exceden el fin perseguido y que prácticamente eliminan la posibilidad de obtener más crédito sobre el buque”*.

mesmo para a totalidade dos bens hipotecáveis,<sup>257</sup> muito embora por vezes surjam entraves adicionais, como sucede, no direito espanhol, com a impossibilidade de um bem ser empenhado quando, previamente, este tenha sido onerado com um penhor sem desapossamento (art.º 5.º da LHMPSD).<sup>258</sup>

Nalguns direitos, é particularmente interessante a possibilidade de estas hipotecas recaírem sobre bens futuros<sup>259</sup> e de alguns destes bens serem entendidos como bens compostos, o que facilita a possibilidade de recurso à sub-rogação real:<sup>260</sup> não obstante, o regime legal padece de algumas deficiências no que respeita à protecção do credor face ao perigo de desvalorização<sup>261</sup> ou de deslocalização dos bens.<sup>262</sup>

---

<sup>257</sup> No direito francês, por exemplo, a hipoteca marítima é inscrita no registo gerido pelas entidades aduaneiras, enquanto a hipoteca fluvial será registada no tribunal do comércio do local da matrícula da embarcação.

<sup>258</sup> Assim, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 711, pois seria irrazoável negar a posse do bem ao primeiro credor pignoratício e atribuí-la ao segundo (embora esclarecendo que, quando tal circunstancialismo não se verifique, os bens passíveis de penhor sem desapossamento podem ser empenhados de acordo com o regime civilístico geral).

<sup>259</sup> De acordo com Vallet de Goystisol, ob. cit., págs. 186 e 19, a garantia pode constituir-se sobre navios em construção, desde que “*este invertido en ella la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuestado el valor total del casco*” e sobre aeronaves em construção “*cuando de hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuestada, a cuyo fin se inscribirán provisionalmente en el Registro Mercantil para pasar a definitiva su inscripción una vez terminada la construcción*” (cfr. art.º 38. da lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento). Também em face do direito francês, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 467 e segs. realçam a licitude de hipotecas marítimas e fluviais sobre barcos ou navios em construção (destacando como a oneração deste tipo de bens futuros exige a apresentação de uma declaração do proprietário que identifique o *quid* a hipotecar), assim como de uma aeronave nas mesmas circunstâncias (ressalvando, contudo, que tal facto deve ser declarado no registo).

<sup>260</sup> Sempre segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 191 e segs., a lei determina que as aeronaves e as embarcações sejam consideradas como coisas compostas (ou seja, como “*Conjugación física de cosas que forma una unidad económica de destino, que permanece, aunque cambien sus partes componentes, en sucesivas reparaciones hasta el punto de no quedar ni una sola de las primitivas*”), ao estabelecer, para os navios, que, juntamente, com o casco, responderão pela dívida hipotecária, salvo pacto em contrário, “*el aparejo, respetos, pertrechos, y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen e la sazón en el dominio de la nave hipotecada; los fletes (...) y las indemnizaciones que al buque correspondan por abordaje u otros accidentes que den lugar a quellas, y por la del seguro, caso de siniestro*” e, para as aeronaves, que a garantia compreenderá “*la célula, los motores, hélices (hoy, en su caso, turborreactores), aparatos de radio y navegación, herramientas accessorias, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de esta*”, considerando esta enumeração não taxativa). Com base nesta natureza composta, o Autor defende a separabilidade das partes componentes e integrantes, isto é, em caso de compra de alguns desses bens por terceiros, a hipoteca não continuará a onerá-los (embora admita algumas excepções quando esses bens desafectados sejam identificáveis – v.g., peças de navios a aeronaves – ou quando, não obstante a alienação, a relação de pertinência com o bem originariamente hipotecado se mantenha), considerando o Autor que assiste ao credor o direito de se opor à substituição de elementos do bem hipotecado por parte do devedor, especialmente quando tal operação represente uma diminuição da garantia (para além disso, a lei sobre hipoteca naval admite expressamente a sub-rogação do credor, em caso de sinistro, na indemnização devida pelo seguro, o qual é obrigatório, desde que o credor hipotecário notifique a seguradora da existência da garantia).

<sup>261</sup> Como salienta Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 196 e segs., este tipo de bens, além de algumas das suas partes integrantes serem fungíveis e consumíveis (o que contribui para que o período de vida útil destes bens seja curto), encontra-se sujeito a rápida depreciação em razão da constante evolução tecnológica. Como solução alternativa, o Autor propõe, *de lege ferenda*, a hipoteca de toda a frota naval ou aérea no momento da execução da garantia (à imagem do *floating charge* britânico) ou de toda a empresa de transporte aéreo (à semelhança da hipoteca de empresa de transporte aéreo mexicana), de modo a que os novos bens venham suprir a desvalorização total ou parcial dos mais antigos. Todavia, esta solução não se coaduna com a lei espanhola, fiel ao princípio da especialidade, pelo que, em face do direito vigente, a alternativa proposta pelo Autor é “*que se hipotequen, conjuntamene con la nave o*

Algumas destas coisas, apesar da sua qualificação como bens móveis, encontram-se sujeitas a um regime parcialmente diverso, em especial naqueles ordenamentos em que vigora o princípio da posse vale título.<sup>263</sup>

No entanto, para ser objecto de penhor, não basta que o bem em questão seja insusceptível de hipoteca, existindo alguns requisitos adicionais que devem ser observados.<sup>264</sup>

Desde logo, os bens em questão deverão estar no comércio<sup>265</sup> (destarte excluindo aqueles bens que não sejam susceptíveis de comércio jurídico ou relativamente aos quais a lei exclua a sua transmissão).<sup>266</sup>

Esta exigência compreende-se, porquanto, em sede de execução do penhor, a coisa empenhada poderá vir a ser vendida ou adjudicada,<sup>267</sup> por isso mesmo se exigindo que os potenciais objectos da garantia sejam alienáveis<sup>268</sup> e cedíveis.

---

*aeronave, las piezas de recambio convenientes, situadas en lugares determinados convenidos en la constitución de la hipoteca”.*

<sup>262</sup> Este perigo é acautelado, na hipoteca naval, pela proibição de alienação do bem hipotecado a um estrangeiro sem prévio pagamento do credor hipotecário. Porém, na hipoteca de aeronaves, tal proibição não existe, tanto mais que conflituaria com normas internacionais - Vallet de Goystisoló, ob. cit., págs. 198 e 199.

<sup>263</sup> A título de exemplo, no direito espanhol os navios, apesar de considerados bens móveis, possuem um regime diverso destes no que concerne à exigência de forma escrita para a sua transmissão ou oneração, à necessidade de inscrição dessas vicissitudes no registo, à própria possibilidade de serem hipotecados e, sobretudo, à não sujeição à regra da posse vale título (o que se justifica pela desnecessidade de tutelar a boa fé de terceiros, os quais serão advertidos, de forma clara, pela inscrição no registo, da titularidade dos referidos bens, assim como dos ónus que sobre eles impendem) - Vallet de Goystisoló, ob. cit., págs. 201 e 202.

<sup>264</sup> Em termos gerais Mirabelli, ob. cit., pág. 385, defende que não são empenháveis os bens insusceptíveis de restituição *in natura*, cuja posse não possa ser conferida ao credor e, no caso de um crédito, não possa a constituição do penhor ser notificada ao devedor do crédito empenhado.

<sup>265</sup> Prescreve expressamente esta exigência o art.º 1864.º do CCE. Neste mesmo ordenamento e por força de tal norma, Mejías Gómez, *Prenda de participaciones cit.*, págs. 605 e segs., refuta a possibilidade de o penhor recair sobre acções ou participações sociais antes do registo da sociedade ou, em caso de aumento de capital, do registo do mesmo (admitindo unicamente, nestas duas hipóteses, a celebração de um contrato-promessa de penhor), com fundamento no art.º 62.º da LSA e no art.º 28.º da LSRL, que estabelecem a proibição de entrega ou transmissão de acções ou participações sociais antes do registo. Já Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2145, aponta como exemplo de bens fora do comércio os créditos tributários, salvo disposição legal em contrário.

<sup>266</sup> Paz-Ares Rodríguez, ob. cit., pág. 1879 e Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 503 (este último concretizando que os bens, para serem empenhados, devem ser susceptíveis de direitos privados patrimoniais).

<sup>267</sup> Assim, expressamente, Puig Brutau, ob. cit., pág. 25, Chironi, ob. cit., pág. 451, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 31 e 32, Alex Weil, ob. cit., págs. 78 e 79, Guillouard, ob. cit., pág. 55 e Baudry-Lancantinerie, ob. cit., pág. 22. Questão discutida é a de saber se poderão ser dados em penhor os bens ou direitos em relação aos quais se pode ceder apenas o exercício e, a este propósito, duas posições antagónicas se perfilam. Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 202 (com a concordância de Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 131 e 132), entende que não, argumentando que o penhor implica uma alienação hipotética futura do bem ou direito empenhado, com a conseqüente transmissão da respectiva titularidade (admite apenas a constituição de um direito pessoal de gozo a título de garantia, estabelecendo que o produto da venda seja descontado nos juros e capital do crédito). Pelo contrário, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 64, nota 91, admite a constituição do penhor nestes casos, adquirindo o comprador apenas o direito de exercício que poderia ter sido cedido: por nossa parte, subscrevemos esta última posição, na medida em que a dação em penhor não afecta a titularidade do direito cujo exercício se onerou, não conflituando, por isso, com a posição de terceiros eventualmente titulares do direito cujo exercício se empenhou (poder-se-á, porventura, reconhecer a estes últimos a faculdade de, uma vez executado o penhor que incidia sobre o exercício desse direito – e tendo o exequente adquirido, em sede de execução, o exercício desse direito – reagir nos termos previstos para o direito em questão, nomeadamente requerendo a substituição do credor pignoratício – *maxime* em caso de incumprimento, por parte deste, dos deveres legalmente impostos para o efeito - no exercício de tal direito).

A insusceptibilidade de alienação dos bens pode resultar da própria natureza da coisa – na medida em que a mesma seja incapaz de fazer parte do património individual de qualquer sujeito -, bem como da circunstância de, não obstante serem passíveis de apropriação individual, não poderem ser objecto de alienação.<sup>269</sup>

Por seu turno, de acordo com o art.º 577.º, n.º 1, a impossibilidade de cessão de um bem pode ter origem legal (como sucede, em regra, com os créditos e direitos litigiosos – art.º 579.º - e com os salários e outros créditos laborais na medida em que não possam ser penhorados - cfr. art.º 280.º do Código do Trabalho)<sup>270</sup>, convencional (embora, neste caso, a convenção não seja oponível ao cessionário, salvo se este a conhecia no momento da cessão – cfr. art.º 577.º, n.º 2)<sup>271</sup> ou estatutária (quando, por exemplo, os estatutos das sociedades comerciais prevejam que as acções não podem ser cedidas em determinadas circunstâncias – cfr. art.º 328.º, n.º 2, do CSC),<sup>272</sup> ou resultar da natureza incindível do crédito face à pessoa do credor (como acontece com o direito a alimentos – cfr. art.º 2008)<sup>273</sup> ou das próprias circunstâncias do negócio.<sup>274</sup>

---

<sup>268</sup> Em face do direito espanhol, Candido Paz-Ares Rodriguez et. al., ob. cit., págs. 1861 e 1862, esclarecem que, tratando-se de bens abrangidos por uma proibição temporária ou condicional (legal ou contratual), de alienação, a aptidão dos mesmos para constituir objecto de uma garantia deve ser aferida apenas no momento do vencimento da obrigação garantida e não na data da constituição da garantia ou do surgimento da obrigação. Por seu turno Albaladejo, Comentário cit., págs. 454 e 455, distingue as coisas totalmente fora do comércio jurídico, daquelas cuja inalienabilidade resulta de disposição legal ou convencional, embora esclareça que qualquer destas causas deve ser aferida no momento da execução da garantia e não da sua constituição. Finalmente, Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2138, entende que a inalienabilidade superveniente do bem onerado determina a extinção da garantia, apontando como exemplo a apropriação do bem.

<sup>269</sup> Adota esta distinção Chironi, ob. cit., págs. 451 a 454, incluindo na primeira categoria os bens do domínio público e os bens eclesiásticos.

<sup>270</sup> No mesmo sentido para o direito italiano, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 28. Para uma enumeração exaustiva dos impedimentos legais à cessão de créditos, vide Menezes Leitão, Cessão de créditos, Almedina, 2005, pág. 294 e segs., indicando, para além dos aludidos no texto, a cessão de créditos sobre incapazes aos seus pais, tutor, curador, administrador legal de bens ou produtor que exerça as funções de tutor (art.º 1892.º, n.º 1), a cessão onerosa de créditos a filhos ou netos (art.º 877.º) e entre cônjuges (art.º 1714.º, n.ºs 1 e 2), a cessão gratuita de créditos entre cônjuges sujeitos obrigatoriamente ao regime da separação de bens (art.º 1762.º) ou a favor de médicos, enfermeiros ou sacerdotes (art.º 2194.º), notários, intérpretes ou testemunhas que tenham intervenção no acto (art.º 2195.º), a favor do cúmplice do doador adúltero (art.º 2196.º, n.º 1) e de partidos políticos (art.º 8.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 19/2003, de 20 de Junho), bem como a cessão que possa colocar em causa o sigilo profissional (exemplificando com as prestações de serviços de médicos e advogados).

<sup>271</sup> Pestana de Vasconcelos, A cessão de créditos em garantia e a insolvência, Coimbra Editora, 2007., pág. 381 e segs., alerta para o perigo de estes pactos de *non cedendo* limitarem seriamente a liberdade económica da contraparte – especialmente quando se trate de créditos pecuniários a curto prazo - “*uma vez que o credor não o poderá mobilizar para obter crédito, quer transferindo-o para um facto, no seio de um contrato de cessão financeira ou factoring, quer cedendo-o a um banco em garantia de um empréstimo*” (equacionando mesmo a possibilidade de as cláusulas gerais que impeçam a transmissão dos créditos adquiridos sobre uma determinada empresa, poderem ser considerados inválidos, por violação do dever geral de boa fé – cfr. art.º 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).

<sup>272</sup> Acerca destas limitações, vide infra n.º 1.2.8.5 do Capítulo II.

<sup>273</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 594, apontam como outras hipóteses enquadráveis nesta exceção, os contratos de prestação de serviços e de mandato “*em que a prestação devedora, por sua natureza, se encontra de tal modo ligada à pessoa concreta do credor, que seria manifestamente desrazoável impor ao devedor, nos termos admitidos pelo art.º 577.º, a sua vinculação perante outra pessoa*”. Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., pág. 378, inclui também aqui os créditos resultantes do contrato de trabalho, mesmo na parte em que, nos termos da lei, possam ser cedidos, enquanto Antunes Varela, Das obrigações cit., Vol. II, pág. 303, aceita tal limitação à cessão unicamente quando se trate de um perito ou de um trabalhador especialmente qualificado em termos profissionais, cujas características pessoais tenham sido decisivas para a sua contratação (este último Autor acrescenta outros casos de incedibilidade decorrentes da indissociabilidade do crédito ao credor, como sejam o

Relativamente aos casos de inalienabilidade ou incedibilidade temporária, poder-se-á entender que tal facto não constitui um entrave à concessão de penhor sobre esses bens, mas a respectiva execução apenas será admissível após a cessação de qualquer daquelas duas situações.<sup>275</sup>

É certo que sempre se poderá objectar ser da essência do penhor a possibilidade de o credor executar a garantia desde o momento da respectiva constituição, mas não deixa de ser menos verdade que a livre disponibilidade do bem empenhado deverá ser aferida apenas na data do vencimento do crédito garantido<sup>276</sup> (ou até da sua execução), por só a partir dessa data o credor poder exercer o *ius distrahendi*.

Apesar de a noção de penhor não fazer qualquer alusão a este facto,<sup>277</sup> a necessidade de os bens a empenhar se encontrarem no comércio, ou seja, serem susceptíveis de relações jurídicas privadas resulta da própria noção de coisa (cfr. art.º 202.º), nos termos da qual os bens fora do comércio não poderão ser objecto de direitos privados (cfr. n.º 2 do art.º 202.º).<sup>278</sup>

Por falta deste requisito, não serão, assim, empenháveis os bens do domínio público, aqueles que são, por natureza, insusceptíveis de apropriação individual<sup>279</sup> (cfr.

---

direito resultante de um pacto de preferência – cfr. art.º 420.º - e a quota numa sociedade civil – art.º 995.º, n.º 1 -, a qual, porém, pode ser cedida com o consentimento dos demais sócios). Já Menezes Leitão, Cessão cit., pág. 311, aponta ainda o caso dos créditos respeitantes a uma prestação de *facere* infungível, como sejam a elaboração de um quadro por um pintor afamado.

<sup>274</sup> Esta classificação é igualmente apresentada por Jacques Ghestin e outros, ob. cit., págs. 222 e 223, embora os próprios reconheçam que a última categoria assume uma importância residual.

<sup>275</sup> Neste sentido, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 223. Admitindo também a empenhabilidade de bens afectados por uma inalienabilidade transitória, Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 232 e 233 (mesmo considerando que este penhor seria invendável, apontando como exemplo as acções de uma sociedade ainda não negociáveis) e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1879 (considerando que esta limitação temporária não coloca os bens fora do comércio jurídico e admitindo mesmo, quando se trate de proibições de dispor estabelecidas pelo proprietário – v.g., quando alguém receba um objecto a título de legado, com a expressa proibição de dispor do mesmo - que o credor possa executar o bem onerado mesmo quando a proibição de disposição ainda vigore no momento da execução, alegando que o credor “*es un tercero ajeno a la prohibición establecida en su día entre el dueño inicial de la cosa y el deudor que la adquirió con la prohibición de disponer y que posteriormente la entrega en garantía*”). Lerena Cuenca e outros, ob. cit., págs. 520 e 521 citam a sentença do Supremo Tribunal Espanhol n.º 957/2003, de 21 de Outubro, na qual se afirma que a susceptibilidade de alienação do bem se deve reportar ao momento do vencimento da obrigação garantida e não ao do seu nascimento ou da constituição da garantia (*in casu*, tratava-se de acções de uma sociedade que, no momento da sua oneração, estavam abrangidas por uma proibição estatutária de alienação, posteriormente retirada). Questão diversa diz respeito às coisas que apenas podem ser vendidas juntamente com outras (as quais apenas poderão ser dadas em penhor nos mesmos termos – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 65).

<sup>276</sup> Embora não se ignore que, ocorrendo o vencimento antecipado do crédito (designadamente por culpa do devedor – cfr. art.º 780.º), o credor apenas poderá executar o bem dado em penhor depois de ser possível a respectiva alienação ou cedência.

<sup>277</sup> O Código de Seabra, no seu art.º 856.º, determinava expressamente que apenas podiam ser dados em penhor os objectos móveis que pudessem ser alienados e Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 232, entendia que a expressão utilizada pela lei era sinónimo de coisas “que estejam em comércio”. O CCE, no seu art.º 1864.º, dispõe que “*Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.*”.

<sup>278</sup> Uma vez que, de acordo com o art.º 202.º, n.º 1, do Código Civil, apenas reentram na noção de coisas, aquilo que pode ser objecto de negócios jurídicos. Em face do direito espanhol e perante a exigência, postulada especificamente pelo art.º 1864.º do CCE para o contrato de penhor, que os bens objecto deste negócio se encontrem no comércio, De la Santa García, ob. cit., págs. 62 e 63, considera tal disposição supérflua, uma vez que tal imposição decorre já do preceito genérico do art.º 1271.º do CCE, nos termos do qual podem ser objecto de contrato todas as coisas que não se encontrem fora do comércio dos Homens, incluindo as futuras. Sustentando a mesma conclusão para o direito francês, Guillaouard, ob. cit., pág. 55.

<sup>279</sup> Em sentido análogo, Protettí, ob. cit., pág.128.



art.º 202.º, n.º 2), os créditos resultantes de obrigações naturais<sup>280</sup> e as coisas declaradas inalienáveis por força da lei.

De facto, por vezes, é a própria lei declara a impossibilidade de o penhor recair sobre determinados bens, como sucede com as partes de capital dos sócios das sociedades de revisores oficiais de contas (cfr. art.º 106.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro)<sup>281</sup> e com as acções das sociedades gestoras de mercado regulamentado<sup>282</sup> (cfr. art.º 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 394/99, de 13 de Outubro),<sup>283284</sup> constituindo aquilo que poderemos designar de impossibilidades objectivas de disposição de bens – independentemente de quem seja o respectivo titular –, por contraposição às (subjectivas) respeitantes às incapacidades do empenhante.<sup>285</sup>

Em especial no que concerne às participações sociais em geral e às acções em particular, não faltam restrições relativamente à sua dação em penhor, alguma de origem legal (como quando se trate de acções de sociedades não inscritas no registo comercial ou cujo aumento de capital aí não tenha sido registado, com as acções próprias ou com prestações acessórias e com as não liberadas)<sup>286</sup> outras de fonte estatutária.<sup>287</sup>

Questão diversa, mas conexas, é a de saber se as proibições legais de alienar envolvem ou não, verificados os mesmos pressupostos, uma correspondente proibição de empenhar os mesmos bens, parecendo que a resposta afirmativa se impõe, embora admitindo algumas excepções.

De facto, da própria natureza do penhor resulta, ou pelo menos pode resultar, a necessidade de uma futura venda do bem dado em garantia, pelo que se deve concluir que a proibição de alienar contém ínsita uma análoga interdição de empenhar (não parecendo descabido falar de uma proibição presumida de empenhar contida na interdição de alienar), sem prejuízo de conclusão diversa quando se comprove ser manifesto que a lei entendeu restringir a proibição à alienação.<sup>288</sup>

---

<sup>280</sup> Como bem refere Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 54 e 55, não havendo reconhecimento do devedor da obrigação natural, uma vez incumprida a obrigação garantida o credor pignoratício não poderia exigir o pagamento do crédito empenhado, uma vez que nem mesmo o seu devedor (credor do crédito natural) o poderá fazer e, assim sendo, tal penhor constituiria uma “*expectativa insegura do nascimento ulterior do penhor sobre a prestação voluntariamente feita pelo devedor.*”. Contra, Almeida Costa, Das obrigações cit., pág. 184, aceitando que o penhor possa recair sobre os créditos decorrentes de uma obrigação natural (alegando que tal conclusão se impõe por força de tendencial equiparação entre as obrigações naturais e civis, porquanto a constituição de uma garantia que assegura o respectivo cumprimento não se enquadra em nenhuma das excepções a tal equiparação – cfr. art.º 404.º, o qual apenas excepta a realização coactiva da prestação).

<sup>281</sup> Idêntica restrição resultava também do anterior regime jurídico do revisor oficial de contas (cfr. art.º 97.º do Decreto-Lei n.º 442-A/93, de 30 de Dezembro).

<sup>282</sup> A missão principal destas sociedades consiste em gerir mercados bolsistas ou outros mercados regulamentados (art.º 2.º)

<sup>283</sup> A lei comina mesmo a sanção de nulidade para os negócios celebrados em contravenção desta proibição (art.º 5.º, n.º 4). No entanto, a proibição de dar em penhor estas acções não é absoluta, na medida em que o n.º 5 do mesmo art.º 5.º admite esta operação se a mesma tiver como objecto acções que o contrato de sociedade permita sejam detidas por quaisquer entidades.

<sup>284</sup> Também noutros direitos se nega a possibilidade de dar em penhor determinados bens. Por exemplo, o direito francês nega a empenhabilidade das cadernetas de poupança populares, bem como dos créditos pertencentes aos seus titulares - vide Jacques Ghestin e outros, pág. 220.

<sup>285</sup> Sobre estas, vide supra n.º 2.4.2.1 do Capítulo I.

<sup>286</sup> Para um elenco destas hipóteses no direito espanhol, vide Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 71 e segs., incluindo ainda outras restrições legais relacionadas com o objecto social de determinadas sociedades, como sejam as concessionárias de televisão privada, as sociedades de navegação marítima, as sociedades de jogo, as sociedades anónimas laborais e as desportivas, as entidades de crédito e as sociedades de seguros.

<sup>287</sup> Sobre estas, vide infra n.º 1.2.8.5 do Capítulo II.

<sup>288</sup> No mesmo sentido, Chironi, ob. cit., págs. 455 e 456.

Se a característica da alienabilidade é aceite pela esmagadora maioria da doutrina,<sup>289</sup> já é mais discutível a necessidade de os bens empenhados serem penhoráveis, fundamentando alguns<sup>290</sup> essa obrigatoriedade no carácter público das normas que determinam a impenhorabilidade e outros na necessidade eventual de venda dos bens no âmbito da execução do penhor.<sup>291</sup>

Todavia, tal entendimento não unânime, sustentando outros, pelo contrário, a susceptibilidade de serem dados em penhor bens impenhoráveis.<sup>292 293</sup>

Esta segunda posição poderá alicerçar-se na *ratio legis* da proibição de a penhora recair sobre determinados bens, ou seja, na necessidade de evitar que o devedor se veja deles privado contra a sua vontade. Ora, dir-se-á, na constituição do penhor não restam dúvidas que o devedor prescindiu desses bens intencionalmente, sobretudo tendo em conta o desapossamento inerente a esta garantia.<sup>294</sup>

Mas, poder-se-á contrapor, a norma que estabelece a impenhorabilidade de certos bens é de ordem pública e não pode ser afastada, nem mesmo por vontade daquele cujos interesses visa tutelar, redundando a constituição de penhor, precisamente, numa forma de o devedor se despojar de um bem de subsistência que a lei pretendeu conservar nas suas mãos.

A nosso ver, em suma, a característica da empenhabilidade surge como um óbice à dação em penhor dos bens sujeitos a tal restrição, não tanto em razão da (eventual) natureza cogente das normas que os qualificam como tal, mas sobretudo porque a oneração pignoratícia é susceptível de conduzir a uma alienação futura do bem: por ser assim, um bem impenhorável poderá ser dado em penhor, mas no momento (futuro e

---

<sup>289</sup> Troplong, ob. cit., pág. 33, relembra que, no direito romano e ainda no decurso do século XIX em algumas colónias francesas, o penhor podia incidir sobre escravos.

<sup>290</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 64, nota 91.

<sup>291</sup> Rubino, ult. ob. e loc. cit. e Gabrielli, ult. ob. e loc. cit..

<sup>292</sup> Neste sentido, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1482, alegando que “*el deber de entregar la posesión del §1205 sirve como precaución suficiente frente al peligro de una pignoración irreflexiva*” (acrescentando que alguns penhores legais abrangem expressamente bens impenhoráveis) e, por isso, sustentando a não equivalência entre a impenhorabilidade e a empenhabilidade, salientando que a proibição de cessão não impede a penhora, mas sim a dação em penhor e, no plano oposto, que há bens que sendo impenhoráveis são susceptíveis de penhor (v.g. a quota legítima para efeitos sucessórios).

<sup>293</sup> Questão diversa é a de saber se poderá ser constituído um penhor sobre uma coisa já penhorada por outro credor. Rubino, Il pegno cit., pág. 207, entende que esta hipótese será de verificação rara, tendo em conta a dificuldade de o segundo credor obter a posse do bem. Ainda assim, se a obtiver o penhor apenas nascerá se o credor pignoratício ignorar a penhora anterior (concordantemente, Protetti, ob. cit., pág. 129).

<sup>294</sup> Neste sentido, Puig Brutau, ob. cit., pág. 28 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 29, argumentando estes últimos que tais bens continuam a ser alienáveis e, por outro lado, a sua entrega voluntária ao credor ou a terceiro (em consequência do penhor) retira-lhes a destinação que se encontra na base da sua impenhorabilidade (sustentando a posição contrária apenas se o penhor tiver sido constituído de modo não voluntário). Também Baudry-Lancantinerie, ob. cit., págs. 25 e 26, entende não ser a impenhorabilidade um obstáculo insuperável à dação em penhor dos bens, porquanto apenas impede a sua penhora ou arresto, mas não o seu desapossamento voluntário por parte do devedor (para os dar em penhor), nem tão pouco impede que o credor desencadeie a execução quando não tiver sido pago na data do vencimento da obrigação garantida (para completar o seu raciocínio, o Autor entende que a impossibilidade de cessão de um bem ou de um direito, essa sim, constitui um óbice à concessão de penhor). Comungam também deste entendimento, Realmonte, Il pegno cit., pág. 640, Montel, Pegno cit., pág. 788, Ciccarello, ob. cit., pág. 685 e Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 560, para quem “*Se o devedor oferece os bens em penhor, de forma livre e espontânea, em princípio está renunciando à impenhorabilidade, que é benefício instituído pela lei em seu favor, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de inalienabilidade, quando então o impedimento decorre de lei de ordem pública, sendo inderrogável por vontade das partes*” (concluindo que o seu entendimento sai reforçado pela possibilidade aberta pela lei – cfr. art.º 1433.º do CCB – de venda amigável do bem empenhado, o que pressupõe o abrir mão do devedor quanto à impenhorabilidade do bem).

eventual) da execução o mesmo não poderá ser apreendido caso esteja incluído no leque de bens insusceptíveis de penhora (ocorrendo a execução extrajudicial da garantia, nos termos do art.º 675.º e apesar da desnecessidade de penhora, será sustentável que a execução não possa abarcar um bem qualificado por lei como impenhorável, uma vez que o fundamento desta limitação é o de impedir a respectiva alienação).<sup>295</sup>

Assim sendo, não será de negar, *a priori*, a possibilidade de dar em penhor os bens considerados impenhoráveis pela lei substantiva<sup>296</sup> e/ou pela lei processual civil, embora seja forçoso dissociar os bens total ou absolutamente impenhoráveis (art.º 822.º do CPC),<sup>297</sup> os que o são apenas relativamente (art.º 823.º do CPC)<sup>298</sup> e os que o são parcialmente (art.º 824.º do CPC),<sup>299</sup> - para além de outras situações específicas (art.ºs 824.º-A a 827.º do CPC)<sup>300</sup> - do mesmo modo que são impenhoráveis as quantias em dinheiro ou o depósito bancário resultantes da satisfação de crédito impenhorável, nos mesmos termos em que o era o crédito originariamente existente (art.º 824.º-A, do CPC).

Referência especial merecem algumas participações sociais,<sup>301</sup> relativamente às quais a lei admite a sua dação em penhor, mas recusa que a execução, em caso de

---

<sup>295</sup> De facto, se o intuito subjacente à inadmissibilidade de penhora é do evitar a subtracção do bem à disposição do executado, será de todo coerente aplicar tal restrição também às execuções que prescindam da penhora - como normalmente sucederá com as extra-judiciais - pois, também aí, o bem executado terminará por sair da esfera jurídica do executado.

<sup>296</sup> Vide, por exemplo, o art.º 2008.º, n.º 2, respeitante ao crédito por alimentos.

<sup>297</sup> Aqui se incluem, além de outras assim declaradas por lei especial, as coisas ou direitos inalienáveis; os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas; os objectos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes; os objectos cuja apreensão careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal; os objectos especialmente destinados ao exercício de culto público; os túmulos; os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica que se encontrem na residência permanente do executado (salvo se se tratar de execução destinada ao pagamento do preço da respectiva aquisição ou do custo da sua reparação); os instrumentos indispensáveis aos deficientes e os objectos destinados ao tratamento de doentes (cfr. alíneas a) a g) do art.º 821.º).

<sup>298</sup> De acordo com o n.º 1 desta norma, estão isentos de penhora, salvo tratando-se de execução para pagamento de dívida com garantia real, os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas colectivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afectadas à realização de fins de utilidade pública. Acrescenta o n.º 2 que estão também isentos de penhora os instrumentos de trabalhos e os objectos indispensáveis ao exercício da actividade ou formação profissional do executado, salvo se o executado os indicar para penhora, a execução se destinar ao pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação ou forem penhorados como elementos corpóreos de um estabelecimento comercial.

<sup>299</sup> Nos termos do n.º 1, são impenhoráveis dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado, bem como dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante e, no caso de penhora de dinheiro ou de saldo bancário de conta à ordem, é impenhorável o valor global correspondente a um salário mínimo nacional (n.º 3). Todavia estas percentagens de bens declarados impenhoráveis podem ser aumentadas com base em diversos factores (n.ºs 4 a 7), tendo como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional e como limite máximo o equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão (n.º 2).

<sup>300</sup> Como sejam as respeitantes à penhora de bens comuns do casal (art.º 825.º) ou de bens em regime de comunhão ou de propriedade (art.º 826.º) ou de execuções movidas contra o herdeiro (art.º 826.º) ou em que exista um devedor principal e um subsidiário (art.º 827.º).

<sup>301</sup> Relativamente às acções e às quotas, não parecem existir dúvidas quanto à susceptibilidade de as mesmas serem executadas e penhoradas, nos termos, respectivamente, dos art.ºs 328.º, n.º 5 (ao determinar que as cláusulas estatutárias limitativas da transmissão e/ou oneração das acções não podem ser invocadas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios) e 239.º (cujo n.º 2 impede que a transmissão de quotas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios seja proibida ou limitada pelo contrato de sociedade ou esteja dependente do consentimento desta, admitindo, porém, que o

incumprimento da obrigação garantida, possa incidir sobre o *quid* previamente onerado, desta forma negando a sua penhorabilidade: é o que se passa com o penhor de partes de sócios de sociedades em nome colectivo (art.º 183.º, n.º 1, do CSC),<sup>302</sup> relativamente às quais nos deparamos com a situação inversa de um bem ser empenhável, mas não penhorável (*rectius*, não executável), destarte fornecendo mais um argumento no sentido da autonomia conceptual e não equiparação de efeitos entre as duas figuras.

Enfim, não falta quem negue a empenhabilidade dos bens de valor irrisório ou desprovidos de valor, por se considerar incompatível com a noção de garantia que um bem de cuja alienação não se possa retirar uma quantia minimamente razoável assegure verdadeiramente o cumprimento de uma obrigação.<sup>303</sup>

Salvo o devido respeito, não se nos afigura ser este um motivo suficiente para negar a constituição de penhor, tendo em conta que a valoração acerca da susceptibilidade de a coisa em causa servir de garantia competir exclusivamente ao credor, sem que seja lícito, à partida, excluir algum bem a esse juízo particular.

Por outro lado, seria sempre difícil conceber, em geral, uma lista dos bens considerados como de valor exíguo (e, por isso, não empenháveis), sobretudo tendo em conta que alguns desses bens têm grandes flutuações de preços no mercado (veja-se o que sucede com algumas matérias primas) e outros aparentemente pouco valiosos podem, em virtude de circunstâncias futuras mais ou menos anómalas, ver a sua avaliação aumentar (por exemplo, a correspondência de um determinado indivíduo anónimo que, posteriormente, se tornou uma celebridade).

Outro requisito por vezes indicado como necessário para a dação em penhor reside na susceptibilidade de os mesmos serem objecto de posse, requisito este exigido, por exemplo, pelo art.º 1864.º do CCE,<sup>304</sup> obstáculo este contornado por alguma

---

contrato possa atribuir à sociedade o direito de amortizar quotas em caso de penhora, atribuindo o n.º 5 um direito de preferência aos demais sócios e à sociedade na venda ou adjudicação judicial e determinando o n.º 3 a sub-rogação da sociedade ou do sócio que tenha satisfeito o exequente), ambos do CSC – no mesmo sentido, Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial, Vol II (Das sociedades), 4.ª Edição, Almedina, 2011, págs. 403 e 404.

<sup>302</sup> Nos termos desta norma, o credor do sócio não pode executar a parte deste na sociedade, mas apenas o direito aos lucros e à quota de liquidação, acrescentando o n.º 2 que o credor pode requerer que a sociedade seja notificada para (em prazo não superior a 180 dias) proceder à liquidação da parte, sendo que a sociedade pode demonstrar que o sócio devedor possui outros bens suficientes para satisfação da dívida exequenda, caso em que a execução continuará sobre esses bens (n.º 3). Se a sociedade provar que a parte do sócio não pode ser liquidada – se, por força dessa liquidação, a situação líquida da sociedade se tornasse por esse facto inferior ao montante do capital social -, prosseguirá a execução sobre o direito aos lucros e à quota de liquidação, mas o credor pode requerer que a sociedade seja dissolvida, o que permitirá o apuramento da quota de liquidação do sócio (n.º 4 e art.º 188.º, n.º 1).

<sup>303</sup> Assim, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág.233, apontando como exemplos a prática de dação em penhor dos cartões de crédito, sendo que ao seu exíguo valor acrescia, como fundamento de concessão da garantia, a impossibilidade da respectiva execução (todavia, os Autores aditem o penhor sobre bens desprovidos de valor actual, mas susceptíveis de ter um contra-valor pecuniário no futuro). No mesmo sentido, Medina de Lemus, Derecho civil de bienes, derechos reales e inmobiliario registral, Tomo II – Derechos reales limitados e del registro de la propiedad, Dykinson, 2003, pág. 144.

<sup>304</sup> Com efeito, esta norma dita que apenas podem ser empenhadas coisas móveis susceptíveis de posse, requisito este que Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1876 a 1879, justifica, por um lado, com a circunstância de, sem a sua natureza mobiliária, “*se privaría a dicho contrato de su contrato de su principal garantía, la cual estriba en que la cosa dada en prenda salga de manos de su dueño y pase a las del acreedor o de un tercero previamente designado*” (qualificando como bens móveis, de acordo com o art.º 335.º do CCE, os que sejam passíveis de transporte de um lado para o outro sem prejuízo da sua integridade) e, por outro, com o facto de “*si para que nazca el derecho de prenda es preciso que se ponga la cosa entregada en posesión del acreedor, sólo pueden cumplirse tal exigencia si la cosa puede poseerse*”. Do mesmo modo se exprime a Lei catalã – vide Barrada Orellana, ob. cit., pág. 209 (considerando que a eficácia do penhor resulta da posse efectiva da coisa empenhada por parte do credor).

doutrina que aceita serem os bens incorpóreos e os direitos susceptíveis de posse,<sup>305</sup> mas invocado por outros para, na ausência de regulamentação especial, negar a empenhabilidade dos direitos de crédito, desse modo inviabilizando a constituição de um penhor de créditos.<sup>306</sup>

---

<sup>305</sup> Nesta conformidade, Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 330 e 331, assegurando que da letra da lei (cfr. art.º 430 e segs. do CCE) resulta a admissibilidade de posse sobre coisas (corpóreas e) incorpóreas e sobre direitos: relativamente às primeiras, entende ser possível exercer sobre elas um poder de facto – independentemente de quem seja o titular do direito sobre as mesmas - o que significa possuí-las; no que toca aos direitos, desde que se entenda como posse o poder de facto correspondente ao direito em questão (apontando como exemplo a posse do direito de usufruto, a qual cabe à pessoa que usa o bem e dele desfruta enquanto usufrutuário, apesar de não ser o seu proprietário), ou seja, que o titular de um direito será a pessoa a quem pertença o poder jurídico em que tal direito se traduz, enquanto possuidor do mesmo direito será aquele que, de facto, tem e exerce um poder correspondente a um direito.

<sup>306</sup> Assim, Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 305, escrevendo que “*sólo pueden darse en prenda los bienes susceptibles de posesión, esto es, los bienes corpóreos*”, constatando ser este um obstáculo à admissibilidade do penhor de créditos (pelo menos quando este não se encontrem incorporados num título). Também para Aranda Rodríguez, La prenda de créditos, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 71 e segs., embora os créditos cumpram os outros dois requisitos exigidos pelo art.º 1864.º do CCE - ou seja, possuam natureza mobiliária (uma vez que a noção de coisa, ditada pelos art.ºs 333.º e segs. do CCE, deve entender-se em sentido amplo, abrangendo coisas e direitos: em suma, “*Si los derechos reales sobre cosas inmuebles se consideran inmuebles (...) y todos los demás bienes son muebles (...), tanto los derechos reales sobre cosas muebles como los derechos de crédito con valor patrimonial han de considerarse cosas muebles*”) e sejam alienáveis (na medida em que, normalmente, se permite a alienação dos créditos, em termos análogos aos das coisas) – não são susceptíveis de posse, requisito este imposto, em razão da natureza real do contrato de penhor, como constitutivo da garantia (de modo que sem o desapossamento do constituinte, a garantia não surgirá, mesmo inter partes), assegurando ainda a posse funções de garantia (impedindo que o constituinte possa perder, destruir ou dispor do bem onerado, o que implica uma detenção material, o que se comprova pelo facto dos direitos e deveres do credor pignoratício – direito de retenção, dever de conservação - pressupõem essa mesma detenção material), de manutenção do direito de preferência do credor pignoratício (uma vez que o processo de execução da garantia exige que o credor entregue ao tribunal ou ao notário encarregue da dita execução o bem empenhado, o que requer que aquele o detenha em seu poder) e de uma suposta publicidade da própria garantia, que o Autor contesta (alegando que, por um lado, a posse constitui a protecção de uma situação de aparência de um direito que pode ou não corresponder à verdadeira titularidade deste; que, ao menos nos sistemas onde vigora o princípio consensualista, a transmissão dos direitos opera por mero efeito do contrato, não assumindo a transmissão possessória qualquer significado e, finalmente, que a publicidade possessória perde cada vez mais sentido com o advento de novas garantias que prescindem da transmissão da posse do bem onerado, como sejam a reserva de propriedade ou os penhores sem desapossamento: todavia, o Autor atribui à posse uma publicidade negativa, de modo que “*La falta de posesión en manos del pignorante, indudablemente, expresa hacia los terceros que quieran contratar con él la existencia de un límite de su poder de disposición, que les puede afectar*”). Com efeito, o Autor (ob. cit., pág. 85) afirma que “*La posesión en la prenda supone la aprehensión material de la cosa, de manera continuada, por el acreedor pignoraticio. La posesión del acreedor cumple las funciones de legitimación y protección interdictal. No cabe tal forma de posesión sobre un derecho de crédito. Ningún derecho es susceptible de aprehensión material*”, recusando que a posse sobre um direito de crédito possa basear-se na admissibilidade legal da quase-posse e na sua equiparação à quase-tradição das coisas incorpóreas (alegando que a posse de coisas e de direitos a que se refere o CCE – cfr. art.ºs 430.º a 432.º e 437.º - são duas formas de uma mesma instituição, assinalando que a posse sobre direitos apenas respeita aos direitos reais e não aos de crédito; que o facto de um crédito ser um bem incorpóreo não significa que o mesmo possa ser objecto de posse, como se comprova pelos efeitos da posse no penhor, destinados a proteger o credor pignoratício contra ameaças à sua garantia – uma vez que “*El acreedor pignoraticio de un derecho de crédito no puede ser despojado del derecho de crédito, ni protegido interdictalmente (...). Si un tercero actúa aparentemente como titular del derecho de crédito, puede al acreedor pignoraticio ejercitar un interdicto de recobrar o retener? No*”; finalmente, ao contrário do entendimento que critica, analisa separadamente a tradição – enquanto modo de aquisição de direitos reais – e a cessão, alegando que tal equiparação foi fruto da necessidade de encontrar um sucedâneo da entrega material do bem para a constituição do penhor de créditos, sucedâneo esse que se buscou no regime da cessão de créditos, negócio para o qual era necessária – para além da notificação do terceiro devedor do crédito cedido – a

Esta problemática entronca numa outra respeitante à própria noção de posse e à possibilidade de esta recair unicamente sobre bens corpóreos ou, pelo contrário, poder incidir também sobre bens ou direitos incorpóreos: a opção pela primeira alternativa reduz significativamente o leque de bens empenháveis ou, pelo menos, obriga a que o surgimento de semelhante garantia sobre os mesmos obedeça a uma forma de constituição diversa.

Entre nós e apesar de a lei não oferecer uma resposta cabal a este respeito, pode negar-se a susceptibilidade de posse sobre bens incorpóreos com o argumento que tal instituto pode recair unicamente sobre coisas corpóreas, enquanto o entendimento contrário poderá advir da interpretação segundo a qual a restrição contida no art.º 1302.º (no qual se afirma que unicamente as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade regulado naquele Código) valeria, quando muito, para o direito de propriedade, mas não para a posse.

Assim sendo e de acordo com esta segunda perspectiva, o regime legal da posse não permite concluir pela sua não aplicação aos bens incorpóreos, tendo em conta que “*a actuação por forma correspondente ao exercício de um direito real é, acima de tudo, um poder empírico sobre uma coisa, há que entender que poder empírico não é necessariamente poder físico: é, sim, poder não jurídico, isto é, não simplesmente formal-jurídico, possível e só possível mediante a intervenção reguladora da norma (...) mesmo as coisas em sentido amplo (os direitos coisificados) podem ser susceptíveis de posse em termos de direitos que sobre elas podem incidir, isto é, de usufruto e de penhor*”).<sup>307</sup>

Partindo desta perspectiva, é possível admitir a dação em penhor de bens incorpóreos simples ou mesmo compostos, como o estabelecimento comercial.<sup>308</sup>

---

entrega dos títulos comprovativos do crédito, funcionando esta como instrumento publicitário da constituição da garantia face a terceiros e como um meio de prova da constituição da mesma: todavia, o Autor descarta tal equiparação actualmente, considerando que, ao menos no direito espanhol, a forma de aquisição de direitos reais e de crédito é distinta – porquanto para os primeiros exige-se um título e um modo; enquanto os direitos de crédito se adquirem apenas por mútuo consentimento, ou seja, apenas requerem um título e, por outro lado, porque “*la transmisión del derecho de crédito se produce mediante el intercambio de voluntades, porque el titular del derecho de crédito como acreedor no tiene por objeto ninguna cosa, sino unicamente la conducta del deudor. La entrega de los documentos, caso de que existan, sólo supone la obligación del cedente poner al nuevo acreedor en las condiciones necesarias para ejercitar su derecho*” ou seja e em suma “*En la prenda de créditos no es posible, de ningún modo, hablar de traspaso posesorio. El acreedor es titular de un derecho de crédito; no posee nada, en sentido propio, porque el objeto del derecho de crédito es una conducta. Sobre una conducta no se puede ejercer un derecho de posesión*”. Também Serrano Alonso, ob. cit., pág. 264, nega a empenhabilidade dos direitos de crédito, “*porque no son susceptibles de ser poseídos por quien no es su titular*”. Pelo contrário, Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 27, acredita que os créditos sejam possuíveis, indubitavelmente os duradouros (“*por ser su pago de tracto sucesivo o diferido, ofrecen posibilidades evidentes de poseibilidad*”), mas mesmo os de pagamento instantâneo (alegando que todo o crédito de pagamento instantâneo é susceptível de durar, desde que nasça até que se vença – podendo este prazo ser bastante longo – e, no que concretamente respeita ao penhor, “*El acreedor pignoratício posee por sí mismo el crédito pignorado y, en calidad de auténtico poseedor y administrador del derecho, percibe los intereses del crédito. Se da, en estos casos, la exigencia para la posesión de derechos de que el poseedor del crédito (usufructuario, acreedor pignoratício) no sea el titular del mismo*”).

<sup>307</sup> A respeito das participações sociais, vide Soveral Martins, Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções: sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC, Almedina, 2006, pág. 289.

<sup>308</sup> Em termos afirmativos, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 4/11/2004, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), (admitindo, conseqüentemente, a restituição provisória da correspondente posse), Gravato de Morais, Alienação e oneração de estabelecimento comercial, Almedina, 2005, págs. 68 a 70 (considerando decorrer esta posse da unidade jurídica que o estabelecimento representa, mas ressalvando que “*não é natureza corpórea dos bens que compõem o estabelecimento que justifica a sua posse. Até porque, no limite, podem encontrar-se casos em que esses bens são escassos ou até nem existirem*”, para além de a

Num plano diverso, o entendimento segundo o qual o objecto da posse serão os direitos e não as coisas em si mesmas consideradas - de modo que o possuidor do direito será aquele que, de facto, tem e exerce um poder correspondente a esse direito -, acaba por consentir a dação em penhor de bens incorpóreos.<sup>309</sup>

Esclareça-se, ainda, que este suposto entrave à constituição de penhor sobre determinados bens – especialmente os incorpóreos – apenas colhe relativamente àquelas garantias que se constituam pela via tradicional do empossamento do credor pignoratício ou de terceiro, não assumindo relevância quando o surgimento do penhor se encontre dependente da observância de outros formalismo que em nada contendam com o instituto possessório.

Relativamente aos acessórios do bem empenhado,<sup>310</sup> importa determinar se a garantia pignoratícia também os abarca.

---

mesma conclusão resultar, por maioria de razão, do confronto com a posse dos direitos de propriedade intelectual, escrevendo que “*a incorporalidade que caracteriza o estabelecimento porque não pura – sendo nesse aspecto um minus em relação àquela – não põe mais dificuldades, muito pelo contrário, em relação ao que sucede naquele campo*”, citando, em abono da sua posição, as vozes de, entre outros, Menezes Cordeiro, Orlando de Carvalho e Lebre de Freitas), Menezes Leitão, Direitos reais, Almedina, 2011 (2.ª Edição), pág. 127 (alegando que, para além de uma universalidade de direito, é também uma universalidade de facto), Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 64 (advertindo, porém, que tal decorre da qualificação do mesmo como universalidade de facto) e, ao menos implicitamente, Paula Costa e Silva, Posse ou posses?, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2005, pág. 57 e segs. (com efeito, ao discutir qual o regime possessório a aplicar às universalidades – concluindo, por analogia com o art.º 1256.º, n.º 2, que, em caso de integração de coisas adquiridas na universalidade a título diverso, “*à posse da universalidade se devem comunicar as características da pior posse das coisas que nela vêm a ser integradas*” - a Autora admite que aquelas são susceptíveis de posse). Contra, rejeitando a posse do estabelecimento, Durval Ferreira, Posse e usucapião, 3.ª Edição, Almedina, 2008, pág. 79 e segs. (por entender que a posse, na sua génese, é um instituto privativo das coisas corpóreas e singulares – “*a posse é um instituto genuíno das coisas corpóreas e singulares, objecto do direito de propriedade*” ou de outro direito real – admitindo, porém, o seu alargamento a coisas incorpóreas e a outros direitos de domínio na presença de disposição legal nesse sentido, como sucede com os direitos de autor, de propriedade intelectual e as participações sociais de sociedades comerciais: o estabelecimento comercial, atendendo à sua natureza de universalidade, não será passível de posse, apenas o sendo as coisas que o integram, escrevendo o Autor que “*quanto ao estabelecimento, as coisas corpóreas-singulares, como também as imateriais objecto dos direitos de autor e de propriedade industrial, a ele afectas, estarão (...) protegidas, suficientemente pela posse: mas consideradas em si e sem desvirtuar o instituto*”: quando muito, o Autor concede que caso “*o titular do estabelecimento quiser considerá-lo como uma universalidade de direito, e for de assumir sobre ele um correspondente “direito de domínio” – também nessa perspectiva dele se poderá valer “como direito”, e dentro dos respectivos condicionalismos processuais, para deduzir embargos de terceiro (...) ou lançar mão de providência cautelar não especificada (...). Mas, então, dogmáticamente, com base “nesse direito” e não na “posse”*”), Manuel Rodrigues, A posse: estudo de direito civil português, Almedina, 1996, pág. 141 (alegando que “*As universalidades são efectivamente constituídas por pluralidades de coisas móveis distintas, com uma individualidade própria, mas ligadas por um destino económico comum de maneira a constituírem um todo; mas este não forma uma coisa corpórea ou intelectual daquelas distintas (...) a universalidade não suprime a individualidade das coisas que a constituem e que sobre cada uma delas continua a incidir um direito de propriedade (...). Se há dois direitos – um sobre o agregado, outro sobre as coisas isoladamente – é lógico concluir que eles podem existir em titulares diversos (...). Na universalidade são ainda as coisas isoladamente que constituem o objecto das relações jurídicas, e que portanto constituem o objecto da posse*”) e, na jurisprudência, os Acórdãos do STJ de 15/2/1977 (in BMJ n.º 264, pág. 199) e da Relação de Lisboa de 12/4/1984 (in CJ, Tomo II, pág. 130) e outros citados por Gravato de Moraes (Alienação cit., págs. 69 e 70, notas 141 e 142). No direito italiano, Gino Magri, ob. cit., entende que “*l’azienda non suscettiva di essere oggetto di diritti, non può nemmeno essere oggetto di possesso in senso giuridico!*”.

<sup>309</sup> Para mais desenvolvimentos acerca da susceptibilidade de posse dos bens incorpóreos, vide infra n.º 5 do Capítulo I.

<sup>310</sup> Relativamente à extensão do penhor aos acessórios do crédito, nomeadamente aos juros, vide infra n.º 4 do Capítulo I.

Numa primeira abordagem, parecem não existir objecções à extensão da garantia aos acessórios do bem dado em garantia, compreendendo os frutos civis e naturais, as benfeitorias, outras pertenças e as coisas que àquela se juntaram por via de acessão (desde que, neste último caso, se trate da junção de duas coisas móveis e o objecto permaneça na propriedade do devedor),<sup>311</sup> mesmo no caso de penhores sem desapossamento.<sup>312</sup>

No entanto, importa aqui escarpelizar melhor esta questão.

Parece indiscutível que, constituído o penhor sobre uma dada coisa móvel, a garantia abrangerá as partes essenciais dela, sendo apenas discutível se a separação de determinadas partes importará que sobre elas o penhor deixe de incidir.<sup>313</sup>

Quanto às coisas acessórias ou pertenças, cumpre invocar o n.º 2 do art.º 210.º - nos termos do qual os negócios jurídicos que tenham por objecto a coisa principal não abrangem, salvo convenção em contrário, as coisas acessórias – pelo que o penhor

---

<sup>311</sup> Perfilham esta opinião, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 209 (em face do direito catalão, muito embora admita a existência de pacto em contrário), Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 503 (declarando a extensão do penhor a todos os acessórios do bem empenhado, desde que não sejam expressamente excluídos pelas partes, com excepção dos bens móveis considerados imóveis por destinação), Chironi, ob. cit., pág. 504 e segs. (escrevendo que “*Le mutazioni avvenute nella cosa, e nei limiti da cui era originariamente circoscritta come oggetto del diritto del costituente, diano esse o tolgano valore da quel che aveva, non inducono cangiamento nell’entità del pegno: il valore alienato non sopporta variazioni alcuna*”, salvaguardando apenas os eventuais melhoramentos efectuados pelo terceiro possuidor, uma vez que este tem direito a separá-los do bem onerado, prevalecendo o seu direito sobre o do credor pignoratício), Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 31, Realmonte, Il pegno cit., pág. 639, Ciccarello, ob. cit., pág. 685 e Montel, Pegno cit., pág. 788 (que considera abrangidos pelo penhor mesmo os acrescentos jurídicos, apontando como exemplo o penhor constituído por um comproprietário sobre a sua quota que se estende a todo o bem comum quando os demais consortes renunciem à respectiva parcela). Em sentido idêntico, Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 33 e 34, Faggella, ob. cit., págs. 28 e 43 (incluindo nos acessórios os frutos, juros e dividendos da coisa, embora admitindo que o penhor não se estende aos bens que venham a substituir esses acessórios) e Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 339 (escrevendo que “*Constituído penhor sobre uma coisa, nele estão compreendidos todos os seus acessórios não expressamente excluídos*”). Rubino, Il pegno cit., págs. 202 e 203, por seu turno, afirma que o penhor compreende todos os acessórios da coisa empenhada existentes no momento da sua constituição que sejam propriedade do empenhante, mas, relativamente àqueles acessórios não pertencentes ao concedente da garantia, o penhor só os abrangerá se o credor pignoratício se encontrar de boa fé (em sentido idêntico, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 148 e I negozi costitutivi cit., pág. 156, socorrendo-se da aplicação analógica do art.º 2811.º do CCI, ao qual, em matéria de hipoteca, prevê o alargamento da garantia às benfeitorias e a outras acessões do bem onerado). Em termos concordantes, a respeito da hipoteca, Meneres Campos, Da hipoteca: caracterização, constituição e efeitos, Almedina, 2001, pág. 61.

<sup>312</sup> Quando o valor dos bens inicialmente onerado for significativamente aumentado, nos penhores sem desapossamento, em razão da actividade de conservação desenvolvida pelo devedor, Christian Atias, La valeur engagée (sur l’object du gage), in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 82, entende que tal aumento de valor não deverá aproveitará ao credor, nomeadamente por força do instituto da acessão, advogando que se trata de despesas de conservação que devem ser suportadas pelo devedor que, em compensação, será o beneficiário exclusivo do aumento de valor dos bens resultantes de tais despesas (sem que o credor possa, paralelamente, aumentar o valor onerado).

<sup>313</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 65 e 66 sustenta que o penhor continua a recair sobre as coisas separadas (pois o credor contava com essas partes), não sendo sequer de exigir, para que o penhor não cesse, que as coisas, com a separação, entrem na posse do credor ou na propriedade do empenhador. No entanto, se um terceiro adquirir a propriedade do bem empenhado e, sobretudo, se também obteve a respectiva posse, o citado Autor entende que o direito de penhor deve ceder. Analogamente, em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1482 (porém, os Autores advogam que o penhor abrange as partes integrantes, as quais permanecem sujeitas à garantia, ainda que separem da coisa empenhada, salvo se quando se trate de partes integrantes aparentes ou passageiras – não essenciais –, as quais poderão ser empenhadas antecipadamente, antes da separação da coisa principal).



constituído sobre o bem principal não deverá, excepto na hipótese referida na parte final do preceito transcrito, abranger as coisas acessórias.<sup>314</sup>

Pelo contrário, VAZ SERRA<sup>315</sup> entende que o penhor deverá estender-se às pertenças ou coisas acessórias entregues com o bem empenhado (excepto se as circunstâncias permitam concluir a vontade de as excluir do penhor), indo mesmo ao ponto de considerar presumivelmente incluídas aquelas que forem entregues posteriormente.

Por nossa parte, aderimos ao entendimento primeiramente veiculado, por ser o mais consentâneo com o direito vigente - sem prejuízo do que se dirá em matéria de acessão - <sup>316</sup> muito embora, *de jure condendo*, concordemos com a sujeição à garantia das coisas acessórias entregues conjuntamente com o bem empenhado, por ter sido esse bem compósito que o empenhante entregou ao credor e que este recebeu e avaliou como suficiente para sua garantia.

No direito italiano, admite-se que o penhor possa recair sobre as pertenças mobiliárias e imobiliárias,<sup>317</sup> enquanto no direito alemão o penhor estende-se aos produtos que sejam separados da coisa empenhada (§1212 do BGB).

E, em face do nosso direito, poder-se-á constituir um penhor apenas sobre as pertenças mobiliárias ou imobiliárias?

No que às primeiras diz respeito, se a relação de pertença surgir em momento posterior ao da constituição do penhor, aplicar-se-á o regime previsto para as acessões.

Se, ao invés, a relação de pertença já existir na data da constituição do penhor sobre a coisa principal, a garantia apenas poderá abranger exclusivamente as pertenças mobiliárias se concluirmos, em homenagem ao disposto no n.º 2 do art.º 210.º, que a garantia constituída sobre a coisa principal não abrange a coisa acessória pois, se tal suceder (ao menos por força da estipulação em contrário admitida pelo citado preceito), aquelas pertenças estarão incluídas no penhor sobre a coisa principal.

Em face do nosso direito anterior à actual codificação, admitia-se a qualificação como móveis dos bens incorporados num imóvel ou no solo, tendo em vista uma futura separação e a conseqüente natureza mobiliária vindoura, pelo menos quando fosse este o seu fim previsível.<sup>318</sup>

Actualmente, as pertenças imobiliárias ou partes integrantes, como sucede com os frutos não separados de uma árvore, apenas quando destacadas do imóvel a que se encontrem adstritas vêm cessar a relação de pertença (cfr. art.º 204.º, n.º 3), pelo que só

---

<sup>314</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 685, Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 923, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 236 e, para a hipoteca, Meneres Campos, ob. cit., pág. 61.

<sup>315</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 66 e 67.

<sup>316</sup> Relativamente às coisas acessórias que se juntem à coisa principal após a constituição do penhor, vide infra no texto a respeito da acessão.

<sup>317</sup> Neste sentido, Gabrielli, Il pegno cit., págs. 152 e 153 e, entre nós relativamente aos frutos pendentes, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 34.

<sup>318</sup> Na doutrina, Guilherme Moreira, ob. cit., Vol. I, pág. 345, entende plausível que certos bens possam ser considerados móveis, num dado contrato, quando, em virtude dele, devam ser separados do solo, desde que seja esse o estado em que os contraentes os supuseram e Cunha Gonçalves, ob. cit., Vol. II, pág. 305, fala de “*bens móveis por antecipação*”, apontando como paradigma os produtos dos prédios rústicos, quando sejam considerados pelas partes na sua condição futura de coisas separadas. A título de exemplo, o Acórdão do STJ de 12/3/1957, in BMJ n.º 65 (1957), pág. 518 e segs., admite que um penhor possa ter como objecto, não apenas os minérios já extraídos do solo, mas também os ainda incorporados neste, declarando que a cláusula contratual em análise “*podia referir o penhor também ao minério ainda em jazigo, não obstante a sua natureza de imóvel enquanto incorporado no solo. Podia o contrato tornar o penhor desde logo extensivo aos minérios incorporados mas tornados móveis por antecipação, já que pela concessão mineira são destinados à separação*”.

a partir dessa data poderão ser considerados como bens móveis e, assim, objecto de um penhor.<sup>319</sup>

Por outro lado, importa ainda compatibilizar os direitos do credor com um penhor sobre os ditos bens com os de terceiros detentores de garantias sobre o bem imóvel em questão: em nosso entender, a preferência deve ser dada a estes últimos, se tal garantia for de constituição anterior à do penhor (até porque, nos termos do art.º 691.º, n.º 1, alíneas a) e b), aquelas coisas se encontram compreendidos no âmbito da hipoteca): caso, ao invés, o penhor seja de constituição anterior à hipoteca, aquele prevalecerá, mesmo que o objecto da garantia pignoratícia ainda não exista autonomamente no momento do nascimento do ónus.

Em face do direito vigente, afigura-se, assim, que a constituição de penhor sobre tais bens será válida nos termos em que o for o nascimento de semelhante garantia sobre bens futuros, uma vez que o objecto do direito visado pelas partes não é o bem na sua configuração actual, mas antes naquela que virá a ter se e quando se verificar a separação relativamente ao bem a que se encontram incorporados.<sup>320</sup>

Relativamente às benfeitorias (e apesar de a lei, ao invés do que sucede na hipoteca – cfr. art.º 691.º, n.º 1, alínea c) - não as incluir directamente no âmbito da garantia) e independentemente de terem sido efectuadas pelo constituinte da garantia ou pelo credor pignoratício, advogamos, em tese geral, a sua inclusão na órbita da garantia pignoratícia.<sup>321</sup>

No caso de benfeitorias realizadas pelo credor pignoratício, a alínea b) do art.º 670.º atribui-lhe o direito de ser indemnizado das benfeitorias necessárias e úteis, bem como de levantar estas últimas.

Importa, assim, distinguir as benfeitorias necessárias – relativamente às quais o credor pignoratício tem o direito de ser indemnizado relativamente ao seu valor, mas sem que as possa levantar, tendo em conta a sua indispensabilidade para a conservação do bem onerado (art.º 1273.º, n.º 1, 1.ª parte) – das úteis, que o credor pignoratício poderá levantar, mas apenas desde que o possa fazer sem prejuízo para o bem empenhado: se assim não for, assiste-lhe o direito de ser indemnizado do valor dessas benfeitorias, segundo as regras do enriquecimento sem causa (art.º 1273.º, n.ºs 1, 2.ª parte, e n.º 2).<sup>322</sup>

Assim, quando se verifique o levantamento das benfeitorias, nenhum problema decorre, pois o valor do bem empenhado é reduzido na exacta medida dos arranjos operados e retirados.

---

<sup>319</sup> Assim, expressamente, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 198 (esclarecendo que apenas se consideram partes integrantes as coisas móveis ligadas materialmente a um prédio e, ainda, que “a imobilização das partes integrantes cessa apenas com a separação material, não bastando a mera distração jurídica”), Realmonte, Il pegno cit., pág. 639, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 153, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 28 e Ciccarello, ob. cit., pág. 685 (muito embora este último Autor alerte para o potencial conflito, quando os proprietários da coisa principal e da pertença não coincidam, entre um terceiro que adquira a coisa principal e a pertença depois da celebração do contrato de penhor, mas antes da entrega, e o credor pignoratício). Ghestin (dir.), Mestre, Putman e Billiau, ob. cit., pág. 215 apontam como exemplo o penhor de um estabelecimento comercial por parte do seu proprietário que, simultaneamente, seja proprietário do imóvel em que esse estabelecimento funcione, caso em que o penhor não poderá abranger o material “*attaché*” ao imóvel, pois este tornou-se um bem imóvel por destino (pele que apenas poderá ser alvo das garantias que recaiam sobre o próprio imóvel).

<sup>320</sup> Acerca da constituição de penhor sobre bens futuros, vide infra n.º 3.3 do Capítulo I.

<sup>321</sup> No mesmo sentido, para o direito espanhol, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1885, para além de reconhecer ao credor um direito de retenção sobre o bem até integral satisfação do crédito por benfeitorias.

<sup>322</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 690 e Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 305.

Obtendo o credor pignoratício uma indemnização pelo montante das benfeitorias realizadas - porque são necessárias ou, sendo úteis, não podem retirar-se sem prejuízo para a coisa onerada (cfr. art.º 1273.º, n.ºs 1 e 2) -, o valor do bem que lhe serve de garantia será aumentado em razão desses melhoramentos, com benefícios óbvios para o empenhante (que permanece proprietário do bem) e para os seus credores.

Se, ao invés, as benfeitorias houverem sido executadas pelo constituinte – embora pressuponham, pelo menos na maioria dos casos, o consentimento do credor pignoratício, por ser este quem detém o objecto – não vislumbramos qualquer motivo válido para excluir que o valor do bem onerado seja aquele que resultar de tais melhoramentos.<sup>323</sup>

Ou seja, poderemos até enunciar um princípio geral, segundo o qual a coisa onerada assegura o crédito garantido nos termos em que aquela se encontra no momento da execução da garantia, com a única ressalva de as transformações operadas desvirtuarem o objecto onerado,<sup>324</sup> originando, então, a extinção do penhor, aplicando-se este princípio independentemente de quem tenha sido o autor das benfeitorias.

Em suma, ou as benfeitorias podem ser separadas do bem onerado, não sofrendo com isso o credor pignoratício danos significativos ou, ao invés, este não as poderá levantar e, então, acrescerão ao bem onerado, ficando por isso submetidas ao ónus pignoratício que sobre este incide, sem prejuízo do direito do credor pignoratício a ser delas indemnizado (eventualmente beneficiando, para o efeito, do direito de preferência conferido pelo penhor).<sup>325</sup>

Noutra ordem de considerações, cumpre indagar se o penhor abrange igualmente as acessões<sup>326</sup> (união e incorporação de outra coisa alheia – art.º 1325.º) verificadas na coisa empenhada, sendo certo que, como bem observa RUBINO,<sup>327</sup> é difícil que tais acessões sejam levadas a cabo por outros sujeitos sem o consentimento do credor, tendo em conta que a coisa se encontrará normalmente em poder deste (ou, quando muito, de terceiro).<sup>328</sup>

---

<sup>323</sup> E isto independentemente de se tratar de benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias. De facto, tendo sido empenhado um determinado bem, os melhoramentos que o mesmo sofra (salvo casos excepcionais que serão analisados a respeito da extinção do penhor) não implicam transformação do bem, pelo que a garantia deve abrangê-lo no estado em que ele se encontra (mormente no momento da execução). Aliás, ocorrendo a situação inversa – a deterioração do bem – a garantia também continua a onerar o bem nos precisos termos em que este se encontra (sem prejuízo dos direitos que a lei confere ao credor para remediar a diminuição da sua garantia).

<sup>324</sup> Sobre este assunto, vide n.º 10.2 do Capítulo I.

<sup>325</sup> Acerca desta última questão, vide infra n.º 9.1 do Capítulo I.

<sup>326</sup> A respeito da hipoteca, o art.º 691.º, n.º 1, alínea b), apenas menciona as acessões naturais, com exclusão das industriais (o que justifica, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 712, em razão dos conflitos que origina, podendo resultar na atribuição do todo – imóvel e acessões – ao proprietário do prédio ou ao autor da acessão).

<sup>327</sup> Il pegno cit., pág. 203.

<sup>328</sup> Chironi, ob. cit., pág. 512 e segs., distingue consoante a adjução tenha sido obra do proprietário do bem empenhado (por exemplo, a título precário, caso em que o bem empenhado, se for o principal, permanece onerado, conjuntamente com a acessão verificada – “*perché l’oggetto della proprietà e però del pegno non è giuridicamente mutato*”; se, ao invés, o bem empenhado se une a outro e este assume carácter principal, a propriedade sobre aquele extingue-se, não tendo o credor pignoratício qualquer direito sobre o bem principal, restando-lhe recorrer às medidas legais de conservação da garantia), do credor pignoratício (devendo este restituir o bem ao empenhante, no caso de o bem onerado ser o principal, nos termos em que este se encontra em resultado da acessão – salvaguardado um eventual direito de indemnização – ou, caso o bem empenhado aceda a outro principal e tendo em conta a extinção do penhor, deverá devolver ao empenhante o valor do bem, podendo efectuar-se uma compensação entre este montante e o da obrigação garantida) ou de terceiro, por exemplo aquele a quem o bem empenhado houvesse sido confiado para guarda (caso em que a solução será similar à exposta para as acessões por obra do credor, apenas com duas ressalvas: por um lado, sendo a coisa onerada a principal na sequência

Também a respeito da acessão importa distinguir diversas conjecturas, consoante, por um lado, estejamos perante uma acessão natural (resultante exclusivamente das forças da natureza) ou industrial (quando, por facto do homem, se confundem objectos pertencentes a diversos donos, ou quando alguém aplica o trabalho próprio a matéria pertencente a outrem, confundindo o resultado desse trabalho com propriedade alheia) – cfr. art.º 1326.º - e, noutro plano, entre a união ou confusão do objecto empenhado se produza com coisas pertencentes ao credor, a terceiro ou ao próprio concedente da garantia.

Verificando-se a acessão natural, rege o princípio segundo o qual pertencerá ao dono da coisa tudo o que a esta acrescer (art.º 1327.º), pelo que, salvo melhor juízo, a garantia onerará o bem inicialmente onerado com a configuração que este assumir após tal acessão.

Relativamente à acessão industrial, será necessário invocar a distinção respeitante à propriedade do bem que se vai unir ao empenhado, importando analisar separadamente as hipóteses em que este pertença ao credor pignoratício, a terceiro ou ao próprio empenhante.

Assim sendo, na primeira hipótese, desde que a propriedade do conjunto ou da coisa transformada pertença ao empenhador (o que sucederá quando as coisas resultantes da união ou mistura pertençam ao empenhador<sup>329</sup> ou quando, tendo ocorrido uma especificação levada da cabo pelo credor, a propriedade da coisa transformada

---

da cessão, a garantia extinguir-se-á se o empenhante requerer a restituição do seu valor ou de outro bem equivalente – atendendo que a modificação do objecto da garantia conduz à sua extinção; por outro lado, se o bem onerado for secundário, em resultado da acessão, a extinção da garantia não se verificará se for pedida a separação do bem onerado). Analogamente, verificando-se a especificação, será igualmente necessário distinguir consoante o seu autor tenha sido o proprietário do bem onerado (hipótese na qual, em princípio, o penhor subsiste - mas em caso de utilização de matéria não separável, a garantia abrange apenas a quota correspondente ao valor da coisa onerada -, excepto se a mão de obra for considerado o bem principal, uma vez que, sendo assim, nasce um novo bem e o penhor se extingue), o credor pignoratício (permanecendo a propriedade do bem no empenhante e a garantia do credor – embora, quando este use matéria própria inseparável, a garantia seja acantonada à quota na comunhão -, salvo se a mão de obra for considerado o bem principal, uma vez que, sendo assim, nasce um novo bem e o penhor se extingue, sem prejuízo do eventual direito de indemnização do empenhante) ou um terceiro (seguindo, nesta hipótese, o penhor o destino do direito de propriedade do empenhante).

<sup>329</sup> Para determinar a atribuição da propriedade sobre os bens objecto de acessão industrial por via de união ou confusão, é forçoso distinguir consoante o autor da acessão tenha actuado de boa ou má fé: na primeira hipótese (cfr. art.º 1333.º, n.ºs 1 a 4) e se a separação deles não seja possível (ou, sendo-o, dela resulte prejuízo para alguma das partes) fará seu o objecto adjunto o dono daquele que for de maior valor, contanto que indemneze o dono do outro ou lhe entregue coisa equivalente (se ambas as coisas forem de igual valor e os donos não acordarem sobre qual haja de ficar com ela, abrir-se-á entre eles licitação, adjudicando-se o objecto licitado àquele que maior valor oferecer por ele; verificada a soma que no valor oferecido deve pertencer ao outro, é o adjudicatário obrigado a pagar-lha. Se os interessados não quiserem licitar, será vendida a coisa e cada um deles haverá no produto da venda a parte que deva tocar-lhe: em qualquer dos casos, o autor da confusão é obrigado a ficar com a coisa adjunta, ainda que seja de maior valor, se o dono dela preferir a respectiva indemnização). Em caso de má fé e nos termos do art.º 1334.º, n.ºs 1 e 2, se a coisa alheia puder ser separada sem padecer detrimento, será esta restituída a seu dono (sem prejuízo do direito que este tem de ser indemnizado do dano sofrido): se, porém, a coisa não puder ser separada sem sofrer deterioração, deve o autor da união ou confusão restituir o valor da coisa e indemnizar o seu dono, quando este não prefira ficar com ambas as coisas adjuntas e pagar ao autor da união ou confusão o valor que for calculado segundo as regras de enriquecimento sem causa. Finalmente, em caso de confusão causal (art.º 1335.º, n.ºs 1 e 2), se as coisas adjuntas ou confundidas não puderem separar-se sem detrimento de alguma delas, ficam pertencendo ao dono da mais valiosa, que pagará o justo valor da outra (se, porém, este não quiser fazê-lo, assiste idêntico direito ao dono da menos valiosa): se nenhum deles quiser ficar com a coisa, será esta vendida, e cada um haverá a parte do preço que lhe pertencer e, se ambas forem de igual valor, observar-se-á o disposto a respeito da união e confusão de boa fé.

pertencer ao empenhador),<sup>330</sup> o penhor continua a onerar esse conjunto ou essa coisa transformada, dado que o acessório segue a sorte da coisa principal, também para efeitos do penhor (se, ao invés, o conjunto ou a coisa transformada passar a ser do credor, o penhor extingue-se por confusão).<sup>331</sup> E, se for possível separar os bens unidos ou misturados sem deterioração significativa, sobre eles não incidirá a garantia, pois o bem empenhado mantém a sua identidade face àqueles.

As mesmas conclusões serão aplicáveis quando a união, mistura ou especificação se dêem com coisas ou por obra de terceiro – circunstância particularmente plausível caso a este seja atribuída a custódia do bem empenhado -, com a ressalva que o penhor também se extingue se a propriedade do bem se transferir para o terceiro.<sup>332</sup>

Se, por último, a união mistura ou especificação se dá com outras coisas do concedente da garantia, cabe ainda analisar separadamente os casos em que resulta prevalente a coisa previamente dada em penhor, daquelas em que a predominância seja conferida às coisas adicionadas ou à obra realizada.

Ocorrendo a primeira situação, não parecem subsistir dúvidas que o penhor continua a onerar o novo conjunto ou a coisa transformada. Já na hipótese oposta, há quem advogue que o penhor se extingue (salvo se a união, mistura ou especificação tiver sido realizada pelo concedente com a intenção de manter o penhor também sobre a coisa empenhada),<sup>333</sup> defendendo outros a subsistência da garantia.<sup>334</sup>

Note-se, assim, que o penhor não se estende às coisas unidas ou misturadas com o objecto do penhor, após a constituição da garantia, desde que aquelas sejam separáveis sem deterioração apreciável do bem empenhado (conservando, deste modo, cada uma a respectiva identidade), independentemente de quem seja o seu proprietário de tais bens (a não ser que o respectivo dono manifeste a vontade de a fazer incluir no âmbito do penhor): com efeito, mantendo o bem empenhado a sua autonomia jurídica, deverá continuar ser ele – e só ele – o objecto da garantia.<sup>335</sup>

---

<sup>330</sup> Verificando-se uma especificação (ou seja, quando alguém der nova forma, por seu trabalho, a coisa móvel pertencente a outrem), cumprirá igualmente separar a actuação de boa fé e a de má fé: na primeira, fará sua a coisa transformada, se ela não puder ser restituída à primitiva forma ou não puder sê-lo sem perda do valor criado pela especificação (neste último caso, porém, tem o dono da matéria o direito de ficar com a coisa, se o valor da especificação não exceder o da matéria) e, em qualquer caso, o que ficar com a coisa é obrigado a indemnizar o outro do valor que lhe pertencer (cfr. art.º 1336.º, n.ºs 1 e 2). Se a especificação tiver sido feita de má fé, será a coisa especificada restituída a seu dono no estado em que se encontrar, com indemnização dos danos, sem que o dono seja obrigado a indemnizar o especificador, se o valor da especificação não tiver aumentado em mais de um terço o valor da coisa especificada; se o aumento for superior, deve o dono da coisa repor o que exceder o dito terço (art.º 1337.º).

<sup>331</sup> Não podendo este sequer exigir uma nova garantia com base no art.º 701.º.

<sup>332</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 68.

<sup>333</sup> De acordo com Rubino, Il pegno cit., pág. 203, tal intenção será frequente, tendo em conta que o bem se encontra em poder do credor e que a união, mistura ou especificação apenas poderão realizar-se com o consentimento deste. Acrescenta o mesmo Autor que, quando se comprove tal intenção, não será necessário um novo acto formal de constituição de penhor, uma vez que a vontade das partes aponta no sentido de a coisa adstrita ou a nova obra são consideradas anexadas ao bem originariamente dado em penhor.

<sup>334</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 69, assegurando que, neste caso e uma vez que a propriedade do conjunto ou da coisa transformada permanece no concedente da garantia, o penhor não se deverá extinguir, pois será de admitir a vontade deste sujeito em onerar o conjunto ou a coisa transformada e, por outro lado, por não considerar razoável que o empenhador possa (praticando a obra ou efectuando a união ou a mistura) prejudicar o direito de penhor. Acrescentamos nós que, verificando-se tal prejuízo, o credor pignoratório poderá mesmo invocar o art.º 701.º, *ex vi* do art.º 678.º.

<sup>335</sup> Em sentido convergente, Rubino, ult. ob. e loc. cit. e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 68 e 69.

Pelo contrário, a garantia pignoratícia deverá expandir-se de modo a atingir igualmente os acrescentos jurídicos da coisa onerada.<sup>336</sup>

Um outro aspecto importante diz respeito aos frutos do bem empenhado: estarão eles compreendidos no âmbito do penhor que incida sobre a coisa de onde aqueles provêm?

O nosso Código, no art.º 672.º, n.º 1,<sup>337</sup> estabelece uma presunção de convenção anticrética de penhor ou pacto anticrético mobiliário,<sup>338</sup> nos termos da qual se entende,

---

<sup>336</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 204 e Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, pág. 69 (apontando como exemplo o penhor de uma quota, defendendo a extensão deste a todo o bem, em caso de renúncia ao seu direito por parte dos demais comproprietários). Partilhando este entendimento genérico relativamente às acessões, vide Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 148 a 150.

<sup>337</sup> Disposições análogas constam do art.º 2791.º do CCI (já anteriormente à entrada em vigor deste Código, Chironi, *ob. cit.*, pág. 584, admitia que o credor pignoratício pudesse ter direito aos frutos do bem onerado, não apenas quando houvesse convenção expressa nesse sentido, mas também “*per la natura stessa della cosa data in pegno proprio una cosa destinata a dar frutti, e che richiede per tal fine la cura e l’amministrazione del detentore, si deve indurre la volontà del costituente d’investire il creditore pignoratizio delle facoltà ocorrenti al bisogno. In questi casi i frutti s’intendono attribuiti al creditore*”) e do §1213 do BGB (cujo n.º 2, dispõe que, sendo a coisa frutífera por natureza, presume-se que o credor pignoratício com a posse exclusiva tenha direito à percepção dos frutos, acrescentando o §1214, n.º 1, que, tendo o credor pignoratício o direito a usar a coisa empenhada, fica obrigado a cuidar dos proveitos desses frutos e a prestar contas – a respeito deste regime, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, págs. 1485, esclarecem que não é possível que as partes acordem em circunscrever a garantia apenas aos frutos). Já o Código de Seabra (cfr. art.º 867.º) continha uma norma semelhante. No direito espanhol, porém, o art.º 1868.º, fala apenas de “*interesses*”, ou seja, ao juros enquanto rendimento de um capital, sendo a norma interpretada, pela doutrina maioritária, de modo restritivo, negando a sua aplicação a outro tipo de frutos, como os naturais, desta forma se resumindo o âmbito de aplicação do preceito aos casos em que o bem onerado seja um crédito que produz juros (cfr. Lúdia Arnau Raventós, *La imputación del artículo 1.868 del Código Civil*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 464 e segs., alertando para uma interpretação ainda mais restritiva, de acordo com a qual os frutos abrangidos seriam apenas os rendimentos de um crédito a obter uma prestação em dinheiro, posição contestada pela Autora, para quem, embora essa seja a hipótese mais usual, “*tampoco puede descartarse su aplicación a intereses consistentes en bienes fungibles distintos al dinero*”), deste modo excluindo o penhor de dinheiro (por configurar um penhor irregular e, por isso, a propriedade do bem se transferir para o credor), mas abrangendo os juros moratórios e os que se produzam em resultado da conversão dum penhor de créditos regular num irregular (em caso de vencimento do crédito empenhado antes do crédito garantido, hipótese na qual a garantia passa a recair sobre o objecto da prestação – normalmente dinheiro -, podendo o credor colocá-lo a render juros). Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1886, destaca como o projecto de Código Civil continha uma referência, não apenas aos juros, como também aos frutos, tendo esta última parte sido eliminada na versão final, embora permaneçam na doutrina dúvidas quanto à circunstância de a norma em questão abranger ou não os frutos, defendendo uns a solução afirmativa (argumentando que “*dentro de los intereses se incluyen tanto los frutos civiles o intereses en sentido estricto como los frutos naturales y los industriales*”, presumindo que “*el término empleado lo está en un sentido amplio, equivalente a frutos, mismo naturales que civiles*”), enquanto outros, nos quais se inclui o Autor, excluem os frutos da órbita do preceito (restringindo a norma aos penhores sobre créditos ou valores que os incorporem, uma vez que “*Mantener la equiparación de la palabra “intereses” con “frutos” es contraria a los antecedentes inmediatos del propio Código y por ello no es comprensible que se pretenda utilizar tal precedente para sostener la tesis extensiva*”, tanto mais que “*no parece aceptable ampliar su significado, cuando además el mismo va en contra de la propia esencia de las facultades concedidas en el art. 1.870 al acreedor; lo excepcional de la norma lleva a considerar más adecuada la tesis restrictiva*”), embora aceitando a possibilidade de as partes estipularem a convenção anticrética a outro tipo de bens frutíferos; esta posição é igualmente subscrita por Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 539 (desde logo tendo em conta os antecedentes históricos – e, em concreto, a supressão da parte da norma que, no projecto, se referia expressamente aos frutos – e depois considerando que tal interpretação é a mais congruente com a proibição de uso do bem empenhado, até porque a convenção anticrética não parece ser – ao invés do que sucede com a consignação de rendimentos ou a anticrese – da natureza do penhor: em suma, entende o Autor que “*el legislador ha querido mantener la relación prendaria entre los vinculados por ella con la mínima complejidad posible, que, incuestionablemente, se vería incrementada de admitirse la*

salvo estipulação em contrário, que o credor pignoratício tem direito aos proventos da coisa onerada.

Quanto ao destino a dar a esses frutos, os mesmos serão imputados, sucessivamente, ao pagamento das despesas realizadas com o bem empenhado,<sup>339</sup> dos juros vencidos e do capital devido.<sup>340</sup>

Por outro lado e no que especificamente respeita ao penhor de créditos, o art.º 683.º obriga o credor pignoratício a cobrar os juros e demais prestações acessórias compreendidas na garantia.<sup>341</sup>

---

*compensación en el caso de prenda de cosas fructíferas, desprovista, por otra parte, de cualquier disposición necesaria para fijar los criterios de valoración de los frutos, a efectos de la compensación y del régimen mismo de ellos”*); também Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 306, acata igualmente a restrição do pacto anticrético aos frutos naturais, sendo o entendimento mais lato, não confinando a aplicação do preceito aos juros, mas antes sustentando a sua aplicação a qualquer rendimento do bem onerado (ou seja, “*Aunque el precepto se refiere sólo a intereses, están sujetos a compensación todos los rendimientos de la cosa dada en prenda que sean percibidos por el acreedor. Lo que el acreedor compensa es siempre la ganancia resultante del fruto obtenido*”, concedendo esta norma ao credor “*la facultad implícita de negociar el producto obtenido y atribuirse la ganancia en pago*”). Para García Vicente, La prenda del crédito, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pág. 118, o preceito em questão “*Es aplicable no sólo a intereses sino a cualesquiera frutos o ganancias que deriven de la cosa pignorada*”. Em face do direito brasileiro (cfr. art.ºs 1433.º, V e 1435, IV, do CCB, que dispõem, respectivamente, que o credor tem direito a apropriar-se dos frutos do bem empenhado que se encontrem em seu poder e, por outro lado, que o mesmo credor é obrigado a imputar o valor dos frutos de que se aproprie, sucessivamente, nas despesas de conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida), Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 563, alega que “*Permanecendo o devedor como proprietário da coisa empenhada, continua com direito aos frutos e acessões. No entanto o contrato pode estipular que os frutos servirão para amortizar ou abater a dívida. Há necessidade de cláusula expressa, contudo*”.

<sup>338</sup> Utiliza esta segunda expressão Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 239, salientando que, deste modo, se obtém um resultado análogo ao da consignação de rendimentos.

<sup>339</sup> A lei espanhola, ao invés da nossa, não estabelece a imputação dos frutos (*rectius*, juros) cobrados ao pagamento das despesas de conservação do bem empenhado, apesar de, lá como cá, o credor ter direito ao reembolso destas despesas. Em face deste silêncio e apesar das dúvidas acerca do alargamento do penhor de modo a cobrir tais despesas, defendendo Arnau Raventós, ob. cit., pág. 479 e segs., que, independentemente da resposta a esta última interrogação, deve consentir-se a imputação dos juros cobrados ao pagamento, não só dos juros do crédito garantido e do seu capital, mas também das despesas de conservação, sob pena de o credor que tenha recebido juros em quantidade suficiente para liquidar a dívida de capital e os respectivos juros não poder continuar a cobrá-los para extinguir o seu crédito por despesas.

<sup>340</sup> No direito espanhol, a lei estabelece que os juros produzidos pelo crédito empenhado servirão para compensar os gerados pelo crédito garantido e, quando estes últimos não existam ou na parte em que o montante dos primeiros exceda o valor destes, será imputado ao capital do crédito garantido (art.º 1868.º do CCE). De acordo com Arnau Raventós, ob. cit., pág. 476 e segs., a compensação de juros com juros não é uma verdadeira compensação, entendida como causa de extinção das obrigações (preferindo falar antes de “*un supuesto de apropiación de la titularidad de unos bienes (...) con y por su percepción a cambio de la extinción de la deuda garantizada en la cantidad concurrente; diríase, más gráficamente, que se sigue el esquema de propiedad por deuda*”), enquanto a imputação de juros a capital equivale ao pagamento antecipado e progressivo da dívida garantida (e, caso os juros do crédito empenhado se vençam antes do crédito garantido, tal imputação será efectuada unicamente aquando do vencimento deste último, admitindo que os juros do crédito empenhado superam os produzidos pelo crédito garantido).

<sup>341</sup> No direito espanhol e na medida em que a lei não regula especificamente o penhor de créditos, importa determinar a quem assiste a legitimidade para cobrar e receber (podendo, cada uma delas, corresponder a sujeitos diversos) os juros do devedor do crédito empenhado, parecendo que o art.º 1868, ao estabelecer a presunção anticrética apenas se refere a esta última facultade de percepção dos frutos, mas, de acordo com Lúcia Arnau Raventós, ob. cit., pág. 472 e segs., deve também ser atribuído ao credor o poder de exigir os juros, configurando mesmo a existência de um poder-dever exclusivo (direito porque a principal utilidade da reclamação é para o credor, que poderá aplicar a quantia cobrada ao pagamento do seu crédito e dever porque o devedor terá, também ele, interesse nessa reclamação pois verá, desse modo, diminuir proporcionalmente o montante da sua dívida). Porém, importa distinguir a legitimidade para a

Tal convenção presumida constante do n.º 1 do art.º 672.º oferece benefícios para o credor, permitindo-lhe o reembolso gradual do montante que lhe é devido sem ter de aguardar pelo vencimento da obrigação garantida (podendo até evitar uma futura execução do bem onerado), do mesmo passo que concede vantagens ao devedor, possibilitando-lhe o pagamento faseado da dívida com menor esforço.<sup>342</sup>

A concessão ao credor pignoratício de um direito sobre os frutos do bem empenhado pode ser justificada como uma manifestação da função satisfatória do penhor, podendo aquele vender os frutos ou proceder à respectiva apropriação até ao valor do seu crédito.<sup>343</sup>

O preceito acabado de enumerar, aparentemente linear ao atribuir ao penhor a natureza de uma (presumida) anticrese mobiliária, suscita algumas questões.

Desde logo, parece que o pacto antirretórico apenas será de presumir quando a coisa for frutífera<sup>344</sup> pois, caso contrário, não será de admitir ter sido intenção das partes conceder ao credor pignoratício a faculdade de fazer frutificar a coisa:<sup>345</sup> em suma, caso a coisa empenhada já produzisse frutos na data da celebração do contrato de penhor, o pacto de anticrese deverá presumir-se, recusando-se a operatividade da presunção na hipótese inversa.<sup>346</sup>

Uma vez assente que o penhor se espraia de modo a envolver também os frutos que se vencerem em consequência de uma relação jurídica existente na data da constituição do penhor, coloca-se a dúvida de saber se os frutos abrangidos serão apenas os que se vencerem enquanto subsistir o penhor ou aqueles que forem pagos durante esse mesmo período (caso possam ser pagos antecipadamente).

Para esclarecer esta interrogação, urge recorrer aos critérios gerais de repartição dos frutos consagrados no art.º 213.º, nos termos do qual o direito aos frutos naturais se adquire no momento da percepção ou colheita dos mesmos (n.º 1),<sup>347</sup> enquanto a

---

cobrança do capital do crédito empenhado (defendendo alguns que tal poder cabe apenas ao credor pignoratício, ao passo que outros entendem assistir, conjuntamente, ao credor pignoratício e ao constituinte da garantia) e dos juros do crédito empenhado (que, como se viu, é atribuída, em exclusivo, ao credor pignoratício), sendo de concluir que a convenção anticrética consagrada no art.º 1868.º do CCE não abrange a cobrança do capital, com a consequente impossibilidade de imputação do capital cobrado ao montante da dívida de que é titular o credor pignoratício (mesmo na eventualidade de o crédito empenhado se vencer antes do crédito garantido).

<sup>342</sup> Salientando estes aspectos, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 28.

<sup>343</sup> Neste sentido, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 150.

<sup>344</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 33, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 692. Contra, Realmonte, Il pegno cit., pág. 641.

<sup>345</sup> Aliás, a possibilidade de fazer frutificar uma coisa não frutífera (Vaz Serra, ult. ob. e loc. cit., dá o exemplo do credor alugar a coisa objecto do penhor) não se deve presumir, uma vez que tal acto traduzir-se-ia num uso da coisa empenhada, proibido, salvo casos excepcionais, pela alínea b) do art.º 671.º.

<sup>346</sup> Citando Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 32, “*No entanto, se é dada em penhor uma coisa, que não é, por sua natureza, frutífera, mas que produz frutos (porque, por exemplo, está alugada e o locatário fica depositário dela em nome do credor pignoratício), parece ser de presumir também que se quis que os frutos da coisa servissem para satisfação do credor. Afigura-se, todavia, que só os frutos constituídos podem ser afectados ao pagamento do credor, por só quanto a esses poder presumir-se que se quis que ele de tais frutos se aproveitasse. Não lhe será, portanto, permitido dar a coisa em aluguer, a fim de conseguir, assim, frutos civis dela. Esta faculdade só a terá, se se convencionar que o credor fica com o direito de se pagar com os rendimentos da coisa dada em penhor (...). Se a coisa empenhada com anticrese produz frutos civis, em consequência de uma relação jurídica (v.g., aluguer) existente na data da constituição da anticrese, o credor tem, pois, direito a esses frutos.*”. Contra, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 151, ao admitir que também os bens frutíferos poderão ser também aqueles que assumam essa natureza após a celebração do contrato de penhor.

<sup>347</sup> Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 205 e 206, os frutos pertencerão a quem for titular do direito de fruição no momento da colheita. Antes dessa data, os frutos carecem de autonomia, acompanhando a coisa que os produz.



partilha dos frutos civis é operada de forma proporcional à duração do direito, ou seja, como se estes se vencessem e percebessem dia a dia (n.º 2).

Aplicando estas considerações gerais ao penhor, diremos que o credor pignoratício com pacto anticrético terá direito aos frutos naturais que sejam colhidos durante a vigência do seu direito, bem como aos frutos civis que se vençam durante o mesmo período.<sup>348</sup>

Por outro lado e como ressalta das considerações anteriormente expandidas, não distinguindo a lei, a respeito do penhor, entre frutos civis e naturais, dever-se-á considerar que a presunção operará relativamente a uns e outros.<sup>349</sup>

Cumpre salientar, noutra âmbito, que o direito de apropriação dos frutos pelo credor pignoratício abarca apenas os frutos provenientes directamente da coisa ou direito empenhados, não incidindo sobre aqueles que resultem de relações jurídicas de atribuição do gozo daqueles bens a terceiros por parte do credor ou do devedor.<sup>350</sup>

Cumpre, ainda, mencionar duas outras supostas restrições, sugeridas por VAZ SERRA,<sup>351</sup> à operatividade da presunção de pacto anticrético (quando o penhor tiver sido constituído por terceiro ou quando o bem não seja entregue ao credor), adiantando que nenhuma delas parece ter consagração legal.

Na primeira hipótese, acompanhamos o Ilustre Autor quando afirma ser duvidoso presumir-se que o terceiro pretendeu afectar (também) os frutos à satisfação gradual do crédito garantido (como que substituindo, desde logo, o devedor), devendo antes considerar-se ter sido sua intenção tão somente conceder uma garantia ao credor pignoratício, não sendo, por isso, o penhor constituído por terceiro assistido, em regra, de anticrese.<sup>352</sup>

Pelo contrário, se o bem tiver sido entregue a um terceiro, não detectamos qualquer impedimento à operatividade do pacto anticrético, uma vez que, para este efeito, apenas assume relevância a determinação do sujeito que constituiu a garantia e não daquele a quem foi concedida a guarda do bem empenhado.

Nem se objecte que a guarda da coisa pelo terceiro impede a percepção dos frutos por parte do credor, pois aquele será forçado a permitir a recolha directa por parte deste último.<sup>353</sup>

Conforme decorre do exposto, as partes são livres de afastar, através de acordo expresso, a natureza anticrética presumida do penhor,<sup>354</sup> estabelecendo o n.º 2 do art.º

---

<sup>348</sup> Em termos semelhantes para o direito italiano, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 248, afirmando que o credor pode apropriar-se de todos os frutos ainda não recolhidos no momento da entrega da coisa, incluindo os maturados antes de tal momento e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 150.

<sup>349</sup> Do mesmo modo, Vaz Serra, *ult. ob. e loc. cit.*. Contra, Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 685, argumentando ser necessário, para os frutos civis, uma manifestação de vontade das partes nesse sentido.

<sup>350</sup> Assim, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 642, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 31 e Gabrielli, *ob. cit.*, pág. 150 e 152 que dá o exemplo das licenças concedidas pelo constituinte sobre um direito de propriedade previamente empenhado.

<sup>351</sup> Penhor *cit. in* BMJ n.º 58, pág. 31.

<sup>352</sup> Vide Penhor *in* BMJ n.º 59, págs. 203 e 204. Deste modo, duas hipóteses seriam admissíveis: ou estabelecer que os frutos continuarão a pertencer ao empenhador e só estarão afectados ao penhor aqueles que estiverem em curso na data da realização do penhor e os posteriores - “*Os frutos ou juros continuariam a pertencer, livres do penhor, ao empenhador, até ao momento da realização do penhor e só os frutos então fazendo parte da coisa e os posteriores (tratando-se de penhor de coisas) e os juros correspondentes ao tempo posterior (tratando-se de penhor de créditos) seriam abrangidos pela garantia pignoratícia*” – ou, pelo contrário, os frutos seriam cobrados e ser-lhes-ia dado o mesmo destino do bem empenhado (“*autorizando-se o credor pignoratício a cobrar os frutos e constituindo-se com eles um valor que oportunamente poderá servir para a satisfação do credor pignoratício*”). O Autor inclina-se, embora com dúvidas, para a segunda alternativa.

<sup>353</sup> Assim para o direito italiano, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 248, acrescentando que, em caso de inércia do credor, o depositário tem a obrigação de recolher os frutos e de os entregar ao credor.

672.º que, salvo convenção em contrário, os frutos restituídos ao devedor não se encontram abrangidos pelo penhor.<sup>355</sup>

VAZ SERRA, ao invés, propôs a solução oposta, considerando que os produtos da coisa empenhada continuam onerados pelo penhor, conservando-os o credor pignoratício como acessórios daquela coisa e sujeitos ao mesmo destino dela.<sup>356</sup>

Se *de iure condito* a posição de VAZ SERRA<sup>357</sup> não pode obter acolhimento, *de iure condendo* merece todo o nosso aplauso, pois não será de admitir que a renúncia expressa do credor ao pacto anticrético seja de molde a admitir a renúncia presumida ao exercício da garantia sobre partes do bem empenhado.

Nem se diga que, raciocinando desta forma, o penhor com pacto anticrético e o penhor simples se confundiriam, uma vez que naquele o credor faz seus os frutos e paga-se pelo seu valor e no penhor simples – acolhendo o entendimento de VAZ SERRA e por nós sufragado – limita-se a conservá-los, juntamente com a coisa mãe, com garantia até ao eventual vencimento e incumprimento da obrigação principal, momento em que os executará nos mesmos termos em que lhe seja lícito executar o bem principal onerado.<sup>358</sup>

Noutra ordem se considerações, refira-se que a recolha dos frutos pelo credor pignoratício constitui não apenas um direito, mas igualmente um dever, cuja fonte reside na obrigação de administração do bem empenhado (cfr. art.º 671.º, alínea a)) e que existe independentemente da resposta a dar à questão acerca do destino dos frutos.<sup>359</sup>

Por outro lado, coloca-se a questão de saber se será necessária uma avaliação dos frutos recolhidos pelo credor, sobretudo tratando-se de frutos naturais, parecendo que essa avaliação se impõe com base nos mesmos motivos de protecção do devedor que justificam a proibição do pacto comissório.<sup>360</sup>

---

<sup>354</sup> Admite, no direito espanhol, o afastamento do pacto anticrético por vontade das partes, Arnau Raventós, ob. cit., págs. 480 e 481, consentindo pactos que excluam a faculdade de imputação ou outros que permitam apenas a compensação de juros com juros ou de juros com capital.

<sup>355</sup> Para aqueles que, no direito espanhol, recusem a existência de um pacto anticrético presumido no que toca aos frutos (restringindo o âmbito da presunção legal aos juros), coloca-se, em termos ainda mais amplos, o mesmo problema de saber qual o destino a dar a esses frutos. Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 540, embora relatando opiniões em contrário (entendendo que o credor deve conservar tais frutos, encontrando-se os mesmos abarcados pelo penhor enquanto acessórios do bem onerado, devendo prestar conta deles no momento da extinção da garantia), opina que tais frutos deverão ser entregues ao devedor, a quem os mesmos pertencem (sem prejuízo de eventual ressarcimento do credor pelos danos decorrentes da sua colheita).

<sup>356</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 36 a 38. Se os frutos não puderem ser conservados devido ao risco de deterioração, deverá o credor vendê-los e conservar o preço (no mesmo sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 99).

<sup>357</sup> Sustentando a mesma posição em face do direito francês, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 99 (posição esta que, ao não existir qualquer presunção do carácter anticrético, se aplica à generalidade dos penhores, salvo no caso do penhor de créditos – cfr. art.ºs 2081.º CCF).

<sup>358</sup> Diga-se, aliás, que a solução consagrada no n.º 2 do art.º 672.º vem, na prática, eliminar qualquer direito do credor pignoratício aos frutos do bem empenhado, em claro contraste com as regras gerais em matéria de atribuição daqueles (cfr. art.º 213.º).

<sup>359</sup> Admitindo que, mesmo quando o penhor não seja acompanhado de anticrese, o credor não se pode considerar eximido da sua obrigação de cobrar os frutos com diligência (excepto aqueles que o empenhante possa colher) e responde mesmo por aqueles que se perderem por negligência sua, vide Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 36.

<sup>360</sup> Afirmando a necessidade desta avaliação, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 150 e Realmonte, Il pegno cit., pág. 642 (que invoca o art.º 2798.º do CCI que estabelece que a adjudicação em pagamento dos bens empenhados aos credor exige uma prévia avaliação destes, a realizar por peritos ou de acordo com o preço corrente, caso a coisa tenha um valor de mercado).

Por último, VAZ SERRA nota que os frutos separados poderão ser objecto autónomo de penhor,<sup>361</sup> mas o mesmo não sucederá com aqueles não separados,<sup>362</sup> uma vez que relativamente a estes não poderá o credor obter a respectiva posse (excepto quando tomar posse dos frutos separados). Se, pelo contrário, o credor tiver a posse da coisa principal não parece haver obstáculo à constituição de penhor mesmo sobre estes últimos, ao menos termos em que for admissível o penhor de coisa futura.<sup>363</sup>

Em nosso entender, o penhor sobre os frutos não separados será aceitável nos precisos moldes em que o for o penhor de coisa futura, mesmo que o bem principal não se encontre em poder do credor pignoratício.<sup>364</sup>

### 3.2 - Possíveis objectos do penhor

Depois de expostos os requisitos gerais a que deve obedecer o objecto da garantia pignoratícia, importa analisar quais os bens que se enquadram em tais pressupostos, para depois nos debruçarmos sobre alguns casos duvidosos.

No Código de Seabra o art.º 856.º dispunha que poderia ser dado em penhor qualquer objecto móvel, acrescentando o art.º 377.º que quando a lei utilizasse a expressão “*móveis*” esta apareceria referida apenas aos objectos materiais que são móveis por natureza.

Da conjugação destes dois preceitos parecia ser de concluir pela restrição do âmbito dos objectos empenháveis às coisas corpóreas, as únicas enquadráveis na categoria das coisas móveis por natureza.

Todavia, o simples facto de o próprio Código de 1867 ter previsto a admissibilidade de penhor sobre objectos como os títulos de crédito ou as acções de empresas (bens não considerados, de acordo com a própria classificação do Código, móveis por natureza) conduziu a doutrina a alargar o domínio da empenhabilidade a todos os bens móveis, fossem eles móveis por natureza ou por disposição de lei, corpóreos ou incorpóreos.<sup>365</sup>

Da própria sistematização do actual Código, resulta que os possíveis objectos do penhor são, por um lado, as coisas e, por outro, os créditos ou outros direitos, ou seja, poderão ser empenhados quaisquer bens, corpóreos ou incorpóreos, desde que “*juridicamente mobiliários*”,<sup>366</sup> embora, para alguns Autores italianos, a expressão “*coisas*” aparece referida exclusivamente aos bens corpóreos.<sup>367</sup>

---

<sup>361</sup> Caso esses frutos estejam compreendidos no penhor que recai sobre o bem principal, por força da existência de um pacto anticrético, um direito autónomo de penhor sobre eles incidente apenas será admissível nos termos em que o seja a constituição de mais de um penhor sobre o mesmo objecto.

<sup>362</sup> Faggella, ob. cit., pág. 45, admite mesmo a dação em penhor dos frutos tendo em vista o momento posterior da sua separação e recolha.

<sup>363</sup> Partidário deste entendimento é Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 75. Negando a empenhabilidade dos frutos pendentes, por força da sua consideração como imóveis, Puig Brutau, ob. cit., pág. 27, admitindo apenas que um contrato de penhor com este objecto produza apenas efeitos pessoais entre os contraentes (nascendo o penhor apenas com a separação dos frutos - caso o credor seja já possuidor da coisa principal - ou com a sua entrega ao credor)

<sup>364</sup> Vide infra n.º 3.3 do Capítulo I.

<sup>365</sup> Neste sentido, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 30 e 31 e Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 30 e 31.

<sup>366</sup> A expressão é de utilizada por Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 215.

<sup>367</sup> Designadamente Realmonte, Il pegno cit., pág. 639 e, principalmente, Rubino, Il pegno cit., pág. 201, a propósito do art.º 2784.º do CCI, em tudo semelhante ao nosso art.º 666.º. Prosseguindo o seu raciocínio, o Autor transalpino sustenta que as coisas incorpóreas poderão ser objecto de penhor se forem direitos. Caso contrário, apenas serão empenháveis se constituírem objecto de um direito (citando como exemplo a propriedade industrial), pois, tratando-se de coisas não objecto de um direito, não será admissível o penhor, até porque estes bens são insusceptíveis de desapossamento.

Dentro dessa categoria, poderão ser objecto de penhor tanto as coisas não consumíveis e infungíveis, consumíveis e fungíveis, como as consumíveis e fungíveis,<sup>368</sup> havendo até ordenamentos jurídicos, como o francês, após a reforma de 2006, que expressamente reconhecem e regulamentam as garantias sobre bens fungíveis (art.º 2341.º)<sup>369</sup> e sobre stocks de bens, sendo que, sobre estes últimos, a garantia pode ser constituída nos termos do regime civilístico geral<sup>370</sup> ou da lei comercial (cfr. art.ºs L527-1 a L527-11, do Code de Commerce).<sup>371</sup>

---

<sup>368</sup> No mesmo sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 64, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 52, Puig Brutau, ob. cit., pág. 25 e Barrada Orellana, ob. cit., pág. 210 (admitindo que o penhor sobre bens fungíveis não é tanto um penhor sobre um objecto, mas antes um penhor que recai sobre o valor desses mesmos bens). Relativamente aos bens fungíveis, a sua individualização opera-se através da entrega do bem ao credor, apenas permanecendo como fungíveis na medida em que o empenhante esteja autorizado a dispor desse mesmo bem, formando o chamado penhor irregular – neste sentido, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 537 (salientando igualmente a função de identificação dos bens fungíveis empenhados desempenhada pela entrega do bem e realçando que apenas a partir dessa data de deverá considerar constituído o penhor, Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 2.ª Edição, LGDJ, 1999, pág. 258). Admite também que o penhor possa recair sobre bens fungíveis e/ou consumíveis, Henri Mazeaud, ob. cit., págs. 145 e 146, esclarecendo que, neste último caso, o credor “*devient propriétaire de l’objet engagé et doit restituer une chose équivalente, non la chose elle-même, à moins que la loi ou le contrat ne décident le contraire, auquel cas la chose perd son caractère de consompibilité*”.

<sup>369</sup> De acordo com o Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés – Rapport au Ministre de la Justice, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf>, pág. 11, esta solução não põe em causa o princípio da especialidade do penhor (quanto aos créditos garantidos e aos bens onerados). Em relação aos bens fungíveis, duas outras regras inovadoras foram consagradas: por um lado, em caso de penhor sem desapossamento, o constituinte pode, existindo convenção nesse sentido, alienar os bens onerados, desde que os substitua por outros idênticos e na mesma quantidade (art.º 2342.º, embora não tenha sido acolhida na totalidade a proposta do grupo de trabalho citado no início desta nota que previa, em caso de venda dos bens onerados, que “*les droits du créancier gagiste s’exerceraient sur le bien qui en serait la représentation*”, solução esta mais explícita quanto à consagração legal de uma verdadeira sub-rogação real); para além disso, nos penhores com desapossamento (já nos penhores sem desapossamento e como notam Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 227, o constituinte mantém a propriedade dos bens onerados, mas deve conservá-los, excepto se o credor autorizar a respectiva alienação, caso em que deverá substituí-los por outros da equivalentes e na mesma quantidade) o credor tem o dever de manter separados os bens empenhados dos seus próprios bens da mesma natureza (e, não o fazendo, empenhante tem o direito de reclamar a restituição do bem) e, caso o contrato dispense o credor deste dever, este adquire a propriedade das coisas empenhadas, sem prejuízo da obrigação de devolução de outras do mesmo valor e quantidade, ou seja, nesta última hipótese estaremos perante um penhor irregular (cfr. art.º 2341.º) - este último inciso fornece, segundo Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 364, um argumento a favor da qualificação do penhor de coisas fungíveis como um verdadeiro penhor (embora dotado de um regime particular, uma vez que o credor adquire, pela própria natureza dos bens onerados, poderes similares aos de um proprietário) e não como uma transferência da propriedade com fins de garantia (menos convictos são Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., págs. 227 e 230, para quem, nesta hipótese, “*Le gage se distingue alors difficilement du transfert de propriété fiduciaire, comme montre le cas du gage-espèces*”, perguntando até se “*le gage translatif de la propriété décrit dans ce texte n’est pas le gage-espèces qualifié naguère de cession fiduciaire?*”, acabando por concluir que a diferença reside no modo de constituição (requerendo-se um documento escrito para o penhor, mas não para a cessão). Em sede de execução, cada uma destas garantias obedece a um procedimento distinto, porquanto o penhor, ao contrário da cessão, requer o recurso a uma das modalidades (venda ou atribuição) previstas na lei: dada a similitude entre estas duas garantias, os Autores entendem que as partes deverão esclarecer cabalmente qual das duas pretendem constituir.

<sup>370</sup> A possibilidade de o penhor poder recair sobre conjunto de bens (vide infra n.º 3.5 do Capítulos I) e sobre bens fungíveis torna viável a oneração de um stock de bens, pelo que parece desnecessária a consagração, na lei comercial, de um penhor especial sobre esta categoria de bens - Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 375.

<sup>371</sup> Nos termos do art.º L527-3, podem formar objecto deste penhor os stocks de matérias primas e aprovisionamentos, produtos intermédios, residuais e finais, bem como as mercadorias que pertençam ao devedor, sendo a respectiva natureza e valor determinados de acordo com a data do último inventário (excepto se sujeitos a uma cláusula de reserva de propriedade). Semelhante possibilidade é igualmente

Este último regime, pelo seu carácter exaustivo,<sup>372</sup> merece algumas considerações adicionais, podendo ser concedido por qualquer pessoa colectiva ou singular no exercício da sua actividade profissional, em garantia de financiamentos outorgados por estabelecimentos de crédito,<sup>373</sup> devendo a garantia tem que constar de documento particular, conter, sob pena de nulidade, determinadas menções<sup>374</sup> (art.º L527-1) e ser inscrita, também sob pena de nulidade, num registo público (art.º L527-4),<sup>375</sup> os stocks empenhados não poderão tornar-se, mesmo em caso de incumprimento

---

prevista a propósito dos *warrants* constituídos pelos armazéns gerais, uma vez que o art.º L522-34 do mesmo Code de Commerce dispõe que, quando tenham sido depositadas mercadorias fungíveis relativamente às quais tenha sido entregue um recibo e um *warrant*, aquelas podem ser substituídas por outras da mesma natureza, espécie e qualidade (devendo a substituição ser mencionada no recibo e no *warrant*), transferindo-se o direito dos portadores daqueles documentos para as mercadorias substitutas.

<sup>372</sup> Importa, porém, sublinhar que o conflito desta garantia com outras sobre os mesmos bens não se encontra cabalmente resolvido pelo legislador. Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 379, enumera o conflito com a reserva de propriedade (que, teoricamente, não se poderá dar, uma vez que o bem objecto de uma reserva de propriedade não é passível de um penhor sem desapossamento: porém, na medida em que nem sempre a reserva de propriedade é publicada, o conflito surgirá e deverá ser, segundo o Autor, resolvido em benefício do proprietário reservado, sem prejuízo de um direito de indemnização a favor do credor pignoratício contra o constituinte que não o tenha advertido da existência da reserva de propriedade), com um penhor com desapossamento (resolvido pelo art.º 2340.º, n.º 2, do CCF, nos termos do qual o credor titular de um penhor sem desapossamento anterior prevalece sobre um credor posterior, mesmo que este seja detentor de um penhor com desapossamento) e com outro penhor com desapossamento (à partida resolvido com base na prioridade de inscrição das diversas garantias, embora o facto de as diversas garantias não serem inscritas no mesmo registo originar conflitos de difícil resolução).

<sup>373</sup> Em termos mais gerais e de acordo com o art.º L521-1 do mesmo Código (também introduzido pela reforma de 2006), o penhor comercial (considerando-se como tal o concedido por um comerciante ou não, tendo em vista um acto de comércio) constitui-se e torna-se oponível a terceiros nos termos do art.º L110-3 (de acordo com o qual, entre comerciantes e salvo disposição em contrário da lei, os actos de comércio podem provar-se por qualquer meio). No entanto, o alcance geral destes preceitos não impede a necessidade de observância de formalidades alternativas para os títulos de crédito (art.º L521-1, n.º 2, nos termos do qual o penhor com este objecto pode, alternativamente, constituir-se através de um endosso regular dos mesmos, indicando que os ditos valores foram dados em garantia), para as participações sociais (art.º L521-1, n.º 3, norma que permite a constituição da garantia, sempre que a transmissão desses bens se encontre sujeita a inscrição no registo da sociedade, através de uma transferência a título de garantia a inscrever nesse mesmo registo) e, para os créditos empenhados, do cumprimento das regras civilísticas do penhor de créditos (art.º L-521-1, n.º 4). Outra norma aplicável à generalidade dos penhores comerciais respeita à execução da garantia (art.º L521-3) – sobre este último aspecto, vide infra n.º 8 do Capítulo I.

<sup>374</sup> A saber: a denominação “*acte de gage des stocks*”; a designação das partes; a menção que os actos se encontram sujeitos a este regime específico contido nos art.ºs L527- 1 a L527-11 do Code de Commerce; o nome da seguradora que garante os riscos de incêndio e destruição dos bens onerados (cfr. art.º L527-6, n.º 2); a identificação do crédito garantido; a duração da relação de garantia; e, especialmente, “*une description permettant d’identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que l’indication du lieu de leur conservation*”.

<sup>375</sup> Mais precisamente no registo existente na secretaria do tribunal do local no qual o devedor possua o seu domicílio ou sede social, inscrição esta que (sob pena de nulidade do penhor) deverá ser efectuada no prazo de 15 dias a contar da formação do acto constitutivo da garantia. É com base na data de inscrição que se resolve o conflito entre os diversos credores pignoratícios (em caso de inscrição no mesmo dia, os credores concorrem proporcionalmente). A inscrição da garantia obedece ao disposto nos art.ºs R527-1 a R527-11 do mesmo Código (nos termos deste regime, para inscrever a sua garantia, o credor envia ao secretário do tribunal de comércio da sede do constituinte ou do seu domicílio um dos originais do acto constitutivo do penhor – sendo comprovado através da inscrição num registo especial, que pode assumir a forma electrónica, mediante a atribuição de um número especial -, juntamente com um requerimento, em duas vias, do qual devem constar a identificação das partes, a data da constituição do penhor, o facto de incidir sobre um stock, o montante do crédito garantido – a data da respectiva exigibilidade e taxa de juro e, para os créditos futuros, a indicação dos elementos que consintam a sua identificação -, uma descrição dos stocks presentes ou futuros empenhados – com referência à sua natureza, qualidade, quantidade e valor, bem como, se for o caso, a menção que a quantidade de stocks empenhados diminui na proporção

da obrigação garantida, propriedade do credor (art.º L527-2),<sup>376</sup> a garantia transfere-se, de pleno direito, dos stocks alienados para aqueles que os substituírem (art.º L527-5, n.º 2),<sup>377</sup> o devedor obriga-se a conservar os stocks, em quantidade e qualidade (art.º L527-6, n.º 1)<sup>378</sup> e, caso o estado dos stocks aparente uma diminuição de 20% do seu valor, o credor pode intimar o devedor para, em alternativa, restabelecer o montante da garantia, ou pagar uma parte do débito proporcional à diminuição da garantia<sup>379</sup> (e, em caso de incumprimento da intimação, exigir imediatamente o pagamento total da dívida, ainda que não vencida – art.º L527-7, n.º 3).<sup>380</sup>

Como facilmente se compreende, quando o penhor recaia sobre bens fungíveis e consumíveis surgem determinadas interrogações, designadamente no que concerne à legitimidade do credor para substituir ou dispor do bem empenhado<sup>381</sup> ou aos termos em que se processa o cumprimento, por parte do credor pignoratício, do dever de conservação do bem onerado que sobre ele impende.<sup>382</sup>

Relativamente às coisas fungíveis, nomeadamente quando o objecto da garantia consista em dinheiro,<sup>383</sup> coloca-se o problema de saber se existirá aqui um verdadeiro

---

da liquidação do crédito garantido - e o local de conservação dos stocks empenhados e, se for o caso, a designação do *custode*: a menção da constituição da garantia será inscrita nos duplicados – com indicação do número de inscrição e da data em que foi efectuada – ficando uma das vias para o registo e sendo a outra remetida ao requerente, devendo ainda o registador possuir um ficheiro geral electrónico, ordenado alfabeticamente com o nome dos devedores e a indicação dos respectivos números das inscrições respeitantes a cada um deles. As inscrições, regularmente efectuadas, produzem efeitos na data em que forem realizadas, por um período de 5 anos, renovável)

<sup>376</sup> Não deixa de parecer incongruente que o legislador, na mesma reforma, levante a proibição do pacto comissório no regime geral do penhor (cfr. art.º 2348.º do Code Civil) e a mantenha para o penhor de stocks, tanto mais atenta a natureza fungível dos bens que integram estes stocks (salientam esta incongruência Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 379 e Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010, cit., pág. 519).

<sup>377</sup> No que constitui, ao menos no juízo de alguns, uma consagração legal inequívoca da sub-rogação real – neste sentido, Legeais, Sûretés 2009 cit., págs. 377 e 378 e Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 623.

<sup>378</sup> Outras obrigações do devedor são as de segurar os bens empenhados contra o risco de incêndio e destruição (n.º 2 do mesmo preceito); consentir, a qualquer momento, a inspecção do estado dos stocks por parte do credor, a expensas deste (art.º L527-5, n.º 3); ter à disposição do credor um documento atestando as condições dos stocks empenhados e a relação das operações que sobre os mesmos incidam (art.º L527-7, n.º 1); e não diminuir o valor dos stocks (art.º L527-7, n.º 2).

<sup>379</sup> Independentemente de qualquer incumprimento por parte do devedor, as partes podem acordar, *ab initio*, que uma parte dos stocks empenhados diminua em medida proporcional à da liquidação da dívida garantida (art.º L527-8). Por outro lado, em caso de pagamento antecipado do crédito garantido, o devedor não terá que pagar os juros que se vencessem até à data acordada para o cumprimento da obrigação (art.º L527-9, n.º 1). Pelo contrário, se o credor recusar as ofertas de pagamento do devedor, este pode liberar-se consignando em depósito a sua prestação (art.º L527-9, n.º 2). Para além disso, a protecção do credor é ainda assegurada pela necessidade de segurar bens contra os riscos de incêndio e destruição, pela possibilidade que a lei lhe confere de verificar o estado dos stocks e pelo dever imposto ao constituinte de manter à disposição do credor a contabilidade dos stocks dados em garantia.

<sup>380</sup> No que respeita à execução da garantia, aplicam-se as regras previstas para o penhor civil (cfr. art.º L527-10), com excepção do preceito que levanta a proibição do pacto comissório.

<sup>381</sup> Admitindo que o credor pignoratício possa substituir um bem empenhado fungível ou consumível por outro, passando a garantia a recair sobre este último, Jobard-Bachellier, ob. cit., pág. 57 e Philippe Théry, Sûretés et publicité foncière, 2.ª Edição, PUF, 1998, pág. 295.

<sup>382</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 9.2.3 do Capítulo I.

<sup>383</sup> Aludia já esta modalidade de penhor Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 30, noticiando que a mesma era geralmente apelidada de “*cautionnement*” (naturalmente que o problema do penhor irregular - e da sua distinção face ao penhor regular - apenas se coloca relativamente às espécies monetárias com curso legal e não quanto àquelas fora de circulação, as quais apenas poderão ser objecto do penhor regular, nos termos comuns). Posição *sui generis*, a este respeito, é a de Finez Ratón, Garantías sobre cuentas y depósitos bancários. La prenda de créditos, Bosch, 1994, págs. 19 e 20, para quem o dinheiro, na maior

penhor, atendendo à faculdade ordinariamente reconhecida ao credor pignoratício de dispor dos concretos bens onerado.<sup>384</sup>

Este tipo de garantias – sobretudo quando incidam sobre dinheiro - é normalmente constituído para assegurar obrigações de natureza não pecuniária – até porque, para as outras, o mais provável é que o dinheiro seja utilizado para extinguir a obrigação principal e não para garantir o seu cumprimento -, podendo até servir para balizar a responsabilidade máxima de eventuais danos, ficando o incumprimento da obrigação principal, até esse limite, assegurado pela quantia previamente entregue.<sup>385</sup>

Resumidamente, no regime comum do penhor (a que podemos chamar regular), o credor, uma vez cumprida a obrigação pelo seu devedor, assume o dever de devolver ao constituinte precisamente o objecto dado em garantia (cfr. art.º 671.º, alínea c)), daí poder afirmar-se que existe uma restituição de coisa específica.<sup>386</sup>

Ora, quando a garantia recaia sobre um bem fungível<sup>387</sup> – cujo exemplo paradigmático é o dinheiro – o credor, uma vez cumprida a obrigação por parte do seu devedor, normalmente não irá restituir exactamente os bens que lhe foram entregues, mas antes outros da mesma natureza e quantidade, pelo que, neste caso assistimos a

---

parte dos casos, constitui uma unidade de medida e valor dos demais bens, não passando de uma inscrição numa conta bancária (sendo impróprio falar de propriedade de dinheiro), nem fazendo sentido qualificá-lo como bem fungível ou infungível, mas sim como “*un bien jurídicamente concebido como una unidad ideal, cuya capacidad de sustitución no viene determinada por un criterio cualitativo, como sucede en las demás cosas o bienes fungibles, sino que dicha potencia de sustitución es la más absoluta al serlo de todas las demás cosas, bienes y servicios*”.

<sup>384</sup> Acerca da natureza jurídica do apelidado penhor irregular, vide infra Capítulo IV. Apesar de normalmente a questão se centrar nos casos em que o objecto originário do penhor seja um bem fungível, a distinção entre penhor regular e irregular também poderá colocar-se a respeito daqueles casos em que o penhor sobre dinheiro resulte de sub-rogação (como sucederá, por exemplo, quando após a venda do bem empenhado, o direito do credor pignoratício se transfere para o produto dessa alienação ou quando, no penhor de créditos, o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado e este tiver por objecto dinheiro). Nestas hipóteses, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 104, sustenta estarmos perante um penhor regular, não se transmitindo a propriedade do dinheiro para o seu detentor, muito embora (ao contrário do que sucede no regime geral do penhor de coisas) o credor não tenha que realizar o valor da garantia através da venda, operando-se a satisfação do seu direito através da apropriação do dinheiro (no entanto, o mesmo Autor defende que esta apropriação apenas será automática – no sentido de a única condição para a sua admissibilidade ser o vencimento do penhor – quando o penhor haja sido constituído pelo próprio devedor. Tendo sido constituído por terceiro, o devedor deverá ser alertado de que, não pagando a dívida, o credor se pagará com o penhor).

<sup>385</sup> Realça este aspecto, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 724.

<sup>386</sup> Enfatizando o facto de as garantias que incidam sobre bens infungíveis e/ou consumíveis obrigar à conservação daqueles efectivamente entregues, vide Puig Brutau, ob. cit., pág. 25. Precisamente tendo em vista a eventual restituição ao constituinte da garantia, a alínea b) do mesmo art.º 671.º veda ao credor pignoratício o uso da coisa sem o consentimento do autor do penhor, excepto se o uso for indispensável à respectiva conservação.

<sup>387</sup> Não se nega, embora a hipótese seja menos frequente, a possibilidade de constituição de um penhor regular sobre bens fungíveis, através da individualização dos concretos bens empenhados – designadamente por via da sua inscrição numa conta, como sucede com os valores mobiliários - muito embora também neste caso se suscitem dúvidas acerca da natureza jurídica desta garantia (penhor de créditos ou penhor de bens escriturais: a favor desta segunda alternativa, Aynès e Crocq, Les sûretés: la publicité foncière, Defrénois, 2004, pág. 202). Segundo Artuto Dalamertello, Pegno irregolare, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. XII, 3.ª Edição, 1957, pág. 800, a diferença principal entre o penhor regular e o irregular assenta no respectivo objecto, ou melhor, “*nella diversa considerazione che parti fanno dell’oggetto stesso: che deve essere un bene infungibile o considerato in specie invidua se fungibile, nel pegno regolare; mentre deve essere un bene fungibile e considerato come tale, cioè, sostituibile con il tantumdem eiusdem generis, nel pegno irregolare*”.

uma devolução de coisa genérica,<sup>388</sup> sendo até legítimo presumir-se o carácter irregular das garantias que incidam sobre este tipo de bens.<sup>389</sup>

Costuma afirmar-se, por isso, estarmos perante um “penhor irregular”,<sup>390</sup> precisamente porque os bens entregues em garantia ao credor pignoratório confundir-se-ão com outros existentes no respectivo património, sendo a eventual obrigação de restituição do equivalente cumprida com outros de quantidade e valor equivalentes.<sup>391392</sup>

---

<sup>388</sup> De facto, não tendo o credor a obrigação de devolver ao concedente da garantia os concretos bens que lhe foram entregues, poderá usá-los – neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 28 e 29.

<sup>389</sup> Apenas existindo obrigação de restituir as concretas espécies entregues se tal tiver sido expressamente estipulado - neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 102 e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 46. No entanto, quando exista tal convenção, o penhor (regular) será válido, muito embora possam surgir dúvidas relativamente ao modo de satisfação do credor (designadamente porque, sendo o dinheiro um bem invendável por natureza, se questiona até que ponto será legítimo ao credor pagar-se com o dinheiro que lhe foi entregue em garantia, pois esta auto-satisfação pode chocar com a proibição do pacto comissório – admite este modo de satisfação o Autor primeiramente citado, considerando que a venda é apenas um dos meios ao dispor do credor para a satisfação do seu crédito, até porque o Código de Seabra já permitia ao credor ficar com a coisa empenhada, mediante avaliação). Negando a existência de tal presunção e considerando que a natureza regular ou irregular do penhor deve ser averiguada através da interpretação do contrato e das circunstâncias que rodearam a sua celebração, vide Puig Brutau, ob. cit., págs. 25 e 26 (pelo contrário, admitindo tal presunção no direito espanhol, Jordano Fraga, Prenda regular, prenda irregular y prenda de créditos, in ADC, 1990, págs. 315 e 316 e Albaladejo, Derecho Civil III cit. cit., pág. 724, (ressalvando ambos a possibilidade de tal presunção ser ilidida em resultado da interpretação das declarações negociais das partes).

<sup>390</sup> Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 235 e 236 (afirmando mesmo que “*Não podem ser objecto de penhor, coisas fungíveis, como o dinheiro, a não ser que por via convencional se estabeleça a individualização (...). Quando assim é estaremos perante um penhor irregular (... ) que, mau grado a denominação (...) não constitui um verdadeiro penhor*”), definindo esta figura como a “*um contrato de garantia, qualificado pelas partes como penhor, que tem por objecto bens fungíveis cuja titularidade passa para o credor, obrigando-se este a retransmitir o objecto da garantia, logo que a obrigação for cumprida, ou, então, executando-o (...) na eventualidade de incumprimento*” (ob. cit., pág. 301), Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, ob. cit., pág. 100 (escrevendo que “*Tanto el dinero como los instrumentos financieros son en general fungibles. La entrega de los títulos en garantía no es posible, en el sentido de que esa entrega dé lugar al nacimiento de un derecho menor de garantía, porque al consistir en bienes fungibles, la transmisión de la tenencia traspasa la propiedad. Se cumple entonces con la función de garantía, pero mediante el traspaso de la propiedad*”) e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1481 e 1482 (depois de declararem a empenhabilidade de coisas consumíveis e fungíveis, os Autores sustentam que “*quando se entrega dinero en garantía se hace transmitiendo la propiedad, y con la obligación de devolver la misma cantidad una vez que el crédito garantizado quede satisfecho (es la llamada prenda irregular)*”), mandando aplicar a esta figura – salvo no que toca à distinção entre a acção real de devolução e a acção obrigacional repetitória – o regime geral do penhor, embora, em alternativa à execução do penhor, o credor pignoratório possa “*apropiarse simplemente de la cantidad necesaria para satisfacer su crédito*”).

<sup>391</sup> Negando a autonomia, face ao regime geral do penhor, da figura do penhor irregular, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., págs. 216 a 219. Para estes Autores, a necessidade de protecção do constituinte da garantia impõe a sujeição do penhor de bens fungíveis (*maxime* de dinheiro), ao regime geral do penhor, deste modo impedindo a produção do efeito translativo da propriedade dos bens concedidos em penhor, assim como a sua apropriação automática e definitiva no momento do incumprimento da obrigação garantida (muito embora os Autores admitam que a jurisprudência reconhece, em determinados arestos, a produção do efeito translativo da propriedade – Acórdão da secção civil da Corte de Cassação de 16 de Junho de 1936 e, mais explicitamente, no Acórdão de secção comercial da Corte de Cassação de 17 de Maio de 1994 – bem como o afastamento da proibição do pacto comissório, assim admitindo que o credor se aproprie das coisas dadas em penhor em caso de incumprimento da obrigação garantida – Acórdão da secção comercial da Corte de Cassação de 9 de Abril de 1996). Assim, consideram o penhor irregular como um mito, que nem o carácter fungível do seu objecto poderá justificar, fundamentando a não passagem da propriedade para o credor com o facto de este não deter o poder de usar a coisa empenhada: “*Ce n’est pas parce que le créancier n’entrave pas l’exécution des obligations mises à sa charge en usant de la chose gagee voire, si elle est fungible, en en disposant qu’il acquiert de doit d’user, de disposer. Le droit réel accessoire du créancier gagiste n’a pas pour finalité de permettre à ce dernier de retirer*



Importa, contudo, salientar que nem sempre a entrega de bens fungíveis determinará, por si só, a constituição de um penhor irregular e, inversamente, a entrega de bens determinados apenas implicará o nascimento de tal garantia quando assim for expressamente previsto pelas partes (fungibilidade convencional).<sup>393</sup>

São incluídas, tradicionalmente, no âmbito do penhor irregular os bens dotados de uma fungibilidade absoluta, cujo exemplo paradigmático é o dinheiro, sendo diversas as utilizações práticas da figura, como seja no caso de a garantia incidir sobre depósitos bancários, cauções ou a entrega de quantias em dinheiro a outro título.<sup>394</sup>

Naturalmente que o dinheiro e outros bens fungíveis podem ser objecto de um penhor regular, bastando para tal se individualizem ou especifiquem os concretos bens sobre os quais a garantia incide, assim os transformando em convencionalmente infungíveis.<sup>395</sup>

---

*immédiatemente tout ou partie des utilités potentielles de la chose. Il s'agit bien plutôt d'un droit sur la valeur du bien qui est appelé à s'exercer ultérieurement, lorsque la créance garantie deviendra exigible.*" (negando também que no penhor irregular se produza a transferência da propriedade do bem empenhado para o credor, Piedlièvre, Les sûretés, 3.<sup>a</sup> Edição, Armand Colind, 2001, pág. 177)..

<sup>392</sup> A jurisprudência italiana define o penhor irregular como "*quel contratto con cui il garante consegna e attribuisce in proprietà al creditore denaro o beni aventi un prezzo corrente di mercato, e per ciò reputati fungibili con il denaro, dei quali l'accipiens deve restituire il "tantundem" (solo) se e quando interviene l'adempimento della obbligazione garantita; restringendosi altrimenti l'obbligazione restitutoria alla eventuale eccedenza del valore dei beni trasferiti in proprietà, rispetto al valore della prestazione garantita rimasta inadempita.*" – Gabrielli, Il pegno cit., pág. 176. Já para Arturo Dalmartello, Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto), in BBTC, 1950, pág. 317, estaremos perante um penhor irregular "*ogni qual volta il debitore consegna al creditore danaro, merci o titoli che non son stati individuati o per i quali sia stata conferita al creditore la facoltà di disporre*", considerando como elemento caracterizador do instituto a transferência da propriedade do bem empenhado para o credor e contornando as diversas dúvidas a esse respeito, seja por considerar que a lei apenas atribui ao credor pignoratício o direito de dispor dos bens empenhados e não a propriedade dos mesmos (contrapondo que o poder de disposição, salvo casos muito excepcionais, pertence ao titular do direito e que, no caso do penhor irregular, nada levará a concluir que as partes pretendam transmitir apenas o poder de disposição), seja por entender que a transferência da propriedade consubstancia um negócio fiduciário ou, caso assim não se entenda, um penhor de coisa própria, este último legalmente inadmissível (argumentando que esta crítica cai numa petição de princípio), seja, finalmente, notando estarmos perante um penhor regular, porquanto o empenhante não perde o direito de propriedade sobre os bens empenhados, sofrendo apenas esse direito uma conversão objectiva, no caso de o credor dispor desses bens, passando a incidir sobre o *tantundem* e sendo o objecto do penhor sobre esse crédito à restituição (salientando que tal conversão do direito pressuporia a separação da porção do *tantundem* objecto de devolução, separação essa impossível quando se trate de dinheiro). O mesmo Autor salienta ainda que esta transferência da propriedade (e do correspondente poder de disposição) dos bens empenhados para o credor pignoratício se produz como um efeito directo do contrato de penhor e não que deste resulte uma mera autorização para que o credor possa, em razão da confusão no seu património, apropriar-se dos bens em questão sem cometer qualquer ilícito (não só por ser a solução que melhor corresponde à vontade presumível das partes, como também porque a alternativa conflituaria com a proibição do pacto comissório, pois a propriedade poderia ser adquirida pelo credor "*solo in forza di un successivo e unilaterale atto di appropriazione, autorizzato dal cauzionante*").

<sup>393</sup> Neste sentido, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 196. Em nosso entender, ao menos quando se trate de bens objectivamente fungíveis, a entrega do bem onerado ao credor fará presumir a natureza irregular da garantia constituída. Em face do direito espanhol, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 506 e 507, entendem que a natureza regular ou irregular de um penhor que recaia sobre bens fungíveis deve ser solucionada mediante interpretação da real intenção das partes, no momento da constituição da garantia

<sup>394</sup> Enumera estas utilizações da figura do penhor irregular Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 186 (aludindo, no âmbito das cauções, às que sejam prestadas por inquilinos ou por empreiteiros de obras públicas e, no que respeita a outras situações, ao chamado penhor de garrafas - *Flaschenpfand* – através do qual se garante a devolução das garrafas usadas pelos clientes de cervejeiros e hoteleiros no âmbito da sua actividade, através da entrega, a título de garantia, de pequenas quantias em dinheiro).

<sup>395</sup> Mencionam esta possibilidade Jordano Fraga, ob. cit., pág. 307 e segs. (salientando que a especificação do dinheiro se poderá fazer através da sua colocação num recipiente selado, da referência

Relativamente às garantias ditas irregulares, a principal interrogação que se suscita prende-se com a verificação ou não de uma transferência da propriedade dos bens onerados para o credor pignoratício, o que influirá a própria qualificação da figura, contrapondo-se o entendimento de uma parte da doutrina que nega a verificação de tal transmissão da propriedade<sup>396</sup> (chamando alguns à colação o regime do usufruto - cfr. art.º 1451.º, n.º 1 e 2 -,<sup>397</sup> qualificando outros a *fattispecie* como um penhor de créditos).<sup>398</sup>

---

numérica das notas ou da respectiva marcação), Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1877 (exemplificando com a hipótese de o devedor entregar ao credor, num envelope fechado e contendo a sua concreta identificação, uma quantidade de dinheiro, com a obrigação de, em caso extinção da garantia, serem devolvidas as exactas notas ou moedas que haviam sido entregues) e Serrano Alonso, ob. cit., pág. 264 (falando de uma *fattispecie* em que “*se entrega una determinada cantidad de dinero sobre cerrado y claramente identificada de forma que el acreedor cumplida la obligación principal debe devolver exactamente lo recibido y que da lugar a una prenda ordinaria*”). No mesmo sentido, Arturo Dalmartello, Pegno irregolare cit., pág. 800.

<sup>396</sup> Entre nós, Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 24 a 30, por entender que, não obstante o legislador reconhecer a fungibilidade do dinheiro, não parte desse facto para abstrair da propriedade sobre o mesmo (sem prejuízo de se concluir do título constitutivo da garantia que o objecto empenhado é a própria quantia depositada). À objecção segundo a qual o depositante, apesar de ter transferido o dinheiro para a instituição bancária, continua a deter de um poder disposição sobre esse bem (apenas subordinado à exigência da respectiva restituição), assim permitindo que o penhor tivesse por objecto um bem futuro certo (além de, no caso do penhor bancário e em razão da desnecessidade de entrega do bem, desaparecer o obstáculo do desapossamento, normalmente invocado como obstáculo à constituição de penhores sobre bens futuros, ou seja, permitindo-se a constituição de um penhor sobre o dinheiro que o depositante venha a dispor quando exerça o seu direito à restituição do depositado), responde o Autor argumentando que a necessidade de o empenhante possuir legitimidade para empenhar o bem dado em garantia (art.º 667.º, n.º 1) se funda na susceptibilidade de execução do bem, mas, tratando-se de bens fungíveis como o dinheiro, a existência de uma equivalência total entre o objecto empenhado e o valor da venda impede o assegurar da satisfação do crédito garantido através dessa venda (saliente-se que o Autor aplica estas conclusões, quer no caso de o credor pignoratício ser um terceiro estranho ao depósito, quer no caso de ser a própria instituição bancária depositária). Ainda mais longe vai Leduc (*apud* Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., págs. 100 e 101), para quem está na natureza do penhor que o credor tenha que devolver o objecto inicialmente empenhado, ainda que este seja fungível (apenas se excepcionando os bens perecíveis ou consumíveis, mas, neste caso, a possibilidade do credor dispor do bem onerado tem uma natureza cautelar e não translativa), concluindo que o penhor de coisas genéricas apenas produz a transferência dos bens onerados quando a vontade das partes assim o determine (o que sucederá quando, incidindo sobre coisas genéricas, o credor disponha de coisas idênticas no seu próprio património e não se acorde nenhum modo específico de armazenamento dos bens empenhados), caso em que estaremos perante uma propriedade-garantia e não perante um penhor (pelo que um penhor translativo da propriedade é, na sua opinião, um mito).

<sup>397</sup> De acordo com este preceito, quando o usufruto recaia sobre coisas consumíveis, pode o usufrutuário servir-se delas ou aliená-las, ficando obrigado a, findo o usufruto, restituir o seu valor, no caso de as coisas terem sido estimadas; ou, se tal não se verificar, a entregar outras do mesmo género, qualidade e quantidade ou do valor destas na conjuntura em que se terminar o usufruto (n.º 1), não implicando, em qualquer caso, a transferência da propriedade dos bens para o usufrutuário (n.º 2). Nega que este argumento possa ser utilizado para negar a transferência da propriedade no penhor irregular Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 200, nota 637, alegando que neste último caso e à semelhança do depósito irregular “*é a própria fungibilidade do objecto, traduzida na sua confundibilidade com o património do accipiens que dita a transmissão da propriedade. Esta opera com a celebração do contrato, enquanto no usufruto de coisas consumíveis estamos perante uma situação em tudo idêntica até ao momento em que a coisa é consumida (...). Acresce ainda que o escopo de ambas é diferente: o penhor irregular persegue fins de garantia e o quase usufruto visa oferecer o gozo da coisa. A própria natureza das coisas dita regimes diferentes*”.

<sup>398</sup> Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 24 a 30, depois de qualificar o penhor de depósitos bancários como um penhor de créditos, esclarece que o elemento característico do depósito bancário é a transferência da propriedade dos bens depositados, pelo que “*o penhor que incide sobre saldos bancários não pode juridicamente constituir um penhor irregular, pois por mais fiabilidade que a instituição de crédito possa ter, o dinheiro e um crédito que tenha por objecto dinheiro não são realidades iguais*”.

Pelo contrário, os que advogam a existência de tal transferência tendem a agrupar as garantias sobre dinheiro (e bens fungíveis em geral) em duas categorias, consoante a propriedade dos bens onerados seja ou não transmitida ao credor, apelidando as primeiras de “*sûreté-propriété*” e enquadrando as segundas no domínio do penhor.<sup>399</sup>

---

<sup>399</sup> Dá conta deste entendimento, Dominique Doise, *Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 30 e segs., especificando que, de acordo com esta concepção, a transferência da propriedade implicaria que as prerrogativas do credor pignoratício seriam absorvidas pelos mais amplos poderes conferidos pela propriedade e, no plano inverso, a transferência para o credor da posse dos bens empenhados sem a respectiva propriedade consentem a conjugação do penhor com o direito de propriedade, que permanece no devedor. O Autor, porém, sustenta que a dificuldade de qualificação (decorrente das dúvidas quanto à natureza jurídica do dinheiro: se quanto ao dinheiro fiduciário poucas dúvidas restam quanto à sua natureza corpórea, o mesmo não se poderá dizer da moeda escritural, relativamente à qual é defendido o seu carácter corpóreo – dado que a sua fungibilidade absoluta permite a assimilação à moeda fiduciária, efectuando-se a entrega através do mecanismo da tradição ficta, nomeadamente mediante a transferência de uma conta para outra - e incorpóreo, como um saldo de conta bancária, ou melhor, como o crédito do depositante face ao banco depositário) não pode ser solucionada unicamente através do critério da transferência dos elementos materiais da propriedade, cumprindo também analisar a natureza corpórea ou incorpórea do objecto onerado: nesta conformidade, conclui que as garantias que recaiam sobre bens corpóreos produzem normalmente como consequência a transferência da respectiva propriedade (em razão da sua natureza fungível e consumível); ao invés, quando incidam sobre bens incorpóreos (como no caso de contas bancárias e valores mobiliários desmaterializados), não existirá transferência material e, por isso, não estaremos perante “*propriétés-sûretés*”. Apesar disso, o Autor reconhece que o legislador consentiu a constituição de um penhor sobre moeda fiduciária, contornando as críticas de acordo com as quais tal figura originária a transferência da propriedade para o credor, o que faria extravasar a figura do âmbito do penhor, não só porque (já para não falar o argumento que o penhor seria um depósito nas mãos do credor e, por isso, este teria que devolver os concretos bens que lhe houvessem sido entregues, argumento este que cai pela base a partir do momento em que a lei admite o depósito irregular, em que o depositário adquire a propriedade do bem depositado, sem prejuízo da obrigação de restituir ao depositante uma quantidade idêntica de bens da mesma espécie) esta garantia pressupõe que o seu constituinte permaneça proprietário do bem onerado (contrapondo-se que o terceiro depositário do dinheiro apenas vê transferido o *corpus* relativo ao direito de propriedade – decorrente da sua natureza fungível -, faltando-lhe o *animus* de proprietário e tendo apenas o *animus detinendi*: simplesmente, em razão do carácter consumível e fungível do dinheiro, o detentor tem um direito de disposição típico do direito de propriedade – em termos análogos ao que assiste ao mutuário de bens consumíveis ou, em geral, ao credor com penhor sobre bens fungíveis - insuficiente para lhe conferir um direito de propriedade absoluto), mas também porque a produção de juros eliminaria o alcance de um penhor sobre dinheiro (alegando que “*s’agissant d’une somme d’argent qui devait être rendue, non dans les mêmes espèces, mais en même valeur, les stipulations accessoires relatives au paiement des intérêts (...) n’étaient pas contraires à l’essence du contrat de nantissement*”, nem sequer constituindo um contra-senso o pagamento de juros a alguém que já não é proprietário do bem, uma vez que “*la rémunération consentie au constituant d’une somme remise par provision n’était pas incompatible avec le caractère de paiement par provision reconnu au versement litigieux*”) e, finalmente, em razão da proibição do pacto comissório (afasta pela jurisprudência dominante, porquanto não se detecta qualquer dificuldade quanto à fixação do preço, assim eliminando os riscos de aproveitamento do devedor subjacentes àquela interdição). Cumpre, ainda, esclarecer que a entrega de dinheiro pode configurar um pagamento antecipado com finalidade solutória (destinado a extinguir uma dívida) – quando estejamos perante uma dívida actual ou a termo – ou a constituição de um penhor, caso a dívida a garantir seja meramente eventual ou futura (isto é, “*la dette que le versement de la somme d’argent est censé acquitter par anticipation est future et éventuelle. Sa naissance dépend (...) d’un élément intrinsèque à la convention, essentiel à cette dernière, à savoir l’inexécution par le débiteur de ses propres engagements*”): a diferença entre a qualificação como pagamento antecipado condicional ou constituição de garantia produz uma consequência importante, dado que no primeiro caso o credor adquire o preço desde o dia do pagamento (em virtude da eficácia retroactiva da condição), enquanto no segundo o pagamento apenas se torna efectivo no momento do incumprimento contratual do devedor. Em termos análogos, para o direito espanhol, Albaladejo, *Derecho Civil III* cit., págs. 723 e 724, qualificando como penhor comum aquele em que o bem onerado, embora fungível, seja entregue ao credor em garantia, com a obrigação de restituição desse mesmo objecto em caso de extinção da obrigação

Mas ainda que se admita a existência de tal transferência, importa determinar se essa transmissão da propriedade se produz como consequência directa da entrega dos bens ao credor (ou seja, como efeito imediato do negócio constitutivo da garantia) ou, pelo contrário, resulta da mera confusão dos bens onerados com o património do credor (isto é, como consequência apenas indirecta do negócio de garantia e, mais precisamente, dos efeitos que ele produz).<sup>400</sup>

E, sobretudo, a adopção deste entendimento, tendo em conta a inadmissibilidade dos negócios abstractos e a incapacidade da mera vontade das partes para justificar tal transferência,<sup>401</sup> obriga à averiguação de qual a causa dessa transmissão,<sup>402</sup> sendo diversas as respostas a esta interrogação, limitando-nos a enumerar as principais.

Uma das que obtém maior aprovação é a chamada causa *credendi* (segundo a qual a transferência da propriedade das coisas empenhadas será efectuada pelo devedor no intuito de adquirir um contra crédito face ao seu credor e, em caso de incumprimento da obrigação principal, compensar-se-ia com o crédito à restituição do *tantundem*, adquirido pelo devedor principal aquando da entrega do bem no momento da constituição do penhor irregular<sup>403</sup> (dúvidas surgindo relativamente ao carácter convencional ou legal da compensação),<sup>404</sup> posição esta que não está isenta de

---

assegurada (objecto esse que terá de ser devidamente identificado); e reputando de uma garantia (não pignoratícia) com recurso à transferência da propriedade do bem onerado os casos em que se convencie a restituição de um objecto equivalente ao inicialmente onerado.

<sup>400</sup> Adota o primeiro entendimento Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare* cit., pág. 801 (mesmo quando os bens já se encontrassem em poder do credor pignoratício em momento anterior ao da constituição da garantia, alegando que, neste caso, a transferência da propriedade operou em momento anterior, pelo que “*il pegno irregolare utilizza e assorbe in sé un trasferimento di proprietà che già si era verificato e che resta fermo in base al nuovo titolo*”), advertindo que “*Dando a cauzione una somma di denaro, o una quantità di cose generiche, o di titoli fungibili, non si ha la sensazione (...) di conservarne la proprietà e di concedere al cauzionato un semplice permesso di appropriazione. È chiaro, invece, l'intento pratico di abbandonare la cosa, come oggetto di un diritto assoluto, e quindi di trasferirne la proprietà col fatto stesso della consegna*”.

<sup>401</sup> Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare* cit., pág. 802, realça que, para além da vontade das partes, é imperioso estabelecer qual a causa que constitui o título justificativo da transmissão da propriedade, ou seja, “*ocorre che l'attribuzione patrimoniale, cui porta il trasferimento della proprietà delle cose date a cauzione, sia fronteggiata (poichè è da escludere la causa di liberalità) da un'attribuzione patrimoniale inversa, che realizzi l'incontestabile onerosità dell'operazione*”.

<sup>402</sup> Para Jordano Fraga, ob. cit., pág. 311, a questão da identificação da causa do contrato coloca-se em termos ligeiramente diversos, tendo a ver com busca da justificação para a criação de um novo contrato “*por no ser obtenibles los fines que se pretenden cumplir con él, a través de ninguno de los contratos (típicos) regulados por el ordenamiento*” (acrescentando que a questão não deixa de se colocar quando o penhor irregular é um contrato típico, residindo em saber o porquê da regulação autónoma face aos demais). No actual panorama, o Autor sustenta a necessidade de autonomização do penhor irregular face ao mútuo e ao depósito irregular (com os quais comunga uma estrutura semelhante) e ao penhor regular (com o qual compartilha a função de garantia): ora, é precisamente esta função de garantia que permite distingui-lo do depósito irregular e do mútuo, uma vez que nestes “*la restitución del tantundem habrá de producirse necesariamente por quien recibe la propiedad de las cosas fungibles entregadas*”, enquanto no penhor irregular o credor “*sólo eventualmente está obligado a restituir el tantundem de las cosas apropiadas desde su entrega: cuando el deudor cumpla, llegado el momento de su vencimiento, le obligación garantizada*” (acrescentando que esta eventual restituição do tantundem “*es el equivalente económico de la retención posesoria de la cosa ajena, en la prenda regular*”).

<sup>403</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 211 e 212, acrescenta que “*o nascimento do crédito restitutivo tem lugar com a entrega dos bens, não ficando condicionado ou sujeito a qualquer condição resolutive, existindo ainda um pactum de non petendo que é resolvido no momento do vencimento do crédito garantido, pelo que, se nesse momento o crédito não se satisfaz, o credor garantido poderá proceder à compensação com o crédito restitutivo que o empenhador tem contra si.*”.

<sup>404</sup> Isto é, pré-constituindo entre as partes “*una situación de futura compensabilidad convencional de dos créditos, de la que ambos puedan prevalerse en caso de incumplimiento de la obligación garantizada*” (ou, numa outra perspectiva, esta tese explica o penhor irregular como aquele que “*oferece al acreedor*

reparos,<sup>405</sup> especialmente para quem configure o penhor irregular como um penhor de créditos.<sup>406</sup>

Outra teoria é a da causa *solvendi*<sup>407</sup> (nos termos da qual o devedor transferiria a propriedade dos bens ao credor para que este impute o respectivo valor à satisfação do

---

*garantizado, la posibilidad de resistirse a la restitución del tantundem de lo recibido, mientras no se le pague el crédito garantizado, y de hacerlo sólo en el exceso sobre éste, una vez que, vencido, no se haya satisfecho*” - Jordano Fraga, ob. cit., pág. 312). Parece ser este entendimento seguido por Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 214 e segs., (embora reconheça que o recurso à compensação é um mero expediente, na medida em que este instituto pressupõe que a obrigação de restituição, ainda não vencida antes do incumprimento, se vencesse nesse mesmo momento, quando é precisamente nessa data que aquela obrigação não pode subsistir – por isso, alguns preferem falar de “imputação”). Segundo Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 648, para os defensores desta posição, tal compensação estaria implícita na constituição do penhor irregular e a sua concreta eficácia dependeria da vontade do credor, pois poderia não socorrer-se da compensação, restituindo o objecto do penhor e exigindo o cumprimento da obrigação assegurada. Através da aquisição do contra-crédito contra o seu próprio credor conseguir-se-ia, simultaneamente, reforçar o crédito principal, atenta a possibilidade do credor pignoratício recusar o cumprimento do contra-crédito enquanto não fosse cumprida (o Autor, apesar de não aderir a este entendimento, reconhece ser o dominante).

<sup>405</sup> Nomeadamente por se considerar artificiosa e forçada a aplicação do instituto da compensação ao penhor irregular, sobretudo porque a fase satisfativa se poderá explicar por força de causa de garantia, em tudo análoga à do penhor regular, evitando o recurso ao procedimento executivo, obtendo o mesmo resultado sem os respectivos custos e demoras, pois a propriedade do bem empenhado – ou seja, o valor retirável de uma eventual execução forçada sobre os bens empenhados - já pertence ao credor pignoratício (Realmonte, ult. ob. e loc. cit. Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 172 e 173). Em face do direito espanhol, já Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 254 e segs., depois de resumir esta tese (“*el traspaso de la propiedad de las cosas fungibles dadas en garantía se realiza con la finalidad de adquirir un contracrédito frente al acreedor (causa credendi), que permita al acreedor (...) tener la posibilidad de ejercitar una compensación impropia o convencional si su deudor incumple la obligación garantizada*”), aponta-lhe diversas incongruências (designadamente “*porque excluye el caso en el que el constituyente de la garantía sea un tercero distinto del deudor; situación en la que no se produce la recíproca coincidencia de las posiciones de acreedor y deudor que caracterizan a la compensación*”). Entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 211 e 212, apesar de lhe reconhecer o mérito de explicar o fenómeno do penhor irregular, contesta o facto de defender que a causa do contrato é a função de garantia e, sobretudo, a circunstância de “*o pactum de non petendo pressupor a existência de um crédito exigível, que surgirá de um acordo de substituição, o qual summo rigore, mais não é do que uma camuflagem da inexistência do pactum de non petendo.*”.

<sup>406</sup> Manzanares Secades, *Prenda di denaro y prenda de créditos*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pág. 1396 e segs., entende ser inadmissível a compensação – entre o crédito do depositário para com o depositante e a obrigação de restituição do equivalente do depositado deste perante aquele - quando o depositante tenha constituído um penhor sobre o seu crédito à restituição do *tantundem* a favor de um terceiro e a constituição desta garantia tenha sido notificada ao devedor do crédito empenhado (depositário), concluindo que “*el deudor no puede oponer la compensación, simplemente porque existe un tercero con un derecho o una expectativa de derecho anterior, y que debe ser respetada*”.

<sup>407</sup> Arturo Dalmartello, *Il pegno irregolare cit.*, pág. 328 e segs., embora com dúvidas (nomeadamente quanto à existência de pagamentos condicionados e a uma suposta incongruência lógica na aquisição, por parte do empenhante, do direito à restituição do equivalente quando pague o seu débito e se este mesmo débito se deve considerar extinto por efeito daquele pagamento), opta pela teoria da causa *solvendi* (retirando dela dois corolários essenciais: ao devedor é legítimo, até ao vencimento da obrigação garantida, cumprir esta em substituição da caução prestada; já o credor não poderá devolver a caução e exigir a execução da prestação específica acordada, pois como a caução foi prestada a título de pagamento, “*egli non può poi venire contro al fatto proprio per fare valere un credito che più non sussiste, ossia per costringere il debitore a riprendersi la cauzione e ad eseguire la prestazione specifica*”, mas com a vantagem, comparativamente ao penhor comum, de obter a realização imediata da garantia, pois o credor fica desonerado de promover a execução da garantia e dos deveres de custódia), rejeitando expressamente a teoria da causa *credendi* (mesmo na variante em que a obrigação de restituição esteja suspensivamente condicionada à execução da obrigação garantida) e esclarecendo ainda que o penhor irregular não constitui um negócio fiduciário (mais concretamente uma *fiducia cum creditore*), na medida em que o credor pignoratício pode dispor livremente dos bens recebidos em

seu crédito em caso de incumprimento da obrigação garantida, ou seja, o penhor irregular traduzir-se-ia numa satisfação antecipada relativamente ao vencimento do crédito garantido, mas sujeita à condição resolutive do pagamento desse mesmo crédito),<sup>408</sup> embora assuma diversas formulações<sup>409</sup> e, também ela, não seja imune a reparos.<sup>410</sup>

---

garantia (ao contrário do que sucede na fiducia, na qual “*la disponibilità della cosa viene ad essere obbligatoriamente interdetta o limitata*”). Também Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 39, propendem para esta posição.

<sup>408</sup> Ou, como escreve Jordano Fraga, ob. cit., pág. 313, o intuito do constituinte do penhor irregular é o de efectuar um pagamento ou uma *datio in solutum* “*anticipados y resolutoriamente condicionados al cumplimiento de la obligación garantizada: si llegado el momento del vencimiento de ésta, el deudor paga, lo que anticipadamente se entrego sobreviene indebido, y, por tanto, el constituyente de la prenda irregular tiene acción personal contra el acreedor pignoratício, para exigirle el tantundem de lo por él recibido*”.

<sup>409</sup> Como salienta Pietro Abbadessa, Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto, in BBTC, n.º 51, Tomo II, pág. 213 e segs., na formulação mais simples o penhor irregular produziria uma extinção antecipada da relação obrigatória, sujeita à condição resolutive do sucessivo cumprimento da dívida, no seguimento do qual nasceria o dever do credor pignoratício satisfeito restituir o tantundem (como precisam Realmonte, Il pegno cit., pág. 647 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 171, a extinção do débito surgiria enquanto forma de pagamento – se o penhor tivesse por objecto dinheiro – ou *datio in solutum* – no caso de a garantia incidir sobre outro tipo de bens). Todavia, perante as críticas segundo as quais tal teoria não explicaria o sucessivo adimplemento de um débito que se assume já extinto, surgiu uma formulação mais elaborada, segundo a qual a constituição do penhor irregular transformaria a obrigação simples numa obrigação com faculdade alternativa, podendo o constituinte extinguir automaticamente a obrigação através da prestação alternativa – prestação do penhor – mas poderia igualmente cumprir a obrigação garantida, assim tornando sem causa a prestação alternativa – prestação do penhor – anteriormente efectuada, fazendo assim surgir a obrigação do credor de restituir o *tantundem* (neste sentido, Arturo Dalmartello, Il pegno irregolare cit., pág. 336 e segs.).

<sup>410</sup> Contra esta teoria, mesmo na sua formulação mais sofisticada, são dirigidas as seguintes críticas (vide, a propósito, Pietro Abbadessa, ult. ob. e loc. cit. – para quem a pertinência de tais críticas conduziram ao abandono, doutrinal e jurisprudencial, de tal solução – e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 171): antes de mais, por tal solução trair a intenção típica do credor, pois este, apesar de aceitar o penhor irregular, mantém intacto o seu interesse na obtenção da prestação principal (enquanto o entendimento criticado considera ser indiferente para o credor o modo de extinção do seu crédito, deixando a liberdade de escolha ao devedor: como salienta Realmonte, Il pegno cit., pág. 647, existe uma incompatibilidade entre o fim solutório e a função de garantia do penhor irregular); em seguida, a equiparação das duas prestações oblitera, sem justificação, o carácter acessório da relação de garantia relativamente ao crédito principal; depois, constatando que a tese da *causa solvendi* cai numa contradição lógica – “*com’è possibile affermare che la prestazione principale, intervenendo per seconda, sia sorretta da una regolare causa solvendi, allorché si è, in pari tempo, costretti ad ammettere che il primo adempimento perde tal carattere, lasciando aperta la via ad una nuova solutio, solo dopo che la prestazione principale è regolarmente adempiuta?*” – e, finalmente, porque a lei – cfr. art.º 1851.º do CCI – dispõe que o eventual excedente é determinado relativamente ao valor dos bens empenhados no momento do vencimento dos créditos e não no momento da constituição destes – recaindo sobre o devedor o risco de um sucessivo aumento de valor do objecto da garantia, tanto mais que poderia readquirir o bem empenhado cumprindo a obrigação garantida – , como aconteceria se o penhor tivesse natureza solutória). Em face do ordenamento espanhol, já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 252 e segs., depois de apelidar esta tese de pagamento antecipado (“*cuando el garante hace el traspaso de la propiedad del bien fungible objeto de la prenda irregular, lo que realiza es un pago anticipado de la obligación del deudor garantizado sujeto a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación garantizada. En consecuencia, el crédito se extingue total o parcialmente, pero de forma provisional. De ello se infiere también que el incumplimiento del crédito garantizado determina automáticamente el carácter definitivo del pago, sin que sea posible al acreedor pignoratício exigir el cumplimiento al deudor*”), dirige-lhe diversas objecções (não parece que as pares queiram realizar um pagamento antecipado da dívida, mas antes a criação de uma garantia; a impossibilidade de o credor exigir o cumprimento da obrigação põe em causa a acessoriedade da garantia; e, por último, deixa de fora os penhores irregulares em que o adquirente dos bens não seja o próprio credor pignoratício).

Não falta, ainda, quem se pronuncie no sentido de o fundamento da transferência de propriedade residir, directa e exclusivamente, na garantia (teoria da causa exclusiva de garantia),<sup>411</sup> enquanto outros consideram que tal efeito resulta, pura e simplesmente, da inevitável confusão dos bens fungíveis no património do credor pignoratício.<sup>412</sup>

---

<sup>411</sup> Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 646 e segs.. Para este Autor, o penhor irregular pode ser enquadrado no âmbito do penhor regular, “*comme suo sottotipo, in quanto ne condivide la causa di garanzia, rializzandola anzi più intensamente*”, podendo o *modus operandi* daquele ser explicado à luz dos princípios gerais deste, pois “*quando il debitore non adempie, il creditore può fare espropriare il bene avuto in pegno e incamerare il risultato della vendita a titolo di soddisfacimento coattivo, restando naturalmente al debitore l’eventuale eccedenza rispetto al valore del credito. Esattamente la stessa sorte potrebbe allora ritenersi che tocchi nel pegno irregolare, con la sola differenza che non è necessaria la vendita (...) in quanto il creditore ha sin dall’inizio acquistato la proprietà delle cose*”, pelo que se poderá “*attribuire al pegno irregolare la stessa causa che sta alla base del pegno regolare e quindi ad amettere che l’effetto traslativo (...) sia giustificato unicamente dalla causa di garanzia, senza necessità di integrare o sorregere tale causa con quella credendi o con quella solvendi*”. Esta tendencial equiparação entre o penhor regular e irregular serve de fundamento a que Pietro Abbadessa, *ob. cit.*, pág. 217 e segs., admita a concessão de um penhor irregular em garantia de uma dívida já vencida, recusando o efeito solutório da dação em penhor e também o carácter automático da compensação, rematando que “*il peculiare meccanismo estintivo dall’obbligazione garantita in caso di pegno irregolare non rappresenta ostacolo alcuno per la costituzione di tale forma di garanzia anche con riferimento ad un debito già scaduto*”.

<sup>412</sup> Vide os Autores citados por Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 646, nota 38 e por Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 170, nota 210 (estes Autores criticam esta posição, alertando para a circunstância de qualquer coisa genérica poder ser, através de procedimentos de individuação, transformada em coisa específica – pelo que a natureza fungível do bem empenhando não comporta, obrigatoriamente, a aquisição da propriedade por parte do beneficiário da garantia; para além disso, a simples confusão, sem o consentimento do empenhante, constituiria uma apropriação indevida, pelo que a passagem da propriedade pressupõe uma manifestação de vontade). Parece ser esta a posição seguida por Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 190, ao escrever que “*a diferença entre o penhor irregular e o penhor regular assenta, apenas, na fungibilidade ou infungibilidade do objecto, sendo que a transmissão da propriedade que se verifica no penhor irregular mais não seria do que uma decorrência da obrigação de custódia que incumbe ao devedor. Dito de outro modo, é, apenas, o resultado do carácter fungível do seu objecto*”, acrescentando o Autor que bens fungíveis são aqueles que, de acordo com os usos do comércio, são consideradas substituíveis (fungibilidade objectiva), susceptíveis de avaliação a qualquer momento, com um valor de mercado ou corrente (ou cujo valor possa ser fixado de acordo com critérios objectivos e equitativos, de modo a evitar a colisão com a proibição das convenções comissórias) e aptos a uma rápida execução (a reunião destes requisitos, na óptica das partes, ainda quando não se trate de bens objectivamente fungíveis, fará com que os bens sejam considerados subjectivamente fungíveis, de modo que seja indiferente a detenção de uma ou outra coisa da mesma espécie): de acordo com estas coordenadas, poderão ser considerados bens fungíveis o dinheiro (como sucede nos chamados depósitos irregulares, em que não existe qualquer interesse das partes na devolução das concretas espécies que foram depositadas), admitindo ainda a inclusão nesta categoria das mercadorias e dos títulos de crédito. Em face do direito espanhol, assume uma posição similar Finez Ratón, *ob. cit.*, págs. 141 a 143, para quem a explicação da transferência da propriedade do bem (dinheiro) onerado reside na “*caracterización del dinero, su ultrafungibilidad*”, explicando que, nos direitos reais de garantia, a relação com a coisa assume um valor instrumental, destinando-se unicamente a permitir a execução do respectivo valor em benefício do credor: ora, se assim é, “*no debe haber obstáculos para conceder plena eficacia a la prenda de dinero. El que la ultrafungibilidad del dinero conduzca a transmitir su titularidad al acreedor o al tercero en quien se constituye la prenda no puede desvirtuar la eficacia de la garantía (...). No se respecta el esquema formal del derecho real de garantía (derecho real limitado sobre cosa ajena). En esto consiste la irregularidad. Tampoco en la prenda de crédito no documentado es posible el efectivo traslado posesorio. Su constitución se articulará por otros medios que aseguren igualmente al acreedor garantizado (...). Tratándose de dinero, el traslado posesorio y, por ende, la transmisión de su titularidad, aseguran al acreedor garantizado (...). No hay creación de ningún privilegio al margen de la ley. Consiste únicamente en observar las modificaciones que el esquema formal del derecho real de garantía experimenta cuando tiene por objeto dinero*” (o Autor esclarece, por fim, que esta figura não viola a proibição do pacto comissório, porquanto não existe possibilidade de aproveitamento do devedor, atento o valor objectivo do dinheiro).

A opção por uma ou outra das posições principais não é isenta de consequências, designadamente no que toca à viabilidade da constituição de um penhor irregular por terceiro.<sup>413</sup>

Em face do nosso direito, a tese da compensação de créditos – do crédito garantido com o crédito à restituição dos bens dados em garantia - é recusada por HUGO ALVES<sup>414</sup> e por PESTANA DE VASCONCELOS (a menos que tal tenha sido a intenção das partes, fazendo estas coincidir o momento de vencimento de ambos os créditos:<sup>415</sup> a não ser assim, os bens dados em garantia “*passam a desempenhar uma*

---

<sup>413</sup> Jordano Fraga, ob. cit., pág. 313, coloca em evidência o facto de a teoria da *causa credendi* impedir tal hipótese, dado que “*presupuesto subjetivo de toda compensación (legal o voluntaria), es que dos personas sean principal y reciprocamente deudoras*”, possibilidade esta admitida pelos partidários da causa solvendi, “*por las mismas razones que ese tercero puede realizar un pago directa, inmediata, definitivamente liberatorio*”: o Autor admite que o penhor irregular possa ser constituído por terceiro, argumentando que a função de garantia do instituto consente postular a viabilidade de tal solução (pelo contrário, realça como ambas as teorias recusam que o contrato de penhor irregular possa ser celebrado com um terceiro em vez do credor – isto é, que seja o terceiro a adquirir a propriedade do bem dado em garantia – para a *causa credendi*, pelos mesmos motivos acima expostos nesta nota e, para a *causa solvendi*, porque em caso de pagamento condicional, esse terceiro não credor carece de legitimidade para receber o pagamento: a única alternativa será “*pignorar en favor del acreedor el crédito a la restitución del tantumdem, que nace, de dicha entrega transmisiva y credendi causa (mutuo, depósito regular), contra el tercero y en favor del deudor*”, ou seja, através da via do penhor de créditos). Em termos análogos, Arturo Dalmartello, Pegno irregolare cit., pág. 804, realça que os defensores da tese da causa solvendi consentem a licitude do penhor irregular constituído por terceiro, por ser igualmente lícito o pagamento por parte de terceiro, embora ressalvando que, em caso de cumprimento da obrigação garantida, a restituição do objecto recebido em garantia deve ser efectuada ao terceiro e não ao devedor “*perchè la solutio (o datio in solutum) che, per ragioni sopravvenute, è divenuta indebita era stata eseguita dal terzo e non dal debitore*”.

<sup>414</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 210 e 211, exclui a compensação, “*dado que a atribuição inicial não poderia funcionar apenas para proceder à extinção do crédito, salvo se considerarmos que foi constituída uma datio in solutum condicionada*” (o que não sucede no penhor irregular, o qual, apesar de a transferência inicial da propriedade poder ser concebida como uma *datio* antecipada, muitas vezes a ele se encontram associadas condições resolutivas, designadamente o não cumprimento da obrigação garantida). Por isso, o Autor defende que esta tese não logra justificar a finalidade de garantia da figura do penhor irregular (ao não se centrar na transferência da propriedade e no mecanismo de satisfação da garantia, aspectos fulcrais do instituto), por ser “*altamente duvidoso admitir que um pagamento condicional extinga uma obrigação, mormente quando a verificação de tal condição depende de um facto do empenhador. Mais importante, não se logra justificar a realização da prestação objecto da relação garantida*”. Em suma, esta orientação deve ser rejeitada uma vez que um pagamento “*não pode ter uma função extintiva da obrigação quando o devedor ainda tem a faculdade de anular, accionando um evento do qual depende a resolução e caducidade do acto*” e porque “*resulta uma incongruência lógica afirmar que o empenhador pode obter o direito à restituição do tantumdem cumprindo, já que o seu débito – garantido pelo penhor irregular – é o próprio débito que fundamenta o postulado fundamental desta construção teórica*”. Na óptica do Autor e partindo do elemento central do crédito restitutivo, o aspecto nuclear do penhor irregular radica numa configuração específica do dever de indemnizar, de fonte contratual, de tal modo que “*a partir do momento em que se verifique um dano, teremos que não se verificará o nascimento definitivo do crédito restitutivo – na estrita medida do dano – e, concomitantemente, actuará de forma imediata a responsabilidade, através de uma compensação ideal do dano com o valor do tantumdem*” (ob. cit., pág. 213): mais correcto do que falar de compensação será chamar à colação a figura da dedução, uma vez que não existem dois créditos recíprocos que se possam extinguir mutuamente, mas somente um cujo montante tem que ser diminuído de certas dívidas (concluindo, por isso, que o mecanismo de satisfação do credor no penhor irregular não se distingue sensivelmente do vigente no penhor comum – no qual o credor pode requerer a atribuição judicial do bem onerado em pagamento – residindo a principal diferença na desnecessidade de recurso à via judicial).

<sup>415</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 303 e segs. (indicando o regime do penhor financeiro como um caso de acolhimento legal desta solução), assegurando que o crédito à restituição dos bens dados em garantia apenas se constituirá depois do incumprimento por parte do devedor da obrigação garantida (e, havendo cumprimento, nem sequer se chega a constituir), isto é, “*antes do cumprimento, o devedor tem um direito condicional à retransmissão do crédito dado em garantia. O facto constitutivo*



*função solutória, sendo através deles que o credor irá obter a satisfação do seu crédito, extinguindo-o”*).<sup>416</sup>

Segundo este Autor, a extinção da obrigação opera através de um mecanismo de auto-tutela equiparável ao da cessão de um crédito pecuniário em função do cumprimento (cfr. art.º 840.º), após a cobrança deste.<sup>417</sup>

Regressando à delimitação dos contornos essenciais do penhor irregular e partindo do confronto com o seu congénre regular, cabe esclarecer que, para além da diversa natureza dos bens dados em garantia (necessariamente fungíveis no caso do penhor irregular), a diferença entre as duas modalidades de penhor – regular e irregular - traduz-se no diverso *modus operandi* da oponibilidade e da preferência atribuídas por cada uma daquelas garantias.<sup>418</sup>

Com efeito, estas características manifestam-se, no penhor regular, no poder do credor reter o bem empenhado (que permanece propriedade do concedente) até integral pagamento do seu crédito e de se satisfazer com preferência sobre o produto da alienação desse mesmo bem, em caso de inadimplemento da obrigação principal.

No penhor irregular, aqueles atributos exteriorizam-se, de acordo com a opinião maioritária, através da imediata aquisição da propriedade dos bens onerados<sup>419</sup> (excluindo até o concurso de credores)<sup>420</sup> considerando a função de garantia idónea a produzir aquela transferência e a proporcionar a satisfação do credor pignoratício.<sup>421 422</sup>

---

*desse direito é não só o contrato como o cumprimento da obrigação por parte do cedente, também ela decorrente do mesmo negócio jurídico”*.

<sup>416</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 305 e segs., entendendo que, nada dizendo as partes no contrato, se deverá concluir que “*o que se pretendeu foi colocar nas mãos do credor o bem pelo qual ele pode obter a satisfação do seu crédito em caso de incumprimento da outra parte*”, embora, havendo um excedente, este deva ser entregue ao constituinte da garantia (do mesmo modo que, se o montante do bem for inferior ao da dívida, esta será apenas parcialmente extinta).

<sup>417</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 306 e segs., distingue, todavia, consoante o objecto da garantia seja dinheiro (hipótese na qual “*podem as partes celebrar um acordo com vista a simplificar os pagamentos, evitando que o devedor pague ao garantido quando este depois – em seguida – terá de lhe entregar a quantia objecto da garantia*”, mas não sem alertar que não se trata de compensação, uma vez que o crédito à restituição do bem só nasce após a extinção da obrigação garantida) ou outro tipo de bens (caso em que “*os bens integrados no património do credor terão que ser transaccionados no mercado nas melhores condições para que o credor se possa satisfazer com o montante dessa forma obtido e restituir o que sobejar ao devedor*”, sendo a apropriação – isto é, a manutenção dos bens, a título definitivo, na esfera jurídica do credor – por parte do credor possível unicamente se os bens onerados forem avaliados por um terceiro independente).

<sup>418</sup> Assim, Gabrielli, *Il pegno. cit.*, pág. 174 e, sobretudo, Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare cit.*, pág. 804 (este último, descarta a aplicação do preceito que impõe a redacção de um documento escrito contendo a identificação do crédito garantido e dos bens onerados, uma vez que tal exigência se destina a proteger os demais credores do empenhante e, no penhor irregular, a transferência da propriedade exclui o concurso de credores).

<sup>419</sup> Propriedade essa que será plena (apenas limitada, do ponto de vista estritamente obrigacional, a restituir o tantundem em caso de cumprimento por parte do devedor) e não temporária, residindo a única especificidade no facto de ser constituída através de um negócio inominado (o que não contende com a tipicidade dos direitos reais, a qual respeita apenas à criação e não aos factos constitutivos) – Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 224 e 225. Contra, Marques de Carvalho, *ob. cit.*, págs. 43 e 44, por entender que o penhor irregular é um direito sobre um bem alheio que não retira, após a sua constituição, a propriedade do bem ao constituinte, uma vez que o objecto da garantia é o género (e não o indivíduo ou a espécie) e esse continua na propriedade do garante.

<sup>420</sup> Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare cit.*, págs. 806 e 807, alude à discussão acerca da admissibilidade de uma via alternativa de execução do penhor irregular, que não passe pela apropriação dos bens entregues em garantia ao credor, traduzida na exigência do cumprimento exacto da obrigação garantida (inculsiivamente com recurso às instâncias judiciais): apesar de noticiar ser distinto o entendimento da jurisprudência maioritária (a qual afirma que o credor não tem o dever de se satisfazer com o objecto entregue em garantia, podendo antes exigir o cumprimento, devolvendo aquele objecto), o Autor inclina-

A diferença entre estas duas modalidades de penhor manifesta-se igualmente na posição dos outros credores do constituinte de cada uma delas (nomeadamente nos meios de que dispõem para fazer frente ao direito do credor pignoratício),<sup>423</sup> assim como na especial configuração que o dever de custódia ou de conservação assume<sup>424</sup> e na inexistência da proibição de uso do bem empenhado por parte do credor.<sup>425</sup>

Cumpre, porém, esclarecer que, à semelhança do dito penhor regular, também o penhor irregular não prescinde, à partida, da entrega<sup>426</sup> dos bens onerados ao credor,

---

se para negar tal possibilidade (baseado na natureza voluntária da garantia, atribuindo ao devedor o direito de se opor à acção de condenação ao cumprimento interposta pelo credor, invocando a excepção da compensação, do mesmo modo que este último pode recusar um incumprimento tardio da obrigação garantida e uma eventual pretensão de restituição, opondo a mesma excepção da compensação).

<sup>421</sup> Segundo Jordano Fraga, ob. cit., pág. 319 e segs., em caso de incumprimento, a função de garantia do penhor irregular não se traduz, como no penhor regular, na atribuição de um direito de preferência sobre o bem onerado, pois tal se torna inviável e desnecessário face à transferência da propriedade do bem para o credor pignoratício. Assim sendo, no penhor irregular a função de garantia manifesta-se através de uma compensação automática e imprópria, ou seja, “*de la imputación que hace el acreedor garantizado del valor de su obligación restitutoria por el tantundem, al de la obligación garantizada y incumplida*” (de modo que apenas terá que restituir ao devedor o eventual excesso ou, na hipótese inversa, reclamar deste a parte do valor do crédito garantido não coberto pelo valor do *tantundem*), compensação esta que se acentua quando a obrigação de restituição do *tantundem* e a obrigação garantida têm objecto idêntico – v.g. dinheiro – pois “*no tiene ningún sentido que, habiéndose entregado, por ejemplo, dinero al acreedor garantizado, se le pague la deuda dineraria garantizada, para recuperar...la cantidad de numerario inicialmente entregada*”. Em termos análogos, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 203 (destacando como “*a noção de preferência na satisfação do crédito é estranha ao penhor irregular, porquanto a propriedade do objecto da garantia é transferida directamente para o credor pignoratício, com exclusão dos restantes credores do empenhador*”) e López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 446 (concluindo pela desnecessidade de recurso aos processos comuns de execução do penhor tradicional, ou seja, “*no es necesario realizar el valor del bien, procediendo a su venta en pública subasta*”). Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 424, realça que, em caso de incumprimento, nem sequer se verifica a aquisição da propriedade por parte do credor – uma vez que tal efeito já se produziu aquando da constituição da garantia – funcionando a garantia “*simplemente no devolviendo el todo o parte (según el montante del incumplimiento de su deudor) de lo recibido*”.

<sup>422</sup> Cabe, todavia, lembrar que, não obstante estas diferenças, também existem afinidades inegáveis entre o penhor regular e irregular, para além do já mencionado papel decisivo de a entrega do bem para a sua constituição, designadamente a função de garantia que desempenham e a natureza real de ambas, bem como a presunção da natureza anticrética das duas garantias (salienta este último efeito Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 206).

<sup>423</sup> Jordano Fraga, ob. cit., pág. 324, salienta como esses outros credores do constituinte do penhor irregular não podem, por força da transferência da propriedade do bem onerado para o credor, executar o bem empenhado: todavia, é-lhes consentido, antes do vencimento da obrigação garantida pelo penhor irregular, penhorar o crédito eventual à restituição do *tantundem* (para além de poderem pagar o crédito garantido e se sub-rogarem na posição do constituinte para poder reclamar do credor pignoratício a restituição do *tantundem*: porém, uma vez vencida e incumprida a obrigação garantida, os credores do constituinte do penhor irregular “*sólo pueden embargar el crédito de éste, contra el acreedor garantizado, por el exceso de valor del tantundem sobre el crédito garantizado*”).

<sup>424</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 202 e 203, entende que, no penhor irregular, o objectivo deste dever não se destina tanto a evitar que os bens onerados se deteriore, mas principalmente a assegurar a possibilidade de restituição de outros equivalentes, em caso de cumprimento por parte do devedor (o Autor assegura até ser “*forçado erigir a necessidade de restituição do tantundem a reflexo da obrigação de custódia, dado que o tantundem, pelo contrário, é, apenas, o corolário da fungibilidade dos bens depositados*”).

<sup>425</sup> Uma vez que o credor se torna seu proprietário, poderá delas dispor, assumindo apenas a (eventual) obrigação de restituição do equivalente - Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 207.

<sup>426</sup> Arturo Dalmartello, Pegno irregolare, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. XII, 3.<sup>a</sup> Edição, 1957, págs. 799 e 800, esclarece que tal entrega, à semelhança do que se passa no penhor regular, apenas pode ser dispensada quando os bens a onerar “*siano già stati preventivamente consegnati al creditore e quando quest’ultimo abbia già assunto un debito di restituzione nei riguardi del debitore (costituente il pegno): il che si verifica, tipicamente, quando inter partes già sussista un deposito irregolare*” (todavia, nesta

surgindo dúvidas adicionais quanto à qualificação jurídica da figura quando os bens fungíveis onerados já se encontrassem em poder do credor em momento anterior ao da constituição da garantia.<sup>427</sup>

Diga-se, ainda, que também no denominado penhor irregular o objecto do direito poderá ser entregue a terceiro<sup>428</sup> (normalmente uma instituição financeira), obrigando-se este a restituir o bem ao credor, se o crédito se vence e não é cumprido, ou ao devedor, se o crédito é pago ou se extingue de outra forma:<sup>429</sup> neste caso, existirá um penhor acompanhado de um depósito irregular celebrado entre o empenhante e o terceiro.<sup>430</sup>

Do mesmo modo e apesar da posição contrária de alguns Autores,<sup>431</sup> não se nos afigura erguerem-se obstáculos intransponíveis à constituição de um penhor irregular por terceiro, mesmo para quem ancore esta *fattispecie* no âmbito da compensação (maiores dificuldades surgirão para aqueles que radiquem a figura no âmbito da *causa credendi*),<sup>432</sup> uma vez que a maioria dos partidários desta tese admitem que, no domínio do penhor irregular, estaremos perante uma compensação convencional, a qual não tem

---

última hipótese, subsiste uma diferença entre o penhor regular e irregular, uma vez que no primeiro se opera uma transformação da situação possessória do depositário – que passa a deter o bem também no seu próprio interesse –, no penhor irregular verifica-se uma alteração na causa de restituição, a qual se passa a fundar na satisfação do crédito grantido pelo penhor irregular).

<sup>427</sup> Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare* cit., págs.799, considera que, nesta hipótese, “*non avremmo la figura del pegno irregolare, ma quella del pegno del credito (sia pure di un credito verso lo stesso creditore) e, più precisamente, del credito che il debitore ha ex deposito irregolare verso lo stesso creditore (debitore della restituzione) (...) vale a dire un pegno regolare e non già irregolare*” (o Autor esclarece que a diferença não é significativa quando se trate de um crédito pecuniário – por força da possibilidade de extinção do crédito garantido por via de compensação, no momento em que ambos os créditos se vencem –, mas assume maior relevância quando o objecto é diverso, uma vez que o crédito empenhado conserva a sua autonomia e, por isso, o credor pignoratício não pode apropriar-se do crédito onerado, restando-lhe executá-lo nos termos gerais previstos para o penhor, ou seja, através de venda ou adjudicação em pagamento).

<sup>428</sup> Contra, Ciccarello, ob. cit., pág. 688, por entender que o terceiro, depois adquirir a propriedade dos bens entregues, não teria legitimidade para se apropriar definitivamente deles em caso de incumprimento da obrigação principal por parte do devedor. No mesmo sentido, Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare* cit., pág. 804, negando que, no penhor irregular, o bem possa ser entregue a terceiro (pois não se poderia justificar a aquisição da propriedade, por parte do terceiro, em caso de incumprimento da obrigação garantida, uma vez que o terceiro não é credor), considerando que, se assim for, “*il debitore viene a procurarsi, innanzitutto, un credito verso un terzo e a dare, poi, tale credito in garanzia al proprio creditore*”, pelo que qualifica a figura como penhor de créditos. A favor, implicitamente, Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 159 e 160, dando ainda conta de uma divergência quanto aos efeitos da falência do devedor (uns afirmando que o administrador da massa falida apenas poderá exigir do credor a eventual diferença entre o valor do crédito garantido e do bem empenhado; outros, defendendo estarmos perante um penhor de créditos, exigem, como condição da atribuição da preferência pignoratícia, que a constituição do penhor tenha sido notificada antes da declaração de insolvência do devedor e que o credor reclame o seu crédito no processo), enquanto no caso de insolvência do terceiro depositário se afigura pacífico que o credor possa executar o restante património do devedor, recaindo sobre este último o risco de insolvência do depositário. Admite igualmente esta possibilidade Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 229 (esclarecendo que, se o terceiro se apoderar dos bens que lhe foram entregues, o credor deverá lançar mão de uma acção declarativa de restituição da posse).

<sup>429</sup> Vaz Serra, *Penhor* cit. in *BMJ* n.º 59, pág. 112, que acrescenta que até à verificação de qualquer destes eventos, o terceiro não deverá restituir o bem ao credor ou ao depositante isoladamente.

<sup>430</sup> Assim, expressamente, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 216 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 43.

<sup>431</sup> Designadamente Ciccarello, ob. cit., págs. 688 e 689, nota 64, alegando que a constituição de penhor irregular por terceiro briga com a construção teórica do instituto, quando assente na compensação entre a obrigação principal e a de restituição (por falta de um dos pressupostos desta compensação, uma vez que “*l’obbligo di restituire si riferisce al terzo, mentre l’obbligazione principale non adempiuta è del debitore principale*”).

<sup>432</sup> Vide supra no texto a influência que a posição adoptada sobre o fundamento da suposta transmissão da propriedade produz sobre a admissibilidade de um penhor irregular constituído por terceiro.

que observar todos os requisitos legais do instituto: ora, na eventualidade de penhor prestado por terceiro, resulta da própria relação negocial que as três partes envolvidas pretenderam que a obrigação principal se compensasse, em caso de incumprimento, com a obrigação de restituição, não ao devedor daquela, mas sim ao terceiro dador da garantia.<sup>433</sup>

Por último, importa esclarecer que, à imagem do que sucede no penhor comum, nada impede que as coisas dadas em penhor sejam de género diverso daquelas que são objecto do crédito garantido, havendo apenas que ter alguma atenção no caso de as coisas empenhadas se encontrarem sujeitas a oscilações de valor, caso em que a respectiva avaliação deverá ocorrer no momento do incumprimento e não no da sua entrega ao credor pignoratício.<sup>434</sup>

Para além das questões atinentes à natureza jurídica,<sup>435</sup> esta garantia suscita outros problemas,<sup>436</sup> como sejam o potencial contraste com a proibição do pacto comissório<sup>437</sup> e do tratamento a dar em sede falimentar (não apenas no que toca à possibilidade ou não de actuação o mecanismo de execução específico desta garantia - através de imputação ou compensação -,<sup>438</sup> mas especialmente, considerando as

---

<sup>433</sup> A adoptar-se a tese da *causa solvendi*, os obstáculos são ainda de menor monta, em homenagem ao princípio geral segundo o qual qualquer terceiro pode cumprir uma obrigação alheia, mesmo não estando interessado no seu cumprimento, contra a vontade do credor, salvo em casos excepcionais – cfr. art.º 767.º.

<sup>434</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 111 e 112, fundamenta esta posição no facto de ser na data do incumprimento (e não na da constituição da garantia) que o credor vai aplicar o valor do bem empenhado para o pagamento do seu crédito.

<sup>435</sup> Relativamente a estas, vide infra Capítulo IV.

<sup>436</sup> Outro problema, mais específico, em caso de incumprimento da obrigação principal, reside em saber se o credor poderá exigir o cumprimento daquela obrigação ou, pelo contrário, não gozará dessa possibilidade, restando-lhe apenas pagar-se através do bem que lhe foi entregue em garantia (a este respeito, Ciccarello, ob. cit., pág. 689, relata a existência de duas posições distintas, uma negando tal veicidade ao credor pignoratício – argumentando ser esta uma consequência da especificidade do funcionamento do penhor irregular – e outra, pelo contrário, reconhecendo tal possibilidade): em nosso entender, a particularidade do regime do penhor irregular não deve tolher a liberdade do credor pignoratício (e de qualquer credor, garantido ou não) exigir o pontual e exacto cumprimento da obrigação assegurada (mesmo que se aceite a transferência da propriedade do bem empenhado para o credor pignoratício, tal não obsta a que este exija o pontual cumprimento da obrigação, até porque esta pode ser uma obrigação de prestação de facto, porventura infungível, sendo legítimo que o credor prefira vê-la satisfeita do que apropriar-se definitivamente do objecto onerado).

<sup>437</sup> Vide infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>438</sup> Desde logo, o facto de o penhor irregular pressupor, ao menos na opinião de alguns, uma compensação (legal ou convencional, consoante as diversas opiniões), pode conflitar com a proibição destas operações durante o período posterior à insolvência, porquanto, de acordo com o art.º 99.º, n.º 1, do CIRE, uma vez declarada aquela, os titulares de créditos sobre a insolvência só podem compensá-los com dívidas à massa desde que, alternativamente, o preenchimento dos pressupostos legais da compensação for anterior à data da declaração da insolvência ou, então, o crédito sobre a insolvência tenha preenchido antes do contra-crédito da massa os requisitos estabelecidos no artigo 847.º do Código Civil. Porém, de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo, a compensação não é admissível se a dívida à massa se tiver constituído após a data da declaração de insolvência (designadamente em consequência da resolução de actos em benefício da massa insolvente); se o credor da insolvência tiver adquirido o seu crédito de outrem, após a data da declaração de insolvência; com dívidas do insolvente pelas quais a massa não seja responsável; entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência. Por outro lado, tal compensação, mesmo verificada em momento anterior à declaração de insolvência, pode ser resolvida em benefício da massa falida, seja de acordo com o art.º 121.º, n.º 1, alínea f), do Código da Insolvência (segundo o qual são resolúveis, em benefício da massa falida e sem dependência de qualquer outro requisito, os pagamentos ou outros actos de extinção de obrigações cujo vencimento fosse posterior à data do início do processo de insolvência, ocorridos nos seis meses anteriores à data do início deste processo, ou depois desta mas anteriormente ao vencimento) ou com base na cláusula geral do art.º 120.º, n.ºs 1 e 2 (nos termos da qual podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os actos prejudiciais à massa praticados ou

consequências que decorrem da transferência da propriedade dos bens empenhados para o credor.<sup>439</sup>

Finalmente, cabe ressaltar que o penhor irregular apresenta alguns inconvenientes específicos, o maior dos quais residirá, porventura, no risco de o credor pignoratício, findo o contrato e cumprido este, não restituir o *tantundem* ao empenhante, para além da impossibilidade de do empenhante emanar instruções quanto à gestão dos bens onerados.<sup>440</sup>

Noutra ordem de considerações, questiona-se se o depósito de dinheiro constitui ou não um penhor<sup>441</sup> e, em caso afirmativo, se deverá ou não submeter-se às normas que regulam o penhor dito regular.

Poder-se-á, desde logo, considerar como argumento a favor da susceptibilidade de o depósito de dinheiro constituir um penhor (ainda que irregular, mas sujeito às regras gerais do penhor) o teor do n.º 2 do art.º 666.º, que expressamente qualifica como

---

omitidos dentro dos quatro anos anteriores à data do início do processo de insolvência, considerando-se como tal os actos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência: todavia, esta resolução exige a demonstração da má fé do terceiro, decorrente do conhecimento da situação de insolvência do devedor ou do carácter prejudicial do acto e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente ou, finalmente, do início do processo de insolvência - cfr. art.º 120.º, n.º 5 – embora tal má fé se presuma a quanto a actos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente, ainda que a relação especial não existisse a essa data).

<sup>439</sup> Quando se verifica a insolvência do devedor empenhante, se essa falência ocorrer apenas após o vencimento e incumprimento do crédito garantido, parece que, tendo a propriedade dos bens empenhado passado, desde a data da constituição da garantia, para a propriedade do credor (e tendo este, por força do incumprimento do devedor, compensado este seu crédito com o seu débito de restituição do equivalente), *“l’esercizio della prelazione effettuato dalla banca mediante lo strumento della compensazione sarà opponibile agli altri creditori nel caso in cui il fallimento venga dichiarato succesivamente (a tale scadenza); a nulla rilevando che l’incameramento delle somme da parte della banca sia avvenuto nel periodo sospetto”* – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 157 (admitindo, quando muito, que o administrador da insolvência possa intentar uma acção para forçar o credor pignoratício satisfeito a devolver o eventual excesso do valor do bem empenhado relativamente ao crédito garantido); se, ao invés, a falência se produzir antes do vencimento do crédito garantido, em Itália discute-se se o credor pignoratício deverá reclamar o seu crédito assistido de preferência (para que fosse averiguada a existência do crédito e da garantia, posição defendida argumentando que *“la prelazione esercitata dal creditore nel caso di pegno irregolare viene a realizzarsi non sulla somma trasferita in pegno, ma sulla somma diversa della quale il debitore avrebbe altrimenti diritto alla restituzione; il creditore, cioè, opera la prelazione riducendo l’ammontare di quella somma che altrimenti dovrebbe restituire al debitore e per esso al fallimento, e cioè di quella somma – totale o parziale – che con il ricevimento del pegno egli há assunto l’obbligo di restituire. Poiché il creditore esercita la prelazione non sulla somma della quale è divenuto proprietario ma sulla somma della quale il debitore, e quindi il fallimento, è creditore, esercita la prelazione – al pari del creditore nel pegno regolare – su cosa che appartiene (nel caso del pegno irregolare, come oggetto di restituzione) al fallimento”* – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 158) ou, pelo contrário, estará desobrigado de tal ónus (considerando que o credor adquiriu a propriedade dos bens objecto de garantia, devendo devolver à massa falida o eventual excesso do valor desses bens face ao crédito garantido, não gozando de qualquer direito de preferência sobre os bens da falida, isto é, *“il titolare della garanzia non há più alcun diritto da far valere in via privilegiata su beni specifici del fallito essendo quest’ultimo, al limite, a vantare un credito (di restituzione) nei confronti del primo, se costui avrà ecceduto rispetto a quanto spettantegli”* – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 159) e podendo até vender os bens recebidos em garantia na pendência do procedimento falimentar, pois tais bens já não pertencem ao falido.

<sup>440</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 191.

<sup>441</sup> Perante a mesma dúvida, no direito italiano, duas posições se confrontam. Uma primeira, tendo em conta o disposto no art.º 1851.º do CCI, qualifica o penhor irregular como um instituto autónomo e distinto do penhor convencional. Outra tese defende ser o penhor irregular um mero sub-tipo do penhor, por isso enquadrável no âmbito deste (partidário deste ponto de vista é Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 646) – para mais desenvolvimentos, Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 174 a 176.

penhor a caução prestada por meio de depósito “*de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos*” – cfr. n.º 1 do art.º 623.º.

O entendimento da doutrina maioritária era, no domínio do anterior Código, o de considerar o depósito de dinheiro para garantia de um crédito como um penhor, regular ou irregular consoante o credor assumisse a obrigação de restituir os concretos bens entregues ou outros do mesmo género, quantidade e valor.<sup>442</sup>

Esta posição alicerça-se na função de garantia desempenhada, nestes casos, pelo depósito, sobretudo tratando-se do penhor irregular, uma vez que se coloca em poder do credor uma importância com a qual ele se satisfará em caso de incumprimento da obrigação garantida.

Actualmente, no entanto, alguns relativizam a questão, considerando que do art.º 666.º, n.º 2, não decorre a qualificação do depósito em dinheiro como penhor de coisas, mas tão somente a aplicação do regime legalmente ditado para esta última garantia,<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> Neste sentido, Paulo Cunha, ob. cit., págs. 236 e 237 (distinguindo consoante o dinheiro fosse tratado como um bem não fungível – caso em que estaríamos perante um penhor de coisa - ou, ao invés, fungível, caso em que nasceria um penhor de créditos, quer o bem seja colocado em poder de terceiro ou do próprio credor) e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 105 a 109 depois de desvalorizar a questão de saber se, incidindo o depósito sobre bem fungível, se trata de um penhor de créditos ou de coisa, o Autor assevera que “*o depósito com o fim de garantia é, substancialmente, um penhor, pois o que se pretende é dar ao credor um direito de penhor sobre o dinheiro depositado, penhor que é regular ou irregular, consoante o depositário não fica sendo proprietário do dinheiro entregue ou fica sendo proprietário dele. Sob o nome de depósito, quer-se afinal constituir um direito de penhor: se o dinheiro é entregue ao credor, haverá um penhor com entrega ao credor; se é depositado em poder de terceiro, haverá um penhor com entrega a terceiro, que fica sendo, quanto ao penhor e sendo este regular, mediador possessório do credor*” e, sendo irregular, estaremos perante um penhor com entrega a terceiro, associado a um depósito irregular, obrigando-se o terceiro a não restituir os bens depositados a nenhuma das partes enquanto o crédito garantido se não vencer ou se extinguir, a devolvê-lo ao credor – quando o crédito se vença e não se verifique uma situação de incumprimento – ou ao depositante, em caso de cumprimento. No limite, o Autor consente que as partes possam convencionar a aplicação das regras do depósito, mas com excepção das que forem incompatíveis com a finalidade de garantia do negócio. Em sentido contrário, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 232 (considerando que “*a entrega de dinheiro constitui uma caução por depósito e não um penhor. De contrário, vencida a dívida, seria preciso vender o dinheiro, como qualquer outro penhor, o que é absurdo*”).

<sup>443</sup> Assim, Menezes Leitão, Garantias das obrigações, Almedina, 2006, pág. 199, nota 473 (em sentido parcialmente divergente, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 110, considerando que “*conquanto o fim deste penhor irregular seja um fim pignoratício, o instituto não tem que ser regulado exclusivamente pelas normas do penhor*”, tendo em conta a especificidade decorrente de o credor depositário adquirir a propriedade dos bens onerados, com a obrigação de os imputar ao crédito assegurado ou de restituir o equivalente ao depositante: ora, no regime do penhor não se vislumbram normas que permitam fixar qual o valor a atribuir quando as coisas entregues sejam de género diferente das objecto do crédito garantido – entendendo o Autor que a imputação se dará pelo valor correspondente, ou seja, quando se entreguem títulos para garantia de uma dívida pecuniária, apura-se o valor desses títulos e imputa-se à dívida garantida esse valor - ou se, em caso de objectos de grande flutuação de valor, o respectivo montante deve ser aferido no momento da entrega ao depositário ou no do não cumprimento – aderindo o Autor a esta segunda alternativa, alegando que é nesta data que o credor pode aplicar o valor do bem onerado na satisfação do seu crédito. Porém, quando à presunção de pacto anticrético, o Autor sustenta a aplicação da mesma também para esta modalidade de penhor, por ser de presumir pretenderem as partes que o credor vá imputando tais frutos ao pagamento da dívida garantida). Já Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 302 e 303, assevera que “*a função primária dos dois contratos é diversa: no penhor irregular, a garantia; no depósito irregular, a guarda e restituição de certos bens. Por isso, no penhor é sempre necessária a existência de um crédito assegurado (mesmo que este seja futuro ou condicional). A garantia é acessória dele. Nada disto se verifica no depósito irregular*”). Em termos jurisprudenciais, vide o Acórdão do STJ de 10/5/1982, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde se afirma que a constituição de um depósito a prazo para garantia de uma livrança é considerado, nos termos do art.º 666.º, n.º 2, um penhor, o Acórdão da Relação de Lisboa de 14/6/2007, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (no qual se esclarece, ainda, que a “*alteração da propriedade sobre a coisa empenhada, no caso a titularidade do aludido depósito, não é causa de extinção do penhor constituído anteriormente por quem tinha legitimidade para dar o bem em penhor*”),

enquanto outros mantêm a tese da equiparação dos efeitos entre aquele depósito e o penhor.<sup>444</sup>

Mais explícito, a este respeito, se mostra o Código Civil Italiano<sup>445</sup> ao qualificar, a respeito da antecipação bancária, como penhor irregular o depósito de dinheiro, mercadorias ou títulos não individualizados ou relativamente aos quais seja concedida, ao credor bancário, a faculdade de deles dispor (cfr. art.º 1851.º do CCI).<sup>446</sup>

Também na recente reforma do direito das garantias francês<sup>447</sup> foi expressamente consagrado um penhor de coisas fungíveis (cfr. art.º 2341.º, n.º 2, do CCF), nos termos do qual, se as partes assim o estipularem, a propriedade se transmite para o credor, ficando este obrigado a restituir o equivalente.<sup>448</sup>

O facto de, no nosso direito, faltar uma norma contemplando directamente a figura do penhor irregular não constitui um obstáculo insuperável à sua admissibilidade - até porque no direito alemão a mesma ausência não obsta ao reconhecimento do instituto<sup>449</sup> - podendo ser qualificado como um contrato inominado de garantia real,<sup>450</sup> constituindo-se, sem necessidade de outra formalidade, com a entrega dos bens a onerar ao credor ou, caso estes já se encontrassem em seu poder, por mera declaração ou pela entrega dos documentos que confirmam ao credor o poder de dispor dos bens em questão.<sup>451</sup>

---

e, em termos menos assertivos, o Acórdão da Relação do Porto de 3/10/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (considerando que no depósito bancário a propriedade do dinheiro depositado se transfere para o banco, ficando o depositante com o direito de crédito sobre o montante respectivo).

<sup>444</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 641.

<sup>445</sup> No direito espanhol, o 1753.º do Código Civil Espanhol, determina que, no caso de um empréstimo que incida sobre dinheiro ou outras coisas fungíveis, o mutuário adquirirá a propriedade dos mesmos, ficando com a obrigação de devolver outro tanto da mesma espécie e quantidade.

<sup>446</sup> Acrescentando, em seguida, que o banco credor apenas deverá restituir a soma ou a parte das mercadorias ou títulos que excedam o valor do crédito garantido, sendo esse eventual excedente avaliado de acordo com o valor dos bens empenhados na data do vencimento do crédito garantido. Arturo Dalmartello, *Il pegno irregolare cit.*, págs. 316 e segs., considera que esta norma transforma o penhor irregular num contrato nominado e, simultaneamente, opera um reconhecimento da figura com carácter geral, ou seja, considerando que o penhor irregular poderá servir de garantia a qualquer contrato (tendo em conta que o crédito a assegurar é um elemento extrínseco e não constitutivo do instituto do penhor irregular). No entanto, sob a alçada deste negócio de “antecipação bancária” (isto é, um contrato de crédito garantido por um penhor de mercadorias ou títulos), escondem-se duas modalidades distintas, a antecipação simples (um empréstimo comum, com a singularidade de o devedor poder cumprir antecipadamente, restituindo a quantia mutuada) e a antecipação em conta corrente (a colocação, por parte do banco, de uma quantia em dinheiro em favor do beneficiário, que a poderá utilizar, mas deverá liquidar no termo de vigência do contrato) - quanto a esta distinção, vide Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 188).

<sup>447</sup> Notícia o recurso a esta figura no direito alemão Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 300, nota 823 - quando o credor esteja autorizado a consumir ou alienar os bens recebidos em garantia -, acrescentando que o entendimento dominante aponta no sentido de resultar da interpretação da vontade das partes saber se a propriedade se transmite de imediato ou apenas quando o credor consumisse ou alienasse os bens onerados. No direito espanhol e segundo Jordano Fraga, ob. cit., pág. 311, este é um contrato atípico.

<sup>448</sup> Cita esta norma Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 300, nota 822 (aludindo a críticas quanto à integração desta figura no âmbito do penhor e não no domínio das “*propriété-sûreté*”).

<sup>449</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 187.

<sup>450</sup> Assim, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 190, concretizando que o penhor irregular comunga de diversos elementos do penhor regular de coisas determinadas, dele se distinguindo, essencialmente, pela transferência da propriedade do bem onerado para o credor.

<sup>451</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 192, salientando como a função de garantia, no penhor comum, se consubstancia na retirada do poder de disposição sobre o bem ao empenhador e, no penhor irregular, esse efeito decorrer do depósito das coisas fungíveis (o mesmo Autor, ob. cit., págs. 198 e 199, qualifica a situação em que o bem já se encontrava em poder do credor como uma *traditio brevi manu*, permitindo substituir a entrega por um simples acordo, possibilitando a “*constituição de um penhor irregular sobre*

Nesta última hipótese, ou seja, quando os bens a onerar já se encontrarem em poder do credor – como sucede amiúde com o penhor do saldo de uma conta bancária, previamente existente no banco a favor de quem é constituída a garantia – debate-se se existe uma efectiva transmissão da propriedade do bem ou se, pelo contrário, se opera apenas uma conversão da obrigação de restituição, de necessária e incondicional para meramente eventual e condicionada ao cumprimento por parte do devedor.<sup>452</sup>

No entanto e independentemente da inclusão ou não das garantias irregulares no seio do penhor, parece aceitável a aplicação da disciplina genérica ditada para este, excepto os que sejam incompatíveis com a estrutura e o *modus operandi* do penhor irregular.<sup>453</sup>

Dentro das garantias que incidem sobre dinheiro, uma das modalidades mais importantes é o penhor do saldo de uma conta bancária,<sup>454</sup> no qual um sujeito que tem

---

*um depósito já efectuado, sem que haja necessidade de proceder à retransmissão da propriedade*”, muitas vezes resultante da transformação de um depósito irregular num penhor irregular, mediante uma inversão do título da situação possessória, deixando o depositário de o deter no interesse exclusivo do depositante – para passar a deter também no seu próprio interesse – e deixando a restituição do bem de poder ser exigida a qualquer momento por parte do depositante, para passar a poder ser exigida apenas após o cumprimento do crédito garantido pelo penhor irregular).

<sup>452</sup> Alude a esta controvérsia Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 204 e segs., pronunciando-se pela transmissão da propriedade da coisa onerada, mesmo nestes casos, refutando o entendimento contrário por entender que o mesmo conduz “ao apagamento do contrato de depósito e, simultaneamente, não logra explicar o meio pelo qual o depósito voltará a surgir no caso de cumprimento da obrigação garantida”: segundo o Autor, estaremos perante uma união de contratos – depósito irregular e penhor -, mantendo cada um a sua individualidade.

<sup>453</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 110 (embora admita que as partes podem acordar no sentido da aplicação das regras do contrato de depósito, com excepção das que sejam incompatíveis com o fim de garantia). Analogamente, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 308 e segs., apesar de colocar o penhor irregular fora da órbita da garantia pignoratícia, entende serem-lhe aplicáveis muitas disposições desta, designadamente os deveres gerais do credor – em especial a obrigação de restituição -, a possibilidade de reforço ou reforço da garantia e as regras atinentes ao direito aos frutos (pelo contrário, defende a não aplicação dos preceitos relativos à execução da garantia). Já Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 237, depois de considerar o penhor irregular como um subtipo do penhor, assegura que deverão ser aplicáveis as disposições do penhor regular, com excepção daquelas que exijam que o empenhante mantenha a propriedade dos bens onerados (uma vez que a transferência da propriedade, no penhor irregular, é um efeito extra-típico e incompatível com algumas soluções consagradas para o penhor regular), o mesmo sucedendo com Gabrielli, Il pegno cit., págs. 174 e 175, que, embora considerando o penhor irregular como uma modalidade da garantia pignoratícia (em razão da mesma causa de garantia que une o penhor regular e irregular), defende que a disciplina do tipo legal do penhor apenas será aplicável relativamente aos efeitos típicos da função de garantia (*maxime* a função de garantia), mas quanto os efeitos extra-típicos (como a transferência da propriedade das coisas fungíveis empenhadas e a obrigação de restituição do *tantundem*) sustenta a aplicação do regime legal do mútuo (em termos análogos se exprimem Rubino, Il pegno cit., pág. 215 e Realmonte, Il pegno cit., pág. 646). Pelo contrário, Montel, Pegno cit., pág. 790, entende serem aplicáveis, essencialmente, normas análogas às do mútuo, temperadas com as adaptações necessárias em razão da função de garantia. Já Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 148 e segs., dá conta de uma opinião prevalecente na doutrina que dispensa, no penhor irregular, a redacção de um documento escrito com data certa e suficiente indicação do crédito garantido e da coisa empenhada, argumentando que os bens passaram para a propriedade do credor, pelo que os credores do empenhante se encontram na mesma situação em que se encontrariam caso o devedor tivesse alienado o bem e o tivesse entregue ao comprador (uma vez que, em ambos os casos, não é necessário um documento escrito com data certa), embora mencione algumas decisões jurisprudenciais em contrário (para as quais a inobservância do disposto no art.º 2787.º, n.º 3, do CCI implica a ausência do direito de preferência e, por isso, o penhor irregular traduzir-se-ia no mero exercício de um direito de compensação, assim extinguindo a dívida do empenhante). Mais longe ainda vai Stefano Ambrosini, ob. cit., pág. 315, para quem “*la disciplina del pegno di mobili non si applica al pegno regolare*”, apontado como exemplo precisamente o art.º 2787.º do CCI.

<sup>454</sup> Menezes Cordeiro, Manual de direito bancário, Almedina, 2010 (4.ª Edição), pág. 728, duvida da qualificação desta garantia como penhor, afirmando que “*o denominado penhor de conta bancária não é*



uma quantia depositada num banco, normalmente prazo – e, nessa medida, é titular de um crédito à sua restituição - dá em garantia esse mesmo crédito a favor do mesmo banco ou de um terceiro:<sup>455 456</sup> todavia, discute-se se estaremos perante um penhor de

---

*um verdadeiro penhor, no sentido de um direito real de garantia; trata-se, antes, duma garantia pessoal dobrada pela autorização de debitar, na conta garante, determinadas importâncias*". Contra, advogando estarmos perante um penhor de créditos, António Pedro A. Ferreira, Direito bancário, 2.<sup>a</sup> Edição, Quid Juris, 2009, págs. 661 e 662 (asseverando que o objecto da garantia são os créditos que o garante detém sobre o banco e, embora tenha um *modus operandi* específico – traduzido no débito das importâncias garantidas na conta do depositante e na obrigação do garante manter a conta aprovacionada -, "*não parece justificar um entendimento diverso, relativamente à respectiva natureza jurídica, daquele que resulta da sua própria designação: trata-se de um penhor de créditos (...) incidindo especificamente sobre um objecto determinado (o saldo daquela conta e não de outra qualquer), de que o próprio garante é o titular, e não um qualquer terceiro*", embora ressalve que o verdadeiro objecto da garantia não é a conta bancária, mas antes o saldo dela constante "*o qual reproduz, em cada momento, a conjugação entre os movimentos do deve e de haver efectuados sobre o depósito a que a conta se encontra necessariamente associada e que nela são sistematicamente transcritos*"). Para Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 288, nota 798, as dúvidas surgem, especialmente, a propósito das hipóteses em que o depositante, não obstante a constituição da garantia, permanece no direito de movimentar a conta, mas entende não estarmos perante qualquer garantia pessoal, desde logo porque a responsabilidade assumida pelo garante se circunscreve a determinados bens e, por outro lado, porque a função económica desta garantia é em tudo idêntica à do penhor comum (até porque a qualificação da garantia como pessoal permitiria iludir a proibição do pacto comissório) – no mesmo sentido, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 226 e segs., concluindo, em conformidade, pela legitimidade da execução do penhor por meio de compensação ou imputação de créditos.

<sup>455</sup> Define o penhor de conta bancária nestes termos Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 287 e 288, esclarecendo que, caso o banco depositário seja o credor, "*torna-se dessa forma titular de um penhor sobre um crédito de que é ele próprio devedor. Em caso de incumprimento da obrigação garantida, o banco satisfaz-se pela própria quantia aí depositada*".

<sup>456</sup> Em Espanha, esta modalidade de penhor começou por ser repudiada pela jurisprudência (alegando que o *quid* empenhado não reunia os requisitos de um contrato de penhor, nomeadamente porque o depósito do dinheiro numa instituição bancária se traduz num depósito irregular e, como tal, transfere a propriedade do bem depositado para o depositário, pelo que este não poderia ser titular de um direito real de garantia sobre um bem próprio), mas acabou por ser aceite na modalidade de penhor de crédito à restituição dos bens depositados (desde que se verifique a indisponibilidade da quantia depositada por parte do constituinte, subsistindo, contudo, a controvérsia acerca da qualificação da *fattispecie* como penhor regular ou irregular) – sobre esta evolução, vide Gómez-Salvago Sánchez, ob. cit., págs. 515 a 518 e Ginebra Molins e Mateo Borge, La pignoración de depósitos bancarios a plazo fijo: eficacia de la prenda frente a embargos posteriores: consideración especial del pignus debiti, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 577 e segs. (considerando estes últimos que a garantia será normalmente executada através de compensação, quando ambos os créditos sejam líquidos e exigíveis - sem prejuízo de, nos casos em que o crédito do empenhante à restituição do equivalente se vença antes do crédito garantido, se dar um efeito de sub-rogação real, passando a garantia a incidir sobre o dinheiro e transformando-se, então, num penhor irregular – evitando ao credor o recurso ao procedimento de execução do *quid* empenhado, a qual não faria qualquer sentido pois redundaria na obtenção de um soma em dinheiro, concluindo que "*la ejecución por compensación es inherente a la naturaleza de tal pignoración (...) desde el punto de vista económico*"). Também Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., págs. 310 e 311, alude a esta evolução jurisprudencial (salientando que a aversão inicial apoiou-se na exigência legal de que os bens empenhados sejam passíveis de posse – cfr. art.º 1864.º do CCE), concluindo que hoje em dia não oferece discussão a constituição de um penhor com este objecto (seja numa operação com duas partes – banca depositária e credora e devedor – ou a três – banca depositária não credora, devedor e credor). Finalmente, também De la Santa García, ob. cit., pág. 89 e segs., se ocupa deste volte face jurisprudencial, especialmente no que se refere ao penhor sobre depósitos a prazo, criticando a posição ancestral (ancorada na impossibilidade de dação em penhor da tais bens, em razão da não incorporação num título-valor, com base numa análise demasiado formalista do requisito da indispensabilidade de posse dos bens empenhados) e aderindo à orientação mais recente (iniciada com as duas sentenças do Supremo Tribunal de 19/4/1997 e de 7/10/1997) que não só admite o penhor de depósitos a prazo, como clarifica que "*lo que se pignora no es el dinero en sí, sino el derecho de crédito a la restitución que el depositante tiene contra el Banco*", assinalando ainda que esta garantia será executada através de simples

direitos (*rectius*, de um penhor sobre esse crédito à restituição) ou, pelo contrário, perante um penhor irregular,<sup>457</sup> não sendo indiferente a perspectiva adoptada.<sup>458</sup>

---

compensação (sem necessidade, em razão da cristalina avaliação do dinheiro, de recurso às normais formas de execução do penhor): todavia, o Autor alerta para o perigo da interpretação da lei de execução fiscal adoptada pela Agência Tributária, de acordo com a qual o banco credor pignoratício não pode negar o embargo dos depósitos efectuados pelo Fisco - devendo reter os saldos existentes nessa data nas contas oneradas -, tendo o banco credor o ónus de demonstrar a prioridade da sua garantia face ao embargo (demonstração essa que se afigura impossível no caso de penhor de depósitos em garantia de créditos futuros ainda não vencidos no momento da notificação do embargo, entendimento este criticado pelo Autor, uma vez que, embora este penhor não possa ser executado enquanto não for identificada a obrigação a garantir “*el bien está ya pignorado, desplegando los efectos de garantía a favor del acreedor, desde el momento en que las partes han consentido en obligarse constituyendo la prenda (...). La razón de ser de este tipo de contratos de prenda no es otra que la de establecer un marco contractual de relación entre el acreedor y el deudor, con el otorgamiento de las garantías que el acreedor necesita y evitando que por cada obligación que se asuma se deba proceder a otorgamiento de una nueva garantía. Resulta difícilmente imaginable que el acreedor estuviera tranquilo conociendo que sobre los bienes que ha valorado y considerado suficiente y que han sido pignorados puedan en cualquier momento ser embargados por cualquier otro acreedor*”).

<sup>457</sup> Alude a esta controvérsia no direito espanhol, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 84 e segs., admitindo ser pacífico que, em virtude de tal contrato, os bens onerados passam para a propriedade do banco depositário (circunstância que não concorre para solucionar o problema, pois se tal efeito é compatível com o penhor irregular, não é menos verdade que também o é com a tese do penhor de direitos, considerando-se até que, por força dessa transferência da propriedade, o devedor apenas pode onerar o crédito ao respectivo reembolso, mas não os bens em si, precisamente porque a propriedade destes já passou para o depositário). De acordo com o Autor, a qualificação como penhor irregular é especialmente defendida com respeito ao penhor de conta corrente e de depósitos de poupança, por estarmos perante uma garantia que recai sobre o dinheiro propriamente dito, entendido como bem fungível e cuja propriedade se transfere para o credor depositário (ainda assim, alguns opinam que a distinção entre penhor de créditos e penhor irregular assenta no facto de “*en cuanto en la primera el crédito garantizado y el dado en garantía permanecen autónomos en lo referente a su exigibilidad, mientras que en la segunda, el vencimiento del crédito dado en garantía queda condicionado al del crédito garantizado*”, o que, ao menos relativamente ao penhor de depósitos em conta corrente, depõe no sentido da sua qualificação como penhor de direitos, porquanto “*ambos los créditos mantienen su vencimiento autónomo, y que la ejecución de la prenda pró vencimiento de la obligación garantizada no conlleva el vencimiento anticipado del crédito, al contrario que podría ocurrir con los depósitos a plazo*”), apesar de o Autor propender para a qualificação como penhor de direitos, uma vez que “*no nos encontramos ante una prenda directa de dinero, sino ante la prenda del saldo de una cuenta corriente o de una cuenta de ahorro, lo cual es cosa bien distinta*”, até porque a simples constituição dos depósitos bancários, transfere, imediatamente, a propriedade dos bens depositados para o depositário, nascendo a favor do depositante um direito de crédito, o qual poderá ser empenhado a favor do próprio depositário ou de terceiro (sendo certo que, no primeiro caso, o depositário poderá proceder automaticamente à compensação de créditos – sem violação do pacto comissório, por força da identidade de valor entre ambos os créditos -, enquanto no segundo deverá o credor solicitar ao depositário a entrega dos referidos bens), especialmente quando, como é mais frequente em razão da maior garantia para os credores, sejam empenhados depósitos a prazo. Do mesmo modo, Finez Ratón, ob. cit., pág. 13 e segs. (depois de considerar estéril a controvérsia acerca da natureza jurídica dos depósitos bancários, entende que a principal preocupação deverá ser determinar o regime jurídico à dação em garantia de tais depósitos), conclui que o depósito bancário de dinheiro transfere a propriedade do objecto depositado para o depositário e, por outro lado, faz surgir a favor do cliente um direito de crédito a favor do depositante (num montante equivalente ao depositado), apontando duas construções jurídicas que podem explicar a oneração deste *quid*: ou o penhor do crédito do depositante para com o depositário à restituição do objecto depositado ou, em alternativa, como um penhor de dinheiro, do próprio saldo bancário (normalmente como uma exigência do banco para garantir um crédito que tenha contra o depositante). Este último Autor dá igualmente conta da divergência da jurisprudência a este respeito, enumerando decisões que qualificam esta garantia como um penhor sobre o crédito do depositante (Sentença do Supremo Tribunal de 27/12/1985) e outras que entender tratar-se de um penhor irregular sobre o saldo da conta bancária (Sentenças do Supremo Tribunal de 18/7/1989 e de 28/11/1989), admitindo em diversas decisões a possibilidade de execução destas garantias por meio de compensação (Sentenças do Supremo Tribunal de 19/9/1987 e de 27/3/1990). Finez Ratón, ob. cit., págs. 102 a 104, dá ainda conta que, em França (o Autor

A opção pela qualificação como penhor irregular enfrenta a dificuldade em justificar a compensação como forma de execução da garantia, tendo em conta a normal ausência de verificação de todos os requisitos legais desta figura (nomeadamente a exigibilidade de ambos os créditos), a qual é contornada mediante a inserção de cláusulas que admitem a compensação convencional a favor dos bancos.<sup>459</sup>

Ao invés, o recurso à figura do penhor de créditos representa uma alternativa face aos obstáculos e às dúvidas originadas pelo penhor irregular, especialmente quando o depósito a onerar pré-existe relativamente ao crédito garantido.<sup>460</sup>

---

notícia igualmente a plena admissibilidade neste ordenamento da fattispecie em que o constituinte da garantia – mesmo quando configurada como penhor irregular - seja um terceiro), se enfrentam os partidários da qualificação como penhor irregular de coisas (os objectos correspondentes ao crédito inscrito em conta a favor do constituinte, ou seja, o dinheiro, não afectando a fungibilidade deste a natureza real da garantia) e os defensores de uma solução mitigada, consoante em que o depósito é efectuada com o intuito de constituir uma garantia (caso em que a garantia seria um penhor irregular, efectuando-se o desapossamento através da inscrição numa conta bancária especial) ou, ao invés, quando a garantia recaia sobre uma conta de que o devedor já era titular (caso em que estaremos perante um penhor de créditos – e cuja constituição requer a observância das formalidades ditadas para esta – cujo objecto será o eventual crédito de restituição ao empenhante depositante).

<sup>458</sup> Finez Ratón, ob. cit., pág. 91, destaca que no penhor de créditos ambos os créditos – garantido e depósito bancário – conservam a sua autonomia (de tal modo que o banco terá de aguardar o vencimento do crédito garantido para imputar o depósito ao seu cumprimento, embora tal dificuldade possa ser contornada através de uma cláusula de vencimento antecipado do depósito, especialmente quando o depositário seja também o credor), enquanto no penhor irregular o vencimento do crédito garantido e o seu incumprimento implicam a imediata imputação do depósito para pagamento, tornando assim desnecessária a execução da garantia.

<sup>459</sup> Finez Ratón, ob.cit., pág. 107 e segs. O Autor chama a atenção para o facto de a compensação poder ser encarada como puro mecanismo solutório (produzindo efeitos, face a terceiros, apenas na data que ambos os créditos se tornam compensáveis) ou, pelo contrário, como uma garantia propriamente dita (oponível desde a data da constituição da garantia cuja execução de pretenda efectuar por via de compensação): mesmo que se opte pela primeira alternativa, a situação do banco credor não é tão nefasta como possa parecer, por força da inserção nos contratos de garantia sobre depósitos de cláusulas conferindo-lhes a faculdade de operar a compensação unilateral e voluntária, ainda que não se encontrem verificados todos os requisitos legais da figura (outra via utilizada pelos bancos para reforçar a sua garantia consiste no chamado princípio da unidade de conta, nos termos do qual “*Las distintas cuentas se consideran simples divisiones funcionales de una sola y única relación global entre banquero y cliente: saldo global representante de las distintas posiciones de los compartimentos de la cuenta única*”). Aceita que o penhor de um depósito bancário possa ser qualificado como penhor irregular a Sentença da Audiência Provincial de Barcelona de 20 de Novembro de 2001 (apud Lerena Cuenca e outros., ob. cit., págs. 530 e 531). Reconhecendo, entre nós, a legitimidade da execução de um penhor bancário por via de compensação, vide o Acórdão do STJ de 7/5/2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), no qual se pode ler que “*Acontecendo o não cumprimento da obrigação pelo devedor, o credor pode fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste (...) pela via da compensação. A compensação convencional bancária, previamente, acordada em qualquer negócio, de que possam resultar créditos do banqueiro sobre o seu cliente, é compatível com a possibilidade de o banco debitar as importâncias que lhe sejam devidas, em quaisquer contas de que o mutuário ou os garantes sejam titulares, únicos ou no regime de solidariedade E, se as partes podem convencionar o cumprimento da obrigação vencida, em caso de inadimplemento do contrato, o credor faz seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, com base em compensação, nos termos do disposto pelo artigo 847º e seguintes, do CC*”.

<sup>460</sup> Finez Ratón, ob. cit., pág. 134 e segs. - embora aceite a possibilidade de constituição de um penhor irregular (invocando mesmo exemplos de reconhecimento legal da figura no direito espanhol, o mais relevante dos quais é o alargamento da hipoteca e do penhor às indemnizações relacionadas com o bem onerado, uma vez que este efeito sub-rogatório transforma uma garantia sobre um bem corpóreo num penhor irregular, sem preterição da preferência inicial) – entende que a configuração mais adequada ao penhor de depósitos bancários é a figura do penhor de créditos, mesmo que no ordenamento espanhol tal instituto não encontre consagração expressa (apesar de o Autor mencionar o penhor de valores mobiliários representados por anotações em conta como um reconhecimento, ao menos implícito, de tal figura), a isso não obstando a ausência de um título material representativo do crédito, a especificidade do

O penhor de depósitos bancários, corrente no giro comercial, caracteriza-se pela afectação de determinadas quantias depositadas em instituições de crédito ao pagamento de certas dívidas, pela obrigação dos depositantes não movimentar aqueles (enquanto subsistirem as dívidas) e pela autorização concedida ao banco credor para debitar, na conta de depósitos em causa, as dívidas que se forem vencendo (o que obriga o garante a manter a conta provisionada), discutindo-se se o depositário adquire ou não a propriedade dos bens depositados e, em caso afirmativo, se incide directamente sobre o saldo da conta empenhada – traduzindo-se num penhor irregular – ou, ao invés, sobre o crédito de restituição de que o depositário-empenhante é titular.<sup>461</sup>

---

objecto onerado ou a suposta insusceptibilidade de posse dos créditos: quanto a este último – ou, em termos mais amplos, no que toca à constituição da garantia -, na ausência de um regime legal, o Autor recusa que a notificação do devedor do crédito empenhado seja indispensável para o efeito, porquanto a função desempenhada pela entrega no penhor de coisas (que não é de natureza publicitária – ou, quanto muito, o é apenas em termos negativos – mas antes a de criar uma situação de indisponibilidade para alienar ou onerar o bem onerado por parte do empenhante) não pode ser assegurada, no penhor de créditos, por aquela notificação (pois “*No hay indisponibilidad material porque tampoco hay en los créditos auténtica posesión o detención material. Normalmente la indisponibilidad del crédito como consecuencia de la notificación viene referida a que el deudor se abstenga de pagar al constituyente. Ahora bien, creo que este efecto no deriva de la notificación, sino de la misma eficacia real traslativa del contrato de prenda de créditos. Resulta una excepción al principio general de transmisión del dominio y constitución de derechos reales mediante título y tradición (...) O es que el deudor no notificado, pero que tiene conocimiento de la prenda, queda liberado por el pago realizado al constituyente?*”, rematando que “*La notificación al deudor no es un requisito de eficacia de la prenda, ni inter-partes, ni frente al deudor*”), tanto mais que a mesma também não é imposta em sede de cessão de créditos (o Autor acredita que da falta de notificação nenhum prejuízo decorre para terceiros, sendo o credor pignoratício o único eventual lesado, porquanto o pagamento efectuado pelo devedor do crédito onerado ao constituinte da garantia será liberatório, sempre que aquele desconheça a existência do penhor: todavia e como paliativo deste prejuízo, aceita que possa reclamar do empenhante o crédito por este recebido, para além de uma indemnização pelos danos sofridos), considerando mesmo que, para a oponibilidade da garantia a terceiros, não será necessária a redacção do documento público imposto pelo art.º 1865.º do CCE, podendo a constituição da garantia provar-se por qualquer outro meio (o Autor ancora esta posição no facto de aquela exigência ser ditada para o penhor de coisas e, não se encontrando o penhor de créditos regulado na lei – sendo o seu regime decorrente, em conjunto, das normas do penhor e da cessão de créditos – e considerando aquela imposição excepcional em face do regime geral de prova, “*No se puede extender la excepcionalidad a supuestos de prenda no previstos ni regidos expresamente en el Título dedicado a tal garantía em el Código*”). Contra aqueles que se manifestam contra a ausência de publicidade de um penhor concebido nestes termos, Finez Ratón, ob. cit., págs. 228 a 230, remete para o direito alemão (em que existe uma total ausência de publicidade das garantias sobre bens móveis em geral e sobre créditos em particular), considerando as finalidades publicitárias, no penhor de créditos, “*quedar en manos de los terceros, que deterá averiguar ena cada caso los graváveis o limitadores que recaem sobre gel crédito. Igualmente, pueden asegurarse los derechos de los terceros imponiendo la obligación al constituyente de la garantía de declarar la situación en la que se encuentra el crédito*”. Notícia ser esta a concepção dominante no direito francês anterior à reforma de 2006 (num quadro legislativo em que a figura não gozava de regulamentação legal) Dominique Doise, ob. cit., págs. 40 a 42, identificando como objecto da garantia o crédito do constituinte sobre a entidade depositária, correspondente ao saldo disponível da conta, devendo observar-se as formalidades legalmente impostas para a criação deste tipo de garantias (nomeadamente a notificação do devedor do crédito empenhado): porém o Autor não deixa de relatar a manutenção de algumas vozes divergentes, enquadrando um penhor com este objecto no âmbito das garantias sobre coisas corpóreas (mais precisamente, os espécimes monetários correspondentes ao crédito da conta, implicando a constituição da garantia a entrega do bem desmaterializado que é a moeda escriturária, a qual implicará a criação de uma conta especial para o efeito), posição esta contestada pelo Autor (pois se esta conta especial estiver aberta em nome do credor ou de um terceiro detentor estaremos perante um penhor de dinheiro – uma vez que o dinheiro não se encontra na conta do constituinte, não poderá ser empenhado -; ao invés, se a conta for aberta em nome do constituinte, não existirá nenhuma entrega de moeda escriturária ao credor).

<sup>461</sup> Entendendo que o objecto desta garantia é o próprio saldo da conta, vide Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., pág. 727, (considerando que a circunstância de o empenhante se obrigar a manter a conta

No direito italiano, a questão torna-se mais complexa quando o que é empenhado é uma caderneta de depósito, distinguindo alguns consoante seja conferida, ou não, ao banco a faculdade de dispor de tais bens, de modo a apenas integrar no âmbito do penhor irregular a primeira hipótese.<sup>462</sup>

Cumpre, porém, distinguir consoante a conta bancária empenhada (ou à qual pertencem as quantias oneradas) seja movimentável a qualquer momento<sup>463</sup> ou, ao invés, assuma a modalidade de depósito a prazo:<sup>464</sup> nesta última hipótese, em princípio o contrato de penhor atribui ao banco credor a faculdade de movimentação antecipada em caso de incumprimento por parte do devedor; pelo contrário, tratando-se de um depósito à ordem, ou se bloqueia a sua movimentação (de modo a evitar o esvaziamento da conta) ou, em alternativa, se estipula que o penhor recai sobre o saldo da conta bancária.<sup>465</sup>

Por outro lado, há quem distinga consoante a garantia seja constituída a favor do depositário ou, pelo contrário, de um terceiro, fazendo reentrá-la na órbita do penhor irregular apenas no primeiro caso.<sup>466</sup>

Este tipo de garantia costuma prestar-se para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de uma operação bancária (ou seja, a favor do credor), que pode ser um simples empréstimo ou uma abertura de crédito.<sup>467</sup>

---

permanentemente provisionada, enquanto subsistir a obrigação garantida – é mais um elemento a depor a favor da qualificação desta garantia como pessoal e não real) e, concordantemente, António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 661. Pelo contrário, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 24 e segs, entende que o penhor sobre depósitos bancários ou aplicações financeiras será um penhor de créditos, o crédito de restituição de que goza o depositante, independentemente de tal crédito poder ser exigido em prazo previamente acordado (caso dos depósitos a prazo) ou a qualquer momento, por solicitação do depositante (no caso dos depósitos à ordem).

<sup>462</sup> Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3551, alegando que, não dispondo o banco da faculdade de se apropriar dos bens depositados (representados pelo título entregue), deverá restituir o concreto título ou documento entregue aquando da constituição da garantia.

<sup>463</sup> De la Santa García, ob. cit., pág. 83 e segs., distingue ainda, no âmbito dos depósitos livremente movimentáveis, a conta corrente e os depósitos de poupança, esclarecendo que o penhor sobre a primeira não garante devidamente os interesses do credor pignoratício, atenta a liberdade de movimentação da mesma por parte do devedor (e um eventual bloqueio da conta originará uma desnaturação do contrato); já no que toca às contas de poupança, o seu bloqueio parece menos incompatível com a sua natureza, mas a sua similitude com as contas correntes tem afastado os credores da sua utilização como garantias.

<sup>464</sup> Finez Ratón, ob. cit., págs. 13 e 14, entende que o penhor de depósitos a prazo é a figura mais utilizada, por ser esta uma garantia particularmente atraente para o credor, não apenas porque o empenhante perde a disponibilidade do *quid* onerado durante o período de tempo que dure o depósito, mas também porque a impossibilidade de movimentação do saldo destas contas aumenta a segurança da garantia.

<sup>465</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 288 e 289.

<sup>466</sup> Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3551.

<sup>467</sup> Assim, De la Santa García, ob. cit., pág. 18 e segs.. António Pedro Ferreira, ob. cit., pág. 628, define a abertura de crédito como o contrato através do qual uma instituição bancária disponibiliza linhas de crédito ou *plafonds* de crédito aos seus clientes, assumindo aquela “*o compromisso de serem colocados à disposição do cliente certos fundos, por período determinado ou não, podendo o beneficiário proceder ao respectivo levantamento até aos montantes, nos termos e nas condições que foram previamente fixadas*”, considerando como traço distintivo da figura a disponibilização de fundos e como característica eventual uma segunda fase que pressupõe a efectiva utilização dos montantes disponibilizados (o Autor alude, ainda, à controvérsia doutrinal quanto à natureza jurídica do instituto – por uns definindo como um contrato preliminar, por outros como uma modalidade de empréstimo e outros ainda como uma junção de um mútuo e de um depósito -, aderindo à tese que o qualifica como um contrato autónomo e *sui generis* “*por ser aquela que confere ao acto de disponibilização a efectiva importância que possui, enquanto bem económico autónomo e coisa (incorpórea) em sentido jurídico*”). Para uma definição similar, vide Engrácia Antunes, ob. cit., pág. 501, realçando ser este um contrato atípico, no sentido em que não se encontra expressamente previsto e/ou regulado na lei. De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 18 e segs, define a abertura de crédito como um contrato atípico “*por el que el Banco se obliga, dentro del*

Por outro lado, a garantia pode igualmente incidir sobre uma conta corrente bancária (cuja origem pode ser um depósito bancário ou uma abertura de crédito concedida pelo banco), entendida como reflexo das diversas operações entre banco e cliente, abrangendo o eventual saldo existente a favor do cliente no momento do vencimento do crédito garantido (muito embora a mobilidade desta conta corrente a torne pouco segura enquanto objecto de garantia).<sup>468</sup>

Contudo, poderá questionar-se a empenhabilidade da conta corrente,<sup>469</sup> tendo em consideração que, em rigor, parece não existir dívida nem crédito até ao encerramento da conta, pelo que o objecto do penhor seria futuro e puramente eventual:<sup>470</sup> uma possível solução passará por admitir o penhor sobre o saldo provisório da conta numa determinada data ou, em alternativa ou conjuntamente, pela criação de uma sub-conta.<sup>471</sup>

Um outro tipo de garantia que, embora não incidindo directamente sobre dinheiro, suscita dúvidas quanto ao seu carácter regular ou irregular é o penhor sobre títulos de créditos, em particular quando a garantia seja constituída através de um endosso pleno.<sup>472</sup>

---

*límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero por un cierto tiempo*”, assumindo natureza consensual e *intuitu personae* (de modo que o Banco se reserva o direito de, em certas circunstâncias, cortar a concessão de crédito; o cliente não pode ceder a sua posição contratual a terceiro, sem o consentimento do Banco; e, em caso de morte do cliente pessoa física ou de extinção da pessoa colectiva, o contrato caducará).

<sup>468</sup> Finez Ratón, ob. cit., pág. 14. De acordo com Meneres Campos, ob. cit., pág. 106, o contrato de conta corrente bancária “*caracteriza-se por proporcionar ao cliente bancário a disponibilidade, em qualquer momento, de uma soma em dinheiro até um limite convencional, sendo que as entregas que o devedor realize na conta são imputadas no montante da dívida*”.

<sup>469</sup> Admitindo esta garantia e qualificando-a como um penhor sobre o crédito do titular da conta contra a instituição bancária, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 202.

<sup>470</sup> Em face direito francês, Jacques Ghestin e outros, pág. 220. Também Dominique Doise, ob. cit., págs. 40 a 42, manifesta dúvidas, considerando a obrigatoriedade de determinação do objecto empenhado, da legitimidade da dação em penhor de uma conta com estas características, considerando que a possibilidade de movimentação da conta – e a falta de liquidez do crédito onerado – não afecta esta determinação, embora diminuam a consistência da garantia, a qual recairá unicamente sobre o saldo da conta pendente no momento da execução, isto é, a movimentação da conta não afecta a subsistência do penhor, mas importa a não sujeição à garantia das quantias entretanto retiradas e, paralelamente, a inclusão na órbita daquelas das importâncias eventualmente depositadas até ao momento da execução.

<sup>471</sup> A primeira hipótese depara com um entrave, na medida em que, após a data indicada, a conta corre o risco de se tornar apenas uma conta de depósitos, uma vez que as retiradas de dinheiro apenas seriam admissíveis para montante que excedam o saldo provisório. Dadas estas dificuldades, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 420, advogam a criação de uma outra conta.

<sup>472</sup> Para Alfonso Parisi, *Costituzione di pegno: regolare o irregolare – differenze*, in [www.diritto.it/materiali/commerciale/parisi.html](http://www.diritto.it/materiali/commerciale/parisi.html), pág. 2 e segs., quando o penhor de títulos de crédito se constitua através de endosso, pignoratício ou pleno, existirá sempre um penhor regular. Pelo contrário, quando seja acompanhado de um negócio subjacente constitutivo do penhor, importará analisar tal negócio e averiguar se o constituinte pretende conceder ao credor apenas a legitimidade para o exercício do direito (caso em que estaremos perante um penhor regular) ou, ao invés, também a titularidade do direito incorporado no título (criando assim um penhor irregular): mais concretamente, “*qualora il cliente di una banca vincoli, a garanzia del proprio adempimento, un titolo di credito e non conferisca alla banca medesima la facoltà di disporre del relativo diritto, si esula dall’ipotesi del pegno irregolare (...) e si rientra nella disciplina del pegno regolare (...) in base alla quale la banca garantita non acquisisce la somma portata dal titolo, con l’obbligo di riversare o scomputare il relativo ammontare, ma è tenuta a restituire il titolo stesso (...) nel caso di pegno regolare i titoli di credito (...) non divengono di proprietà dello stesso creditore (la banca), non essendo essi fungibili sicchè vanno restituiti e non possono da quest’ultimo essere utilizzati*”.

Como outros possíveis objectos da garantia pignoratícia, alude e regula o Código o penhor sobre créditos<sup>473</sup> e sobre outros direitos (cfr. art.ºs 679.º a 685.º),<sup>474</sup> muito embora a disciplina legal ditada para esta modalidade de penhor seja escassa,<sup>475</sup> aplicando-se supletivamente os preceitos relativos ao penhor de coisas (cfr. art.º 679.º).

No que respeita aos outros direitos e atenta a multiplicidade e diversidade dos potencialmente abrangíveis pelo penhor, a lei limita-se a remeter, quanto à sua constituição, para o regime de transmissão desses mesmos direitos (cfr. n.º 1 do art.º 681.º), apenas limitando o âmbito dos direitos empenháveis àqueles que tenham por objecto coisas móveis<sup>476</sup> e sejam susceptíveis de transmissão (art.º 680.º).<sup>477 478</sup>

Nesta conformidade, a ausência de desapossamento não constitui entrava à dação em penhor dos créditos (e de outros direitos), uma vez que é a própria lei que consagra um sucedâneo do desapossamento do constituinte enquanto modo de surgimento do penhor sobre tais bens.

A questão apresenta maior complexidade em ordenamentos, como o espanhol, em que não se encontra consagrada na lei a figura do penhor de direitos (nem tão pouco o penhor de créditos), sobretudo porque o art.º 1864.º do CEE impõe, como condição de empenhabilidade dos bens, a susceptibilidade de posse sobre os mesmos.<sup>479</sup>

---

<sup>473</sup> No domínio do Código de Seabra e dada a inexistência de normas específicas a este respeito, discutia-se a admissibilidade do penhor de créditos, respondendo a doutrina em sentido afirmativo (vide Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 41 a 44 e Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 50 a 54), apoiando-se na empenhabilidade dos títulos de crédito e de acções e, por outro lado, na aptidão dos créditos para serem alvo da garantia geral (e, por isso, também de garantias especiais). Problema análogo ocorre, ainda hoje, no direito espanhol, onde o respectivo Código não prevê nem regula o penhor de créditos – para mais desenvolvimentos, vide infra n.º 5.2 do Capítulo I.

<sup>474</sup> O Código Civil Brasileiro (cfr. art.º 1451.º), admite o penhor sobre direitos, susceptíveis de cessão, sobre coisas móveis.

<sup>475</sup> Para Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 141, a disciplina legal do penhor de direitos “*não é apta para satisfazer as exigências da praxis*”.

<sup>476</sup> Apesar de não ser possível a dação em penhor de créditos relativos à entrega de coisas imóveis, nada obsta à empenhabilidade de créditos hipotecários, uma vez que o direito empenhado é a prestação e não o imóvel hipotecado - Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 142.

<sup>477</sup> Para além disso, o Código determina a obrigação do titular do direito empenhado entregar ao credor pignoratício os documentos comprovativos desse direito que estejam na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse legítimo (art.º 682.º), força o credor pignoratício a praticar todos os actos indispensáveis à conservação do direito empenhado e a cobrar os juros e demais prestações acessórias compreendidas na garantia (art.º 683.º, muito embora se possa considerar que este dever já resultasse do dever geral de conservação do bem empenhado previsto na alínea a) do art.º 671.º, aplicável ao penhor de direitos por força do art.º 679.º) e manda aplicar o regime da cessão de créditos (no que respeita às relações entre o devedor e o cessionário) às relações entre o obrigado e o credor pignoratício, sempre que seja dado em penhor um direito por força do qual se possa exigir uma prestação, como sucede quando seja dado em penhor um crédito (art.º 684.º).

<sup>478</sup> No entanto, como bem realça Antunes Varela, Direitos das Obrigações cit., Vol. II, pág. 538), cumpre distinguir o objecto do direito e o objecto da garantia, nada impedindo que um crédito que tenha por objecto um bem móvel seja garantido por uma hipoteca sobre determinado imóvel (conforme se comprova pela referência efectuada pelo Código do Notariado e pelo Código do Registo Predial ao penhor de créditos hipotecários) e, inversamente, nada obsta a que um crédito que tenha por objecto um imóvel seja garantido por outro que recaia sobre um móvel.

<sup>479</sup> Com efeito, surgem sérias dúvidas acerca da empenhabilidade dos direitos em geral e dos créditos em particular (manifesta estas reservas Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1878, concluindo que “*cuando se entregan derechos de crédito en garantía de una deuda no hay en rigor constitución de un derecho real, sino una especial cotitularidad que afecta al lado activo del crédito, sin alteración por lo demás de la deuda (...) la situación es equivalente a una cesión de créditos a favor del acreedor principal*”). Aceita, pelo contrário, que o penhor possa recair sobre direitos, em geral, e créditos em particular, Albaladejo, Derecho civil III cit., págs. 724 e 725, argumentando que a lei admite o penhor de “coisas” e que este termo abrange coisas e direitos, que o art.º 1872.º alude a uma hipótese particular de penhor de créditos e, por último, que “*incluso los derechos no poseibles (como, por ejemplo, el de crédito a cobrar una suma*)”

No entanto, a admissibilidade de um penhor sobre alguns direitos encontra-se limitada por diversos factores, nomeadamente quando o objecto da garantia consista num direito real.<sup>480</sup>

Desde logo, muitos destes direitos reais apenas podem ter por objecto bens imóveis e, por isso e atenta a natureza imobiliária dos direitos inerentes aos bens imóveis (cfr. art.º 204.º, n.º 1, alínea d)), não poderão ser dados em penhor (cfr. art.º 666.º, n.º 1, *a contrario*): é o que sucede com as servidões, o direito de superfície e a hipoteca.<sup>481</sup>

---

*se estiman susceptibles de pignoración, siempre que entonces la transferencia de posesión se sustituya por un acto que sustraiga el ejercicio de áquel a su titular (así, en el ejemplo puesto de pignoración de un crédito, notificación de la pignoración al deudor del crédito pignorado para que se abstenga de pagar al acreedor pignorante); con lo qual, quedando éste privado de disponer del mismo, el titular de la prenda queda asegurado de que podrá hacer enajenar el derecho y obtener sobre su precio satisfacción a la obligación garantizada, si el deudor no la cumple*". Já De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 74 e segs., reconhecendo que a empenhabilidade de direitos encontra raízes ancestrais no direito espanhol (nomeadamente nas Partidas, em cuja Lei 2., Título XIII, Partida 5.ª, se estabelecia que "*Empeñar se puede toda cosa..., también las corporales como las que no lo son*"), entende ser esse entendimento de manter na actualidade, mesmo na ausência de norma análoga e apesar do disposto no art.º 1864.º do CCE como condição de empenhabilidade, "*pues los derechos también son cosas, pueden tener naturaleza mobiliaria, conforme a los arts. 335 y 336 y son susceptibles de posesión, según se infiere de los arts. 430 e siguientes CC*", concluindo que "*los derechos reales son pignorable en tanto sean transmisibles y en la medida en que lo sean*". Posição *sui generis* é a de Cano Martínez de Velasco, ob. cit., págs. 87 e segs., que admite o penhor de créditos, mas entende que a sua constituição se fará através da entrega dos documentos comprovativos da existência do crédito, a qual equivale à tradição da posse do crédito (recusando atribuir à notificação ao devedor do crédito empenhado qualquer papel constitutivo da garantia, uma vez que "*obtenida la cosa del deudor por el cedente, éste debe restituirla inmediatamente al cesionario (acreedor pignoraticio), constituyéndose entonces la prenda sobre la cosa. Por lo tanto, la notificación de la constitución de la prenda no es elemento constitutivo de esta garantía, por no ser imprescindible*": todavia, reconhece que o credor pignoraticio adquire a posse do crédito empenhado e, por isso, passa a assistir-lhe o direito de o cobrar). No que concerne à jurisprudência, Lerena Cuenca e outros, Hipoteca, prenda y anticresis, Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 507 cita como favoráveis à admissibilidade do penhor de créditos a sentença do Supremo Tribunal n.º 704/2007, de 20 de Junho (na qual, inclusive, se aceita que aqueles créditos sejam onerados em garantia de outros, futuros), n.º 1237/2006, de 30 de Novembro (invocando, em abono daquele reconhecimento, a expressa evocação da figura na lei concursal), n.º 875/2002, de 26 de Setembro (declarando que os efeitos do desapossamento se alcançam através da notificação do devedor do crédito empenhado e da legitimação do credor pignoraticio para cobrar tal crédito) e n.º 631/2001, de 25 de Junho (qualificando como tal o penhor de um depósito bancário a prazo, repudiando que a garantia incida sobre o dinheiro propriamente dito), bem como inúmeras outras decisões citadas nos arestos acabados de enumerar. Posição claramente favorável à admissibilidade do penhor de créditos e/ou de direitos é, não obstante este silêncio legislativo, a de Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 509, que admite um penhor com semelhante objecto, não só porque a noção legal de "coisa" compreende também os direitos, mas ainda porque o art.º 1872.º do CCE, faz referência ao penhor de valores mobiliários (qualificada por muitos como um penhor de créditos ou de direitos).

<sup>480</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1878, admite a dação em penhor dos direitos reais, desde que os mesmos sejam transmissíveis e, por isso, susceptíveis de posse (em termos paralelos, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 502, admite a empenhabilidade de direitos reais mobiliários, desde que sejam possuíveis e se encontrem no comércio).

<sup>481</sup> No mesmo sentido, para o direito espanhol, Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 51 (negando, em razão da sua natureza imobiliária, a empenhabilidade do direito de superfície, das servidões prediais – acrescentando, neste último caso, o obstáculo decorrente da inseparabilidade do prédio a que dizem respeito – e do direito de habitação – por, além do mais, ser intransmissível). O que já não será tão claro é se os direitos de natureza não real que incidam sobre imóveis (como é o caso, pelo menos para alguns, do direito de arrendamento) poderão ser empenhados, sobretudo porque alguns (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 198) sustentam que o carácter imóvel dos direitos que recaiam sobre coisas da mesma natureza apenas se verifica quanto aos direitos reais. Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 232 e Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 55 a 56, analisam a questão da empenhabilidade do direito de arrendamento sob um outro prisma, pois indagam somente acerca transmissibilidade deste direito.



Também a incindibilidade, face ao direito de propriedade a que se encontram adstritos, condiciona inelutavelmente a constituição de penhor sobre alguns direitos reais, como as servidões prediais, os direitos de aquisição preferente<sup>482</sup> e o direito de uso,<sup>483</sup> o mesmo valendo para a empenhabilidade de autónoma de determinadas faculdades compreendidas no âmbito de um determinado direito.<sup>484</sup>

Direitos existem cujo objecto compreende ou pode compreender, simultaneamente, bens móveis e imóveis, sendo também muito duvidoso que tais direitos possam ser dados em penhor.<sup>485</sup>

Por outro lado, a possibilidade de o credor pignoratício, por sua vez, dar em penhor a coisa ou direito empenhado – o chamado sub-penhor - encontra-se vedada pelo art.º 671.º, alínea b).<sup>486</sup>

Resta, por isso, o direito de usufruto sobre um bem móvel e, relativamente a este não parece haver obstáculos à sua dação em penhor, tanto na modalidade de usufruto de créditos, como de coisas.<sup>487</sup>

---

<sup>482</sup> Por força desta restrição, Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 51, nega a empenhabilidade dos direitos de aquisição preferente e das servidões prediais. Esta mesma inseparabilidade encontra consagração legal, a respeito das servidões prediais, no art.º 1545.º, de acordo com o qual, salvas as excepções previstas na lei, as servidões não podem ser separadas dos prédios a que pertencem, activa ou passivamente (n.º 1), importando a afectação das utilidades próprias da servidão a outros prédios a constituição de uma servidão nova e a extinção da antiga (n.º 2), pelo que a mesma conclusão é defensável em face do nosso direito constituído.

<sup>483</sup> Cfr. art.º 1488.º, que proíbe o usuário de trespassar, locar e onerar o seu direito.

<sup>484</sup> Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1569, aponta como exemplo a impossibilidade de constituição de um penhor apenas sobre o direito de voto inerente a uma participação social.

<sup>485</sup> Com base nesta consideração, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 232 e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 57 negam a possibilidade de a garantia pignoratícia incidir sobre uma sucessão indivisa (no mesmo sentido relativamente ao quinhão hereditário e a qualquer prestação de facto – positiva ou negativa - que tenha por objecto um bem imóvel, Antunes Varela, Das obrigações cit., Vol. II, pág. 538). Admitindo esta possibilidade apenas quando esta sucessão seja composta exclusivamente sobre bens móveis e exista um título, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 23 e 24 e Jacques Ghestin e outros, ob. cit., págs. 220 e 221 (considerando como título válido o testamento, mas notando que a jurisprudência nega tal carácter à notificação dos contratos do credor ao administrador da sucessão do devedor) e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 102 (embora reconheça que, na prática, apenas na sucessão testamentária será possível, em virtude da existência de um título testamentário, o empossamento do credor; ao invés, na falta de testamento torna-se impossível o empossamento do credor, quer por falta de título a entregar, quer porque o herdeiro que pretenda empenhar a sua parte não poderia notificar os demais co-herdeiros, uma vez que perante eles não é nenhum credor).

<sup>486</sup> Sobre o sub-penhor e a sua admissibilidade, vide infra n.º 9.2.2 do Capítulo I. Também o art.º 2792.º, n.º 1, parte final, do CCI proíbe esta prática. Admite-a, ao invés, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 228, em face do direito catalão (não admite apenas a constituição de penhor sobre outro penhor comum, mas também sobre penhores sem desapossamento, sobre hipotecas mobiliárias e sobre um direito de retenção mobiliário) e Cano Martínez de Velasco, ob. cit., págs. 52 e 53 (embora esclarecendo que não se trata de uma cessão do objecto previamente empenhado – negócio que configura uma sub-rogação subjectiva do titular do direito de penhor, o qual se manteria intacto no seu conteúdo – mas antes a constituição de um direito sobre outro).

<sup>487</sup> Concluindo o mesmo em face do direito italiano, Realmonte, Il pegno cit., pág. 649 e Rubino, Il pegno cit., pág. 213 (embora não admitindo, em razão da sua finalidade, a dação em penhor do usufruto legal dos pais). No direito espanhol, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 82 (reconhecendo, porém, que o regime de tal garantia apresenta algumas especificidades, como sejam a impossibilidade de a garantia ter um prazo superior ao de duração do usufruto) e Cano Martínez de Velasco, ob. cit., págs. 50 e 51 (argumentando com o expreso reconhecimento legal da possibilidade de o usufrutuário alienar o seu direito, embora ressalvando que “*La prenda de usufructo recae sobre los productos de la cosa y no sobre ésta misma, ya que sobre elle incide el derecho de usufructo pignorado. Y nuestra fiura no es la de prenda constituida sobre una cosa, sino de la prenda constituida sobre un derecho (de usufructo)*”) e, entre nós, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 56. Contra, repudiando a oneração pignoratícia do direito

Já parece menos verosímil que o penhor possa incidir sobre a nua propriedade, na medida em que tal pressuporia o consentimento do usufrutuário para possuir o bem também por conta do credor<sup>488</sup> ou, em alternativa, que aquele constituísse este como detentor por sua conta.<sup>489</sup>

Incidindo o penhor sobre o usufruto, coloca-se a questão de saber o que sucederá à garantia quando aquele direito se extinguir, parecendo que, à partida, o mesmo efeito se produzirá relativamente ao penhor.<sup>490</sup>

Apesar de a regra geral apontar no sentido de a constituição do penhor de direitos obedecer às mesmas regras vigentes para a transmissão do direito empenhado, alguns Autores entendem que a constituição de penhor sobre o direito de usufruto requer a entrega do bem objecto do direito onerado, já que o usufruto é um direito de gozo que se projecta directamente sobre o uso do respectivo objecto.<sup>491</sup>

A nosso ver, tal entendimento choca com o disposto no art.º 1440.º, o qual, ao estabelecer as formas de constituição do usufruto, se limita a indicar o contrato (para além do testamento, da usucapião e da lei), omitindo qualquer referência à necessidade de entrega do bem como condição para o nascimento do direito.

Aliás, a não ser assim todos os penhores incidentes sobre direitos reais de gozo implicariam a entrega do bem ao credor pignoratício, o que significaria aniquilar o

---

de usufruto, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1569, ancorando a proibição na intransmissibilidade deste direito (pela mesma razão, nega que o penhor possa recair sobre as servidões, a condição de membro de uma associação ou de sócio de uma sociedade de pessoas), o mesmo sucedendo com aqueles direitos que se encontrem abrangidos por uma cláusula contratual de intransmissibilidade. Nega igualmente a oneração pignoratícia do direito de usufruto Salvador da Costa, ob. cit., pág. 42, mas com fundamento na circunstância de o usufruto ser passível de hipoteca e o penhor apenas poder abranger coisas ou direitos não hipotecáveis (pela mesma razão, exclui a empenhabilidade do direito de superfície).

<sup>488</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 213, entende que, quando tal suceda e, em seguida, o usufruto se extinga, o penhor deverá estender-se à plena propriedade (excepto se também sobre o usufruto incidisse outro penhor e a causa de extinção não fosse oponível ao credor pignoratício), solução esta igualmente consagrada, entre nós, para a hipoteca de usufruto (art.º 699.º, n.º 1) e no art.º 107.º, n.º 2, da Lei hipotecária espanhola.

<sup>489</sup> Prevendo esta possibilidade, Montel, *Pegno cit.*, pág. 789 e De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 81 e 82 (este último, afirma que “*resulta indudable que el nudo propietario, a pesar de la existencia del usufructo cuenta con derecho real sobre los bienes que, aunque reducido en su contenido tipico, permanece inalterado en su facultad dispositiva, por lo que se encuentra capacitado para su pignoración*”, fundamentando a sua posição no facto de o art.º 489.º do CCE dispor que o proprietário dos bens dados em usufruto pode aliená-los, entendendo, por maioria de razão, que os poderá também onerar: todavia o Autor não deixa de reconhecer que “*en virtud de la existencia de un derecho previo de usufructo con efectos erga omnes, no resultará excesivamente atractiva esta garantía para el acreedor que tendrá que calcular el valor real del bien, para el caso de que se deba proceder a la ejecución de la prenda, con un derecho de usufructo constituido a favor de un tercero que, sin duda, comportará una mayor dificultad para localizar un adquirente interesado en su compraventa*”). Admite igualmente a prenda da nua propriedade Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 51, entendendo que o credor pignoratício se converte em possuidor dessa nua propriedade – podendo exercer a acção de reivindicação, em resultado da qual obterá a posse da coisa, embora a garantia continue a cingir-se ao direito, não abarcando a coisa em si, mas apenas os proveitos desta desde a sua recepção.

<sup>490</sup> No mesmo sentido para a hipoteca de usufruto, vide o n.º 2 do art.º 699.º. No entanto, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 213, admite que se o usufrutuário adquirir a nua propriedade (apesar de a garantia não se poder extinguir à propriedade plena, pois o usufruto não poderá absorver a nua propriedade) o usufruto se poderá manter vigente para protecção do credor pignoratício. Por seu turno, o n.º 3 do art.º 699.º também admite a mesma solução neste caso, tal como nos casos de renúncia e de transferência dos direitos do usufrutuário para o proprietário. Em termos semelhantes se exprime Barrada Orellana, ob. cit., pág. 224, para quem, por aplicação analógica do art.º 107.º, n.º 1, da Lei Hipotecária, o se o usufruto se extinguir por causas alheias à vontade do usufrutuário o mesmo acontecerá com o penhor; pelo contrário, cessando o usufruto por causas imputáveis à vontade do usufrutuário a garantia pignoratícia subsistirá.

<sup>491</sup> Neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 223.

conteúdo económico do direito a onerar, os quais não poderiam usufruir das prerrogativas inerentes ao gozo do bem, precisamente por dele ficarem privados em razão da constituição da garantia.

Apesar de, conforme referido anteriormente, a ligação umbilical entre tais direitos e a propriedade do bem sobre o qual incidem ser invocada como fundamento para a inviabilidade da sua dação em penhor, em alguns ordenamentos jurídicos, como o catalão, admite-se que o penhor possa recair sobre direitos de preferência de carácter negocial e natureza real,<sup>492</sup> sempre que incidam sobre bens móveis susceptíveis de identificação, onerando o titular destes direitos a faculdade de adquirir um determinado bem.

À luz do nosso direito, verificamos que a natureza predominantemente pessoal do direito de preferência contratual, conduz a que o direito (e a obrigação de preferência) contratual de preferência não sejam transmissíveis (e, por maioria de razão, oneráveis), salvo pacto em contrário (art.º 420.º), impedindo, excepto na presença de tal convenção, a constituição de um penhor com similar objecto.

Mesmo no direito catalão estes direitos<sup>493</sup> apenas podem vigorar por um período temporal limitado, o que condiciona a efectividade da garantia sobre os mesmos, designadamente quando o prazo estabelecido para o exercício destes direitos se esgote antes do vencimento da obrigação garantida.<sup>494</sup>

Verificando-se este circunstancialismo e de modo a evitar o esvaziamento da garantia, poder-se-á atribuir ao credor pignoratício a faculdade de exercer esses direitos em nome do seu titular, antecipando os fundos que para tal sejam necessários, passando a garantia a onerar a coisa objecto do direito inicialmente empenhado.<sup>495</sup>

Uma última dúvida suscitada a este propósito prende-se com o objecto do penhor neste âmbito, equacionando-se se será o próprio direito real ou, ao invés, a coisa sobre a qual tal direito recai, inclinando-se RUBINO<sup>496</sup> e MONTEL<sup>497</sup> para a segunda alternativa, sustentando que o direito serve apenas para delimitar os aspectos do conteúdo económico da coisa que permanecem sujeitos ao penhor, podendo ser afectados por uma eventual execução pignoratícia.

Para terminar, cumpre realçar a susceptibilidade de o penhor abranger direitos de natureza não real, desde que cumpram os requisitos gerais acima expostos,<sup>498</sup> como

---

<sup>492</sup> A atribuição do carácter real a estes direitos depende da sua constituição por escritura pública e da posterior inscrição no registo – Barrada Orellana, ob. cit., pág. 225, nota 357.

<sup>493</sup> Estes direitos são, de acordo com Barrada Orellana, ob. cit., pág.226, nota 358, o direito de “opción” (definido como aquele que permite ao seu titular adquirir um determinado bem através do pagamento do preço ou da contraprestação acordada, dentro do prazo igualmente estipulado) e o direito de “tanteo” (que possibilita a aquisição de uma coisa determinada, com preferência relativamente a qualquer terceiro que pretenda adquiri-la a título oneroso, nas mesmas condições acordadas entre o transmitente e o terceiro).

<sup>494</sup> Na hipótese inversa, isto é, quando a obrigação garantida se vença antes do terminus do prazo para o exercício dos direitos de preferência dados em penhor, poderá o credor pignoratício, alternativamente, manter tais direitos empenhados, realizar o respectivo valor através dos meios legalmente previstos ou exercitar esse direito em nome do respectivo titular – Barrada Orellana, ob. cit., pág. 227.

<sup>495</sup> Sustentando esta posição, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 227, acrescentando que este comportamento do credor constitui uma medida de conservação da sua garantia.

<sup>496</sup> Ult. ob. e loc. cit.. Mesmo o penhor constituído pelo pleno proprietário, teria como objecto a coisa em si (e não a propriedade) e abarcaria a coisa em todos os seus possíveis aspectos.

<sup>497</sup> Ult. ob. e loc. cit., pág. 788.

<sup>498</sup> Montel, Pegno cit., pág. 788, entende não poderem ser dados em penhor os direitos de uso ou outros estritamente pessoais, por lhes faltar a característica da transmissibilidade ou alienabilidade. Por outro lado, Faggella, ob. cit., pág. 45, em termos mais genéricos, recusa a empenhabilidade dos bens com carácter exclusivamente *intuitu personae*, citando como exemplos os diplomas e os certificados necessários ao exercício de uma determinada profissão. Quanto a nós, ou os bens preenchem os requisitos gerais enumerados no texto (nomeadamente a alienabilidade) e podem ser empenhados ou, não os

sucede com a dação em penhor das apólices dos seguros<sup>499</sup> de vida<sup>500</sup> ou de outras apólices normalmente exigidas aquando da concessão de empréstimos para aquisição de habitação com recurso a empréstimos bancários.<sup>501</sup>

---

cumprindo, a oneração pignoratícia afigura-se inviável, ou seja, o facto de serem destinados ao uso pessoal e/ou profissional do devedor não basta, por si só, para negar a sua empenhabilidade (caberá, quando muito, ao credor recusar recebê-los em garantia quando, em razão da probabilidade de o valor a obter com a sua alienação ser reduzido, por força daquela natureza pessoal).

<sup>499</sup> Entre nós, aceita expressamente a dação em penhor da posição jurídica do beneficiário de um seguro Menezes Cordeiro, *Direito bancário cit.*, pág. 729, esclarecendo que o mesmo se regerá pelas normas vigentes para o penhor de créditos, com as alterações que as partes, ao abrigo da autonomia contratual, tenham decidido introduzir (acrescentando a necessidade de as partes conjurarem a aplicação da proibição do pacto comissório). Por outro lado e no direito italiano, Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 101, dá-nos conta de um penhor, de origem jurisprudencial, constituído sobre um contrato de seguro (trata-se de uma cláusula através da qual o segurador se obriga a não pagar determinada indemnização ao segurado, antes de se certificar da existência de um débito deste último para com terceiro, caso em que o segurador se obriga a pagar a indemnização a este terceiro).

<sup>500</sup> Apontam este exemplo, Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 53, considerando ser esta uma garantia comumente prestada quando o credor conceda um crédito a longo prazo e deseje prevenir-se contra o risco de morte do seu devedor, embora admitam que a execução de um penhor com este objecto possa enfrentar algumas dificuldades, por força do carácter pessoal do direito do assegurado. De acordo com Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, págs. 404 a 406, a celebração de um contrato de seguro destes faz nascer, a favor do subscritor ou de um terceiro beneficiário, um direito de crédito contra a seguradora, o qual pode ser utilizado como garantia, seja através de um autorização para o credor receber directamente a prestação do segurador, seja designando o credor como beneficiário directo do seguro, seja dando em penhor a própria apólice: ora, esta última modalidade encontra reconhecimento legal no art.º L. 132-10 do Code des Assurances (nos termos do qual a garantia se pode constituir através de modificação ao contrato de seguro, de endosso a título de garantia – se a apólice for à ordem – ou através das formalidades previstas para a dação em penhor de bens incorpóreos: em qualquer dos casos, será sempre necessário o consentimento escrito do beneficiário da apólice, aspecto este justificado pelo facto de a oneração significar uma revogação da designação do beneficiário da apólice – Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 371 e 372 e Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 200), gozando igualmente do beneplácito da jurisprudência (que reconhece a livre disponibilidade do direito de resgate por parte do subscritor ou do beneficiário e, por consequência, a licitude da cláusula de delegação do direito de resgate - cláusula esta que, na óptica judicial, não viola a proibição do pacto comissório, a qual, como se verá, foi até revogada ou, pelo menos, atenuada no direito gaulês), distinguindo a lei consoante a aceitação do beneficiário do seguro seja anterior à constituição da garantia (caso em que esta se encontra sujeita ao acordo daquele) ou posterior (caso em que esse consentimento não afecta os direitos do credor pignoratício). Importa, noutro plano, distinguir consoante o crédito garantido se torne exigível antes ou depois do termo da apólice: neste último caso, (raro, uma vez que normalmente o credor mune-se de cláusula de exigibilidade antecipada) o segurador deverá consignar uma soma correspondente ao crédito garantido até à exigibilidade deste (nos termos do art.º 2364.º do CCF); na hipótese inversa e salvo cláusula em contrário, o credor pignoratício pode provocar o resgate, não obstante a aceitação do beneficiário do seguro (faculdade este que, como sublinham Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 572, pode ser exercida mesmo quando o penhor tenha sido constituído após a aceitação do beneficiário e resulta num modo de realização simplificado da garantia; já Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 373, sublinham que esta possibilidade de resgate não contende com a proibição do pacto comissório por não se tratar de um modo de disposição, mas apenas de uma modalidade de execução da apólice de seguro, opinião partilhada por Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 200). Por último, cumpre realçar que o pagamento dos prémios de seguro continua a ser da responsabilidade do devedor empenhante, mas sem prejuízo de, se o não fizer, assistir ao credor a faculdade de o efectuar (art.º L 132-19 do Code des Assurances e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 372).

<sup>501</sup> Com efeito, a generalidade das instituições bancárias impõe, como condição da concessão de empréstimos para aquisição de habitação – o chamado crédito à habitação – a celebração, por parte do mutuário, de um contrato de seguro (para além de outro destinado a assegurar o imóvel que se pretende adquirir) destinado a cobrir os riscos - de morte, invalidez ou desemprego ou outros - que possam comprometer a liquidação do empréstimo. Neste caso e como destacam Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 573, estaremos perante um penhor de créditos, dado que o mutuário, ao assumir a qualidade de segurado “*devient un créancier virtuel de la compagnie d’assurance et donne cette créance future en nantissement à son banquier. Les indemnités que l’emprunteur est appelé à recevoir se trouvent*

Quanto aos créditos, o Código, ao contrário de outros,<sup>502</sup> estabelece (cfr. n.º 2 do art.º 681.º) uma modalidade alternativa, face à entrega do bem, de constituição da

---

*ainsi nanties en faveur du prêteur*” (pelo contrário, se o beneficiário do seguro for o banco mutuante, estaríamos perante uma garantia pessoal fornecida pelo mutuário ou mutuante).

<sup>502</sup> Conforme referido anteriormente, o ordenamento espanhol não consagra expressamente a figura do penhor de créditos, embora a figura logre consagração expressa no Código Civil da Catalunha (cfr. art.º 569-13, n.º 3, estabelecendo que a garantia se constitui em documento público e deverá ser notificada ao devedor do crédito empenhado), ao que acresce a circunstância de o art.º 1864.º do CCE impor, como condição de empenhabilidade de qualquer bem, a admissibilidade de posse sobre o mesmo), pelo que se levantam dúvidas acerca da admissibilidade da figura, ao menos quando o crédito não se encontre incorporado num título (caso em que a posse se exerce sobre o título, bem móvel corpóreo). Ainda assim, admite a validade de um penhor de créditos, mesmo que não incorporados em títulos, De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 75 e segs., desde logo porque a lei admite a penhora de tais bens (para além de consagrar figuras que, ao menos na opinião de alguns, constituem verdadeiros penhores de créditos, como sejam o penhor de participações sociais e de apólices de seguro de vida), depois porque a exigência de posse como condição de empenhabilidade dos bens se encontra associada à necessidade de obter o desapossamento do constituinte da garantia (desse modo assegurando a protecção do direito do credor contra actos de disposição material e/ou jurídica por parte daquele), mas, quando estejam em causa direitos de crédito “*si fuéramos capaces de encontrar un medio que, cumpliendo la misma finalidad de aseguramiento, pudiera sustituir la posesión, no existiría obstáculo para admitir la prenda de derechos de crédito. Así las cosas, con la notificación al deudor del crédito de que se ha constituido la prenda, se consigue que el pago que éste pueda hacer en adelante a su credor no sea liberatorio, igual que ocurre cuando se cede un crédito (...) la notificación en la prenda de crédito cumpla idéntica función que el traslado posesorio en la prenda de bienes muebles (...) es equivalente a la puesta en posesión del derecho a favor del acreedor*”. De acordo com o Autor, os créditos “*además de consistir en el lado activo de una relación jurídica, adquieren también una existencia objetiva que permite considerarlos como cosas en cuanto representan un valor patrimonial, así como de realizar con ellos operaciones de tráfico que se practican habitualmente con las cosas corporales (...) lo que nos permite su “cosificación”, y es precisamente sobre esta realidad inmaterial, pero cosificada, sobre la que recae el derecho de prenda*”. Todavia e apesar de reconhecer a aplicação subsidiária do regime civilístico do penhor (moldado para o penhor de coisas corpóreas), o Autor advoga a introdução de alguns desvios, motivados pela especial natureza do *quid* a onerar, seja no que respeita à constituição (com a notificação ao devedor do crédito cedido a substituir a entrega do bem ao credor pignoratício), seja quanto à execução da garantia (distinguindo consoante o crédito empenhado se vença antes do garantido – permitindo-se, então, ao credor pignoratício cobrar directamente o crédito empenhado, conservando a quantia cobrada depositada até à data do vencimento do crédito garantido, caso em que o utilizará para liquidação de tal crédito ou, em caso de cumprimento por parte do devedor, o devolverá a este - ou, pelo contrário, o crédito garantido se vença em primeiro lugar, caso em que o credor pignoratício apenas poderá executar a garantia depois de vencido o crédito onerado). Cruz Moreno, *La prenda de créditos*, *Revista de derecho inmobiliario*, n.º 618, 1993, pág. 1273 e segs., destaca que as dúvidas quanto à admissibilidade do penhor de créditos advêm, por um lado, do facto de o art.º 1863.º do CEE não mencionar os créditos entre os possíveis objectos do penhor e, por outro, da necessidade de o bem empenhado ser susceptível de posse (art.º 1864.º) e a Autora, centrando a sua atenção neste segundo aspecto, conclui que a sua imposição resulta da necessidade de assegurar o empossamento do credor pignoratício, cuja finalidade é a de garantir a efectividade do penhor (evitando possíveis danificações do bem onerado e advertindo terceiros da constituição da garantia): ora, a admissibilidade do penhor de créditos estará dependente da identificação de um mecanismo que cumpra o mesmo desiderato de assegurar o direito do credor pignoratício, que será a notificação ao devedor do crédito onerado, através da qual “*se consigue que el pago que éste haga en adelante a su acreedor no sea liberatorio (...) colocándose el constituyente de la garantía (titular del crédito objeto de la misma) en una situación equivalente a aquella en la que se encuentra el propietario constituyente de prenda sobre objeto material tras la transmisión de la posesión del mismo*”. Para além do mais, a Autora aduz outros argumentos em favor do reconhecimento do penhor de créditos, como sejam a circunstância de a lei espanhola reconhecer a transmissão desses mesmos direitos (pois se possuem um conteúdo patrimonial, susceptível de ser traficada, “*No hay mayor dificultad teórica en admitir la transmisión de un derecho de crédito (...) que en admitir la constitución de un derecho de carácter limitativo sobre él*”) e a empenhabilidade dos créditos incorporados em títulos (pois “*cuando se pignoran títulos-valores, en realidad se están pignorando los derechos de crédito a ellos incorporados. El título es el medio material que hace posible la constitución del gravamen (...) porque existe una ficción jurídica por la cual se considera que la posesión del título equivale a la del derecho a él*

garantia (notificação do devedor do crédito empenhado ou aceitação deste ou, tratando-se de penhor sujeito a registo, a respectiva inscrição) e regula alguns aspectos específicos do seu regime.

Estabelecendo o Código como únicas limitações o carácter mobiliário do objecto do crédito<sup>503</sup> e a respectiva transmissibilidade (cfr. art.º 680.º),<sup>504</sup> o crédito empenhado pode ter como objecto, além de prestações pecuniárias, igualmente prestações de *dare*<sup>505</sup> ou de *facere* ou *non facere*,<sup>506</sup> na medida em que sejam respeitados os demais requisitos

---

*incorporado*” – este carácter instrumental dos títulos, enquanto suporte no qual se incorporam os créditos, fica ainda mais patente com o advento do sistema das anotações em conta, pelo que o não reconhecimento do penhor de créditos não incorporados em títulos significaria “*negar la posibilidad de utilizar como garantía pignoraticia los mismos derechos que antes lo eran, so pretexto de la pérdida del viejo soporte cartular*”, isto é, “*Si ahora se admite la pignorabilidad de unos derechos que ya no son poseíbles porque se ha encontrado un adecuado sistema de publicidad (...) por qué no admitir la pignorabilidad de un derecho de crédito si con la notificación de la constitución del gravamen se puede conseguir igual resultado?*” - , razão pela qual “*no hay motivo para negar la aptitud para ser objeto de garantía de los derechos de crédito no incorporados a títulos-valores si se halla un modo que satisfaga las necesidades de aseguramiento a las que responde la transmisión posesoria*”, modo esse que é, precisamente, a notificação do terceiro devedor do crédito empenhado. Em conclusão, a Autora remata afirmando que “*las necesidades del tráfico abogan por una interpretación extensiva del régimen legal prendario a los derechos de crédito, que sería extra legem pero intra jus*”). Finalmente, Gil Rodriguez, La prenda de derechos de crédito, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 361 e segs., depois de distinguir esta garantia do penhor irregular (alegando que neste último o vencimento e incumprimento do crédito garantido gera a imediata compensação imprópria do crédito à restituição do equivalente, enquanto no penhor de créditos ambos os créditos conservam a sua autonomia quanto ao momento do respectivo vencimento), qualifica o penhor de créditos como uma garantia atípica (legítima, atendendo ao princípio da liberdade contratual), submetida basicamente ao regime ditado para a cessão de créditos (com o ónus de notificação ao terceiro devedor do crédito cedido, destarte evitando o pagamento deste ao seu credor), negando, porém, ao credor pignoraticio um verdadeiro direito de preferência, atendendo à natureza convencional e atípica da garantia (sem prejuízo, contudo, da possibilidade de, antes de vencido o crédito garantido, o credor pignoraticio poder cobrar o crédito onerado logo que este se vença – e, se ambos forem pecuniários, se operar uma compensação; caso o não sejam, passando a garantia do credor a traduzir-se num verdadeiro penhor sobre a coisa que tenha sido prestada - e, no momento do vencimento do crédito garantido, se poder obter o pagamento por via de compensação).

<sup>503</sup> Por força desta restrição, não poderá ser empenhado um crédito que tenha por objecto uma coisa imóvel, mas, como saliente Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 12 a 14, pode referir-se a uma coisa móvel presente ou futura (argumentando que, neste segundo caso, a protecção do credor pignoraticio é assegurada através da atribuição do direito de cobrança – cfr. art.º 685.º, n.º 1 – para além de o Código Civil não fazer qualquer referência à natureza presente ou futura do bem móvel objecto do crédito). Nega a empenhabilidade de um crédito cujo objecto resida na entrega de uma coisa imóvel, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 247.

<sup>504</sup> Já na vigência do anterior CCI, Pace, ob. cit., pág. 54, destacava serem estes os únicos obstáculos à dação em penhor de créditos.

<sup>505</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 202, nota 1 (mesmo que a prestação de *dare* respeite a coisas diversas de dinheiro), Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 14 (admitindo a dação em penhor de créditos que tenham por objecto prestações fungíveis, infungíveis, genéricas, alternativas ou com faculdade alternativa, desde que as prestações ou o género digam respeito a um bem móvel) e Pace, ob. cit., pág. 54 (aprovando a constituição de penhor sobre créditos cuja prestação consista em objectos diversos do dinheiro).

<sup>506</sup> Da mesma opinião são Realmonte, Il pegno cit., pág. 650 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 147 (muito embora estes últimos Autores estabeleçam restrições quanto às prestações de *facere*, apenas admitindo a sua dação em penhor quando a prestação seja fungível e, por outro lado, considerando que se o objecto da prestação – depois do seu cumprimento - não for susceptível de conservação o credor pignoraticio não disporá do *ius exigendi*, pois tal faculdade implicaria uma apropriação do bem, em violação da proibição do pacto comissório, não sem esclarecer que, quando o penhor recaia sobre um mero direito de crédito à restituição ou à entrega de uma coisa certa e determinada, o penhor terá por objecto a própria coisa e deverá constituir-se sobre essa mesma coisa). Entre nós, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 178, nota 1 (considerando que tais créditos podem não ter natureza pessoal e, por outro lado, podem ser avaliáveis em dinheiro relativamente a pessoa diversa do credor originário) e Colaço Canário, ob. cit.,

enumerados para qualquer objecto de penhor, ou seja, desde que “*alienáveis e executáveis*”,<sup>507</sup> podendo abranger igualmente uma fracção de um crédito.<sup>508</sup>

Noutro plano, nada obstará à dação em penhor de uma obrigação conjunta ou alternativa, embora neste último caso a faculdade de proceder à concentração deva caber ao empenhante, uma vez que este mantém a titularidade do crédito onerado.<sup>509</sup>

Há, todavia, alguns casos que merecem algumas considerações adicionais, como seja a eventualidade de o crédito dado em penhor se encontrar, por sua vez, assegurado por qualquer garantia (penhor ou hipoteca, por exemplo).

Nestes casos, não é de crer que a garantia que assegurava o cumprimento do crédito empenhado passe a ser objecto do penhor (o que, desde logo, seria inviável no que à hipoteca diz respeito), importando distinguir consoante o crédito empenhado seja garantido por penhor ou por hipoteca.<sup>510</sup>

Ocorrendo a primeira hipótese, o novo credor pignoratício exercita a maior parte dos poderes do concedente relativamente ao crédito empenhado,<sup>511</sup> embora não todos (designadamente a posse da coisa permanece no concedente).<sup>512</sup>

Pelo contrário, encontrando-se o crédito dado em penhor garantido por hipoteca, será necessária uma anotação à margem da inscrição da hipoteca (cfr. art.º 2.º, alínea o), do Código do Registo Predial,<sup>513</sup> de acordo com o qual o penhor de créditos garantidos por hipoteca se encontra sujeito a registo), prevalecendo, entre os eventuais diversos credores preferentes, aquele que primeiramente houver efectuado tal anotação.<sup>514</sup>

---

pág. 61 (apenas se os créditos em questão não tiverem natureza estritamente pessoal e puderem ser avaliados em relação a pessoa diversa do empenhador) admitem, em certos termos, a empenhabilidade de tais créditos, com posições muito próximas da de Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 202, nota 2, pelo menos com respeito aos créditos de *fare* e *non fare* que sejam inexecutáveis em razão da impossibilidade de se proceder a uma avaliação económica dos mesmos se não relativamente ao seu credor inicial. Já Neves de Oliveira, *ob. cit.*, pág. 14, apenas admite que o penhor incida sobre uma prestação de facto tendo em conta o resultado da prestação, isto é, “*na medida em que a obrigação não tenha natureza pessoal e o resultado da actividade a que o devedor fique adstrito consista num bem móvel, com sucede no caso em que A se obriga perante B a construir um móvel decorativo*” (negando, pelo contrário, a empenhabilidade quando o resultado da prestação de facto não conduza à atribuição patrimonial ou à permissão de aproveitamento pelo credor de um bem móvel), enquanto Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 247 e Salvador da Costa, *ob. cit.*, pág. 42, negam, sem mais, a empenhabilidade dos créditos a prestações de facto e Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 145 admite a empenhabilidade das prestações de *facere* (ao menos quando o *facere* possa ser executado, mesmo no confronto com terceiros) e até das simples expectativas jurídicas. Contra a empenhabilidade de créditos que tenham como objecto uma prestação de *facere* ou de *non facere*, mostra-se Pace, *ob. cit.*, págs. 54 e 55, alegando que, pela natureza da prestação, não são susceptíveis de avaliação económica, a não ser por referência ao interesse pessoal do credor.

<sup>507</sup> A expressão é de Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ* n.º 59, pág. 178, nota 1. Em termos análogos, Colaço Canário, *ob. cit.*, pág. 61, excluindo a empenhabilidade dos créditos intransmissíveis (como sejam os de natureza pessoal) e inexecutáveis. Assim, por exemplo, os créditos incedíveis, a que se fez menção, também não poderão ser, em regra, dados em penhor (no mesmo sentido, Chironi, *ob. cit.*, pág. 490).

<sup>508</sup> É a solução consagrada, após a reforma de 2006, no art.º 2358.º do CCF, exceptuando, porém, o caso de o crédito a empenhar ser indivisível (art.º 2358.º, n.ºs 1 e 2).

<sup>509</sup> Assim, Cano Martínez de Velasco, *ob. cit.*, pág. 89.

<sup>510</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 211 e 212.

<sup>511</sup> Nomeadamente o novo credor pignoratício adquire o direito a perceber os frutos e, em caso de inadimplemento do crédito dado em penhor, pode promover a execução pignoratícia sobre a coisa dada em garantia, satisfazendo-se sobre o produto da respectiva venda – Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 212.

<sup>512</sup> Aplicando o art.º 582.º, n.º 2, por remissão do art.º 684.º.

<sup>513</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, com a última redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto.

<sup>514</sup> Embora surja outro problema, qual seja o de saber se o devedor do crédito dado em penhor ficará liberado se efectuar o pagamento a quem lhe notifique primeiro a constituição do penhor – Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 212.

### 3.3 - Bens futuros

Constituindo a entrega do bem um requisito essencial do penhor, a doutrina tradicional nega a admissibilidade de esta garantia recair sobre bens futuros,<sup>515</sup> não sem que, desde tempos remotos, sejam reconhecidos diversos negócios de garantia em que o *quid* onerado ainda não existe no momento da respectiva celebração,<sup>516</sup> inclusivamente desde o direito romano.<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> Assim, entre nós, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 71, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 41, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 48, Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 232 e 233 (este Autor advoga a necessidade de existência presente do bem para poder ser objecto do penhor, mesmo nos casos em que a entrega ao credor não seja efectiva, mas meramente simbólica. Todavia entende ser suficiente, para poder ser dada em penhor, que a coisa tenha existência material, ainda que não jurídica, apontando como exemplo a admissibilidade do penhor sobre acções de uma sociedade comercial ainda não colocadas em circulação) e, mais recentemente, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 31, Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 631 (alegando que, se o direito real se destina à afectação de uma coisa, esta deve existir actualmente, assinalando ser esta uma diferença face aos direitos de crédito, os quais podem incidir sobre bens futuros) e o Parecer da PGR n.º 1/86, in BMJ n.º 374, págs. 35 a 42 (argumentando com a necessidade de o bem empenhado ser “certo”, tendo em conta que os bens futuros não se encontram, por natureza, identificados, muito embora como nota Rui Lopes dos Santos, Penhor de estabelecimento comercial à luz do direito português, Relatório de mestrado, 2002, in Biblioteca da FDUL, pág. 13, no mesmo parecer se faça alusão à admissibilidade legal de penhor sobre frutos, entendidos como uma modalidade de coisas futuras, sem daí retirar, todavia, consequências relevantes). Noutros ordenamentos, Gino Magri, ob. cit., pág.17 (admitindo apenas o surgimento de uma obrigação de dar em penhor um dado bem) Montel, Pegno cit., pág. 788, Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 146 (embora salientando que a jurisprudência admite, no caso de penhor sobre bens fungíveis, que a substituição dos bens onerados por outros eventualmente ainda não existentes no momento da constituição da garantia, com fundamento no instituto da sub-rogação real), Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 57, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 257, Mestre, Putman e Billiau, ob. cit., pág. 224 (considerando, ainda, ser esta a posição tradicional da jurisprudência francesa), Puig Brutau, ob. cit., pág. 27, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 220 e 221 (considerando, ainda, que a faculdade de substituição dos bens empenhados após a constituição da garantia não se traduz num penhor de um bem futuro, pois o que sucede é que a garantia se projecta inicialmente sobre um bem determinado e a substituição pressupõe a entrada de um novo bem na relação pignoratícia, bem este que, ainda que não exista no momento da constituição do penhor, existirá seguramente no momento da substituição), López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 443 (em razão da impossibilidade de entrega dos mesmos) e Serrano Alonso, ob. cit., pág. 264.

<sup>516</sup> Hardel, ob. cit., pág.73 e segs., enumera a hipoteca naval de navios em construção, a dação em penhor das colheitas futuras, de direitos eventuais (*maxime* do direito do construtor a ser indemnizado pelo valor do trabalho efectuado num terreno alheio), de créditos futuros, de direitos sucessórios e de bens fungíveis destinados a alienação (nesta última hipótese, porém, discute-se o enquadramento jurídico da operação, aceitando o Autor que se trate de um caso de sub-rogação real – nos termos da qual as novas mercadorias adquiridas em substituição das originárias ocuparão o lugar destas enquanto objecto da garantia - justificando “*cette clause tacite de remplacement des marchandises comme une promesse de mise en gage des marchandises substituées, promesse basée d’ailleurs sur une idée de subrogation réel, la mise de ces biens nouveaux entre les mains du créancier, c’est-à-dire le dessaisement, étant considéré comme la réalisation de la promesse, donc du nantissement*”, admitindo mesmo que este tipo de convenção se deverá presumir “*car le gagiste, selon toute vraisemblance, ne se serait pas contenté d’une sûreté dont l’aliénation normale et prévue le privait de toute garantie solide*”). Também no direito espanhol e segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 372 e segs., lograram consagração diversas garantias reais tendo por objecto bens futuros, como sejam a hipoteca naval de navios em construção, a sub-rogação da hipoteca em elementos que substituam outros inicialmente nela compreendidos (como sejam o caso das obras de transformação) e a extensão da hipoteca a bens que posteriormente se juntem à coisa principal ou aos frutos da coisa hipotecada (referida ao momento do cumprimento da obrigação garantida, o que significa que tal extensão “*no se limita precisamente a los que estuviere manifestos o pendientes en el instante de la constitución de la hipoteca, sino a todos aquellos que, aun siendo mera esperanza en aquella fecha, ya estén pendientes, separados o recogidos y pertenezcan al hipotecante al día de*



Naturalmente que antes do advento desses bens será legítima a celebração de um contrato-promessa de penhor, nos termos anteriormente expostos, adquirindo o credor um direito pessoal de exigir a entrega da coisa a partir do momento em que esta surja, nascendo o direito real de penhor apenas nesse momento.<sup>518</sup>

Mais ainda, antes da entrega da coisa o próprio contrato (definitivo), ou outro título para a constituição do penhor, será válido como vínculo de natureza obrigatória entre as partes, mas o direito real pignoratício apenas nascerá com o surgimento do bem e a sua posterior entrega ao credor ou a terceiro.<sup>519</sup>

---

*exigirsele coactivamente el cumplimiento de la obligación asegurada*)”: esta última hipótese, todavia, no caso do penhor encontra um obstáculo na necessidade de desapossamento do constituinte da garantia, podendo porventura considerar-se que “*la pignoración de la cosa madre lleva consigo la de sus frutos*” ou, em alternativa, que a entrega da coisa mãe ao credor não equivale à colocação em penhor desta, mas apenas de destina a permitir que os frutos nasçam já empenhados. Todavia, os casos mais flagrantes de garantias sobre bens futuros foram consagrados na lei sobre penhor sem desapossamento e hipoteca mobiliária de 1954, nomeadamente ao permitir a extensão da hipoteca sobre o estabelecimento comercial às mercadorias e matérias primas (art.º 22.º) e, por outro lado, ao consentir que o penhor abranja as colheitas esperadas no ano agrícola em que se celebra o contrato, bem como as crias e os produtos dos animais (art.º 55.º, n.ºs 2 e 3).

<sup>517</sup> Notícia este facto Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 367 e segs., citando a *hypotheca omnium bonorum* (que podia incluir bens adquiridos após a constituição da garantia), a hipoteca de *universitas* (sendo discutível se a garantia abrangia apenas os animais nascidos no rebanho ou os que posteriormente se lhe juntaram, ainda que não nascidos nele), a hipoteca dos frutos posteriormente produzidos por uma coisa especificamente determinada, a extensão da hipoteca ao novo edifício construído em lugar daquele que fosse destruído por um incêndio e, finalmente, permitindo hipotecar bens alheios com a condição de virem a ser adquiridos pelo devedor. Todavia, o exemplo mais acabado de um penhor de coisa futura (bem como, porventura, a génese do funcionamento da sub-rogação real no âmbito das garantias) decorre da *Lex cum tebernam* (sendo atribuída à “taberna” o sentido de local em que, por força do negócio, se expõem e vendem mercadorias), na medida em que se aceita que nesta *fattispecie* “*se considera que obligó las mercancías que habia en ella, y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías e comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentren, habiéndose cambiado las especies de mercancías, y llevado otras cosas*” (solução esta criticada pelo Autor, alegando que “*aun admitiendo dentro de prudentes límites la posibilidad de hipotecar cosas futuras, no creemos posible afirmar con propiedad que en la hipoteca de una universalidad de mercancías estén hipotecadas las que existan en ella en el día del vencimiento*”).

<sup>518</sup> Assim, expressamente, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 224. Admitindo também a existência de um contrato-promessa de penhor nestes casos, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* cit., pág. 537, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 52, Legeais, *Sûretés* 1999 cit., pág. 257, Maiorca, ob. cit., págs. 36 e 37 (escrevendo que “*se si prescinde da questa consegna non si può parlare di pegno perchè ne mancherebbe la fonte. Una promessa relativa a una costituzione di pegno divisata, oppure – più specificamente – un contratto in cui alcuno si obblighi a consegnare a titolo di pegno una cosa quando verrà ad esistenza, quando cioè, in parole povere, potrà essere consegnata, non è un contratto di pegno, costitutivo cioè un vincolo reale pignoratizio (...). Poichè il possesso nel pignoratario è formativo del negozio, esso non può essere differito o, in genere, posto in condizione*), Hardel, ob. cit., pág. 80 e segs. (partindo do princípio que a lei admite que qualquer um possa obter créditos com base nos seus bens futuros, o Autor critica a distinção entre os bens sem existência presente – que, para alguma doutrina, seriam insusceptíveis de penhor – e os existentes, mas cujo valor fosse eventual e indeterminado, concluindo que, em ambos os casos, “*il faut y voir una offre, une promesse de gage soumise au droit commun des conventions*”) e Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., págs. 504 e 505 (para quem, na falta da entrega do bem onerado ao credor, o acordo será “*una promesa o precontrato de prenda, que sólo dará lugar a ésta si la cosa llega a nacer y se entrega su posesión*”, de modo que o nascimento do penhor não poderá dar-se antes da transmissão possessória).

<sup>519</sup> Adoptando esta posição, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 640 (embora sublinhando ser nulo o título que sirva de base ao nascimento do penhor que tenha sido formado na errónea convicção da actual existência do bem futuro), Montel, *Pegno* cit., pág. 788 (este Autor nem sequer admite que o penhor sobre os frutos possa nascer antes da separação destes da coisa mãe, mesmo que este se encontre em poder do credor pignoratício, afirmando que o direito de garantia sobre os frutos apenas surgirá com o eventual surgimento daqueles), Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 29 (entendendo que o contrato de concessão de

O contrato criador do direito de penhor pode ser entendido, em alternativa e de acordo com uma outra perspectiva, como uma “*fattispecie a formazione progressiva*” incompleta (ou melhor, como um contrato de penhor definitivo, mas incompleto) antes do surgimento e da entrega ao credor do bem a empenhar.<sup>520</sup>

Nesta conformidade, o direito de penhor apenas se perfecciona com o surgimento da coisa a onerar e com a respectiva outorga ao credor, pelo que antes disso a convenção pignoratícia será apenas produtora de efeitos obrigacionais, o mais visível dos quais reside no dever imposto ao concedente de outorgar a garantia.<sup>521</sup>

Se as considerações expostas são perfeitamente válidas para aqueles penhores para cuja constituição se requer a entrega efectiva do objecto da garantia (*maxime* o penhor de coisas corpóreas), já não serão tão indubitáveis relativamente aos penhores que se poderão constituir de outros modos.

Esta afirmação é facilmente comprovável pelo estudo da recente reforma do direito francês, operada em 2006, a qual, ao deixar de exigir do desapossamento do empenhante como condição para o surgimento do penhor,<sup>522</sup> proclamou, em conformidade e no seu art.º 2333.º, a possibilidade de a garantia abranger bens futuros.<sup>523</sup>

---

penhor de bens alheios será válido entre as partes, mas apenas se tornará eficaz a partir da data de aquisição do bem pelo constituinte da garantia, não sendo legítimo, porém, ao devedor opor ao credor a natureza alheia da coisa dada em penhor. Quanto a este último aspecto, vide, no mesmo sentido, Montel, Pegno cit., pág. 789), Mauro Bussani, Il modello italiano delle garanzie reali, in Contrato e Impresa, n.º 15 (1997), pág. 172 (pelo menos quando o penhor tenha por objecto uma coisa corpórea, afirmando que “*il titolo avrà effetti solo obbligatori, mentre la nascita della prelazione avverrà con la venuta ad esistenza e lo spossessamento del bene medesimo*”) e Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 155. Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2145, entende que, antes da entrega do bem a onerar ao credor ou a terceiro (bem como de redigido o documento com data certa), o contrato de penhor não se considera constituído *erga omnes*, ou seja, a verificação destes dois requisitos é condição de oponibilidade da garantia a terceiros.

<sup>520</sup> A expressão e este entendimento são de Rubino, Il pegno cit., pág. 205. Segundo este Autor, averiguar se estamos perante uma ou outra situação dependerá da interpretação da vontade negocial das partes, embora o Autor estabeleça uma presunção a favor da segunda alternativa, especialmente quando tenha sido redigido um documento escrito contendo suficiente indicação do crédito assegurado e do bem empenhado.

<sup>521</sup> Neste sentido, vide a sentença da Corte de Cassação Italiana de 27/8/1998, n.º 8517, in Giustizia Civile, 1999, I, pág. 97 e segs., na qual se especifica que “*la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna della cosa al creditore*”. Comentando esta decisão, Maria Costanza, Dubbi sull'esistenza di pegno di cosa futura, na mesma revista, a páginas 99 e segs., sustenta que, em situações como a objecto do aresto em questão (em que o banco credor havia concedido crédito a uma dada sociedade – através da abertura de uma conta corrente – contra a recepção em penhor de determinados títulos emitidos por essa sociedade e aceites por terceiros a favor do banco credor, quando a sociedade devedora venha a ser declarada falida), o cerne da questão passa por determinar se estaremos perante um novo penhor ou, pelo contrário, uma simples execução de um acordo anteriormente firmado: no caso, a Autora inclina-se para a primeira alternativa, alegando que “*la variazione del debito garantito (...), la identificazione successiva dell'oggetto della garanzia non può essere considerata come una circostanza idonea a perfezionare un atto già esistente e completo nei suoi elementi essenziali. La variazione della prestazione garantita comporta inevitabilmente il mutamento del diritto di credito garantito e quindi pure la novazione del pegno. L'identificazione delle cambiali dunque non può esse considerata momento attuativo di un vincolo già validamente sorto almeno fra le parti, essendo venuto meno il negozio, pure ad effetti obbligatori, al quale poter ricondurre la fase esecutiva*”.

<sup>522</sup> Vide infra n.º 1.2.2 do Capítulo II.

<sup>523</sup> Para Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 360, a possibilidade de o penhor incidir sobre bens futuros não coloca em causa o princípio da especialidade, uma vez que tal faculdade se encontra limitada pela obrigatoriedade de indicar, no contrato constitutivo da garantia, os bens objecto do penhor. Simler e

De facto, parece que o penhor de créditos e outros direitos, assim como os apelidados penhores sem desapossamento ou os que incidam sobre bens incorpóreos,<sup>524</sup> se poderão constituir e tornar eficazes sobre bens futuros, desde que cumpridas as formalidades específicas previstas na lei para cada uma destas modalidades de bens.<sup>525</sup>

---

Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 537, reforçam este entendimento, apontando como exemplos de bens futuros que poderão ser empenhados os que se encontrem em processo de fabricação, realçando que “*Lorsqu’ils existeront matériellement dans leur configuration définitive, ils seront d’ores et déjà grevés par le gage préalablement constitué*” (em termos análogos, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 294, evidenciando como a consagração de um penhor sobre coisas futuras e conjuntos de bens não implica um afastamento do princípio da especialidade, mas somente a sua flexibilização). Já Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., págs. 501 e 502, realçam que o facto de, com a reforma de 2006, o desapossamento ter deixado de ser uma condição de existência do penhor contribui decisivamente para a admissibilidade do penhor de coisas futuras (anteriormente o penhor apenas nascia com a entrega da coisa e, por isso, em data posterior àquela em que esta se tivesse tornado actual: antes disso, podia existir, quando muito, uma promessa de penhor).

<sup>524</sup> Por exemplo, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 226, admitem, em razão da respectiva desmaterialização (cfr. Lei n.º 96-597, de 2/7/1996), o penhor de valores mobiliários futuros, assim permitindo que sejam empenhados quando haja sido decidido um aumento de capital, mas este ainda não tenha sido realizado. Admitindo também o penhor de bens incorpóreos futuros, vide Laurent Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 197. Mais latamente, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 305 e segs., realça a maior abertura quanto o *quid* onerado seja um bem incorpóreo, relativamente os quais não se exige um desapossamento material (admitindo-se mesmo que estes escapem ao âmbito de aplicação do art.º 2076.º do CCF, anterior à reforma de 2006 - ou, pelo menos, que o desapossamento possa ser efectuado de modo alternativo -, impondo-se, contudo, uma determinabilidade do *quid* a onerar: ora, no caso do estabelecimento em curso de constituição, de um *logiciel* em processo de preparação ou de *brevet* cuja inscrição já foi solicitada, tal requisito não constitui problema, pelo que urge concluir que “*L’existence de l’assiette n’apparaît pas comme une condition de validité de la sûreté*”, embora apenas o surgimento efectivo do bem venha consolidar o direito de garantia do credor). No entanto, algumas disposições específicas ditas para os bens incorpóreos mostram uma maior abertura. Com efeito, a lei admite a validade de um penhor sobre um filme a realizar (bastando, para o efeito, o depósito do título do filme e sendo a hierarquia da garantia determinada pela data da respectiva inscrição, independentemente da realização ou não do filme – art.º 33.º do Code de l’industrie cinématographique) e sobre um pedido de registo de um *brevet* (uma vez que o art.º R. 621-38 do Code la propriété industrielle exige o consentimento do credor pignoratício para a retirada do pedido e, por outro lado, o art.º R. 613-55 impõe que o penhor sobre um pedido de registo de um *brevet* deve ser inscrito: esta garantia reveste-se de um assinalável interesse para o credor, permitindo-lhe inscrevê-la sem esperar pela emissão do *brevet*, sendo a garantia oponível a terceiros desde a data em que foi inscrita). Já mais discutíveis, no silêncio do legislador, se afiguram as soluções relativamente ao penhor do *logiciel* (propendendo a doutrina para uma resposta afirmativa, tendo em conta o objectivo da lei de facilitar o financiamento de novos *logiciels* e, apesar de se encontrar condicionada pela existência de direitos de exploração, “*cela n’empêche nullement la conclusion d’un contrat de nantissement valable et son inscription en vue d’une prise de rang immédiate*”) e, sobretudo, do estabelecimento comercial em processo de formação (subsistindo uma controvérsia jurisprudencial, opondo uma corrente maioritária que aponta no sentido da inadmissibilidade de um penhor com este objecto – entendendo estarmos perante um simples contrato-promessa de penhor – e outra, minoritária, reconhecendo a viabilidade deste negócio e ancorando-a no princípio geral da admissibilidade de negócios tendo por objecto bens futuros, consagrada no art.º 1130.º do CCF).

<sup>525</sup> No mesmo sentido, Realmonte, Il pegno cit., pág. 640, Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 172 (“*se si tratta di crediti o altri diritti, per i quali non occorre l’impossessamento, si ritiene che il sorgere della prelazione segua già alla formazione del titolo, una volta rispettate le formalità*”), Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 29 (que, com base neste raciocínio, admitem a dação em penhor de créditos futuros, mas não de créditos futuros e eventuais, pois entendem que, neste último caso, estaria aberta a porta a fraudes em prejuízo dos outros credores do empenhante), Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., págs. 537 e 538 (afirmando ser incontornável para os bens corpóreos, atenta a necessidade de entrega, mas admitindo – citando, em seu abono, posições doutrinárias, decisões jurisprudenciais e normas legislativas avulsas – a empenhabilidade de um bem incorpóreo futuro, desde que este possa ser determinado no momento da celebração do contrato e sejam cumpridas as formalidades legalmente impostas em substituição do desapossamento, apontando como exemplo a dação em penhor de créditos futuros e eventuais), Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 177, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 52 e Jacques Ghestin e

Mais concretamente, a nulidade do penhor de bens futuros apenas se poderá sustentar nos casos em que a constituição da garantia se processe através da entrega material do bem a onerar ao credor ou a terceiro, mas não quando, em razão da especificidade do objecto a empenhar, o nascimento da garantia ocorra mediante a notificação a um terceiro ou a sua inscrição no registo.<sup>526</sup>

Isto é, apenas quando a entrega do bem ao credor ou a terceiro seja condição *sine qua non* para o nascimento da garantia (de modo a qualificar o negócio de constituição desta como um contrato real), a existência presente do objecto a onerar implica a impossibilidade de oneração de bens futuros: quando assim não seja e desde que se consagrem mecanismos alternativos de determinação do *quid* a onerar (destarte evitando que o negócio possa subjugarse à nulidade por indeterminação do objecto – cfr. art.º 280.º), caímos na regra da admissibilidade de negócios sobre bens futuros (art.º 399.º).

No que especificamente respeita ao penhor de créditos, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros oferecem-nos exemplos jurisprudenciais e mesmo legais de legitimação da dação em penhor de créditos futuros,<sup>527</sup> com especial realce para recente

---

outros, ob. cit., pág. 225 (que admitem a empenhabilidade de bens futuros que não sejam coisas corpóreas - pois, relativamente a estes, a necessidade de entrega constitui obstáculo incontornável -, desde que cumpridas as exigências legalmente prescritas para a constituição da garantia em detrimento da entrega do bem ao credor).

<sup>526</sup> Neste sentido, Jacques Mestre, *Le gage des choses futures*, *apud* Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 103 a 106. Partindo do princípio geral consagrado no ordenamento francês da validade das obrigações sobre coisas futuras (cfr. art.º 1130.º do CCF), o Autor reclama que as derrogações a tal princípio exigem uma norma expressa: ora, em matéria pignoratícia, tal norma seria o art.º 2076.º do CCF, de acordo com o qual o penhor exige, para a sua constituição, a entrega do bem a empenhar ao credor ou a terceiro. Sucede, porém, que esta excepção não se aplica, nem aos penhores sem desapossamento, nem tão pouco àqueles cujo desapossamento é alcançado por vias alternativas à entrega material do bem (como sucede com os bens incorpóreos), como sejam a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado (no penhor de créditos) ou a inscrição da garantia num registo (como, por exemplo, no penhor de valores mobiliários). Por outro lado e na opinião de Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 106 a 108, estes mesmos bens futuros prestam-se melhor a uma identificação, para efeitos de determinabilidade do objecto a onerar (exigida para a generalidade dos negócios jurídicos), seja no que toca ao penhor de créditos (bastando mencionar as partes, o lugar de pagamento, a data de vencimento e “*le montant ou la technique d'évaluation de la créance*”), seja relativamente ao penhor de participações sociais (mesmo para sociedades cujo processo de formação não se tenha completado, sendo suficientes as informações relativas à sociedade em questão), sendo apenas problemática tal identificação no que concerne à dação em penhor de um depósito bancário disponível, uma vez que o objecto se apresenta como meramente eventual, tendo em conta a possibilidade de movimentação da conta por parte do constituinte da garantia: tal possibilidade será afastada para quem identifique como objecto do penhor o saldo monetário disponível (uma vez que a qualificação como penhor de coisa corpórea implicaria a entrega do bem para a sua constituição), mas poderá ser admitida para quem veja nesta figura um penhor de crédito eventual ou, como a Autora, um penhor “*sur des actifs scripturaux monétaires futurs*” (para além de ser frequente que o credor, como forma de aumentar a consistência desta garantia, exija a permanência de um saldo mínimo na conta empenhada, abaixo do qual o constituinte deixará de poder movimentar a conta: ora, quando tal suceda, “*l'objet n'est plus éventuel, car l'on a la certitude de l'existence du solde à l'échéance; il devient simplement futur*”).

<sup>527</sup> Vide, no direito francês, Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 57 e Jacques Ghestin e outros, ob. cit., págs. 225 e 226. Os exemplos citados prendem-se com decisões judiciais que admitem o penhor de obrigações emitidas, mas ainda não subscritas, ou de créditos inexistentes, mas com probabilidade quase certa de surgimento, ou, finalmente, com créditos resultantes da conclusão de uma empreitada, ainda que ilíquidos e com vencimento indeterminado. Por seu turno, a chamada *Loi Dailly* (Lei n. 81-1, de 2/1/1981) admite que o penhor possa recair sobre os créditos resultantes de um negócio futuro cujo montante e exigibilidade não se encontrem ainda determinados, sem exigir sequer a notificação ao devedor do crédito empenhado. Em face do direito espanhol, Puig Brutau, ob. cit., pág. 28, exprime-se nestes termos “*Un derecho de crédito puede ser pignorable aunque todavía no sea exigible. La entrega queda en tal caso*

reforma do direito francês (a qual passou a consentir inequivocamente a constituição de um penhor sobre um crédito futuro - art.º 2357.º),<sup>528</sup> posição esta contestada em face da nossa legislação,<sup>529</sup> gozando, ainda assim, de alguns defensores.<sup>530</sup>

As objecções, no que toca ao penhor de créditos, prendem-se com a ausência de publicidade desta garantia, que impossibilita os demais credores de conhecerem o montante e a quantidade de créditos (presente e/ou futuros) que o seu devedor já onerou, com as eventuais consequências da insolvência do empenhante<sup>531</sup> e com a necessidade

---

*sustituída por la notificación al deudor o por la entrega al acreedor del documento al que el crédito se halle incorporado.”*

<sup>528</sup> Ou até, como sublinha Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 388, sobre um conjunto de créditos (embora salientando que o liberalismo do legislador é temperado pela exigência de determinação dos créditos no acto escrito de constituição do penhor). No que toca ao penhor de créditos futuros, o direito do credor nasce apenas no momento do surgimento do crédito onerado (art.º 2357.º), devendo o escrito inicial de constituição da garantia identificar os créditos onerados ou, pelo menos conter a indicação do devedor, data e lugar de pagamento, montante dos créditos (ou a respectiva avaliação) e, se a houver, a data de vencimento (art.º 2356.º, n.º 3).

<sup>529</sup> De acordo com Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 16, a empenhabilidade dos créditos futuros encontra-se comprometida uma vez que “*Estes consistem no direito a uma prestação que ainda não se constituiu ou se transferiu para a esfera jurídica do empenhador e sobre a qual este não pode dispor a não ser enquanto bem futuro. Ora, nos casos em que não tenha sido constituído qualquer vínculo jus-obrigacional não existirá, por conseguinte, um objecto para afectar à satisfação de determinada prestação*”. Para além disso, não existindo devedor da prestação, não será possível a sua notificação, condição esta do surgimento do vínculo pignoratício sobre créditos.

<sup>530</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 247, ressaltando apenas a necessidade de esses créditos virem a surgir e, para cada um deles, a sua consequente notificação ao devedor dos créditos empenhados (se esta não puder ser antecipadamente efectuada, com sucederá quando, no momento da constituição de um penhor sobre créditos futuros, ainda não seja possível identificar o devedor do crédito a onerar), acrescentando que o art.º 115.º do CIRE (ao aludir, no n.º 1, à hipótese de o devedor ter cedido ou dado em penhor, anteriormente à declaração de insolvência, créditos futuros emergentes de contrato de trabalho ou de prestação de serviços, ou o direito a prestações sucedâneas futuras - designadamente subsídios de desemprego e pensões de reforma - e, no n.º 2, ao penhor ou à cessão de créditos que tenham por objecto rendas ou alugueres devidos por contrato de locação) representa um reconhecimento legal da figura (o Autor vai até mais longe e admite, na senda do art.º 860.º-A, do CPC – preceito que consente a transmissão e a penhora - a empenhabilidade das meras expectativas jurídicas).

<sup>531</sup> Em face do nosso direito, é defensável que a situação de insolvência por parte do devedor não impeça a celebração (ou renovação) de contratos que constituam a execução de garantias (como o penhor de créditos futuros) constituídas antes do início do processo de insolvência, uma vez que se trata de actos de cumprimento de contratos anteriores e não de constituição de novas garantias sobre os bens da massa falida (ou, em alternativa, que o surgimento do bem fará retroagir a data da garantia ao momento da celebração do contrato), o que permitirá excluir a aplicação do art.º 121.º, n.º 1, alínea c), do CIRE (que estabelece a resolução automática, em benefício da massa, dos negócios de constituição da garantia reais, relativamente a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência). Garcia Vicente, La prenda cit., págs. 158 e 159, parte do pressuposto que a insolvência será do devedor da obrigação garantida e que foi este a onerar um crédito que detinha sobre um terceiro: todavia, avalia também a hipótese de o insolvente ser um terceiro empenhante estranho à relação principal (caso em que o credor pignoratício poderá accionar o seu devedor e satisfazer o seu crédito, assim extinguindo a garantia) e ainda de ser o próprio devedor do crédito dado em garantia quem venha a entrar em situação de falência (hipótese na qual o credor pignoratício pode accionar o devedor da obrigação principal ou, em alternativa, reclamar o crédito no procedimento concursal do devedor do crédito onerado, uma vez que o penhor de créditos lhe atribui legitimidade para cobrar tal crédito). No caso, porventura mais frequente, de falência do empenhante quando este seja o devedor do crédito garantido, a regra é a da oponibilidade à massa falida dos créditos que nasçam de relações obrigacionais pré-existentes à declaração de insolvência e, ao invés, negá-la aos créditos que provenham de relações contratuais formalizadas em data posterior àquela (sendo que a protecção do credor pignoratício será maior quando este haja já satisfeito os obrigações decorrentes do contrato que o liga ao devedor, nomeadamente quando já tenha disponibilizado a este o financiamento para cuja garantia foi prestado o penhor) ou, noutros termos, o ponto de partida é “*la eficacia retroactiva de la prenda al tiempo de su constitución: los créditos futuros que nazcan después de la declaración del*

de assegurar um mínimo de determinabilidade do *quid* onerado<sup>532</sup> (especialmente, neste último caso, no que toca aos chamados penhores globais, nos quais se onera um conjunto vasto de créditos em garantia de uma mesma obrigação).<sup>533</sup>

---

*concurso del pignorante tendrán la preferencia propia de la fecha de constitución y no de la fecha de su nacimiento, de modo que nacen ya pignorados en cabeza del pignorante*”, sem prejuízo, naturalmente, do risco inerente ao eventual não surgimento do crédito futuro: todavia, são detectáveis algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de limitar o alcance desta regra, seja aplicando-a apenas aos créditos futuros decorrentes de contratos celebrados antes da declaração de insolvência - ou seja, que resultem de relações pré-existentes, com base na expectativa de penhor que já existia a favor do credor pignoratício (mas já não os que nasçam de relações constituídas após aquelas declaração) – seja decretando a inoponibilidade à massa falida dos penhores de créditos em que o devedor não se encontre plenamente identificado (destarte afastando as cessões globais sem determinação dos sujeitos e dos terceiros devedores dos créditos onerados), seja concedendo protecção unicamente ao credor pignoratício que já tenha antecipado o financiamento correspondente ao crédito garantido e que pretende a sua recuperação através da execução do penhor (recusando tal protecção na hipótese inversa).

<sup>532</sup> Garcia Vicente, *La prenda cit.*, pág. 160 e segs., partindo do pressuposto genérico da admissibilidade de celebração de negócios jurídicos sobre bens futuros (nestes incluídos os sob condição ou a termo, pois também estes não é seguro que se venham a vencer), afasta qualquer obstáculo específico decorrente do regime específico do penhor (sendo certo que para o penhor de bens corpóreos a entrega do bem ao credor pignoratício ou a terceiro é normalmente considerada como requisito constitutivo da garantia – com a inerente impossibilidade de oneração de um bem futuro – tal exigência não vale para o penhor de créditos, para o qual nem sequer se impõe a notificação do devedor do crédito empenhado como requisito de validade do negócio: em suma, o penhor de créditos futuros “*será plenamente eficaz con el nacimiento del crédito pignorado pero su prioridad se retrotraerá al tiempo de constitución del derecho*”), aceitando apenas o respeitante à necessidade de determinação ou determinabilidade dos negócios jurídicos em geral. A este propósito, o Autor assenta como princípio geral o de que “*los créditos futuros cedibles o pignorables son exclusivamente aquellos que estén determinados o que sean determinables sin necesidad de convenio ulterior alguno. Además bastará con que lo sean al tiempo de su nacimiento sin necesidad de que estén plenamente identificados al tiempo de la constitución de la prenda*”, sendo bem mais discutíveis quais os critérios a adoptar (isolada ou conjugadamente) para a verificação do cumprimento da tais requisitos, oscilando entre a conexão com relações jurídicas existentes no momento da constituição da garantia, a identidade dos devedores dos créditos onerados (critério menos fiável, segundo o Autor, pois o empenhante pode ter a sua actividade comercial centralizada com poucos clientes), a identificação de uma actividade ou serviço dos quais possam provir os créditos a onerar, a fixação de limites temporais (um período sucessivo a contar da data da constituição da garantia, o qual, na óptica do Autor, não pode ser superior a 2 anos) e de limites quantitativos de responsabilidade até aos quais responderá o bem onerado: na opinião do Autor, não será indispensável que os créditos futuros decorram de relações vigentes à data da constituição do penhor, embora admita que, de acordo com as normas legais vigentes, este é o critério preferencial de determinação dos créditos a onerar (normalmente contratos de trato sucessivo ou decorrentes de relações negociais estáveis, como por exemplo os créditos onerados por parte de companhias eléctricas resultantes dos contratos de fornecimento de energia a terceiro), cabendo sobretudo recorrer aos critérios gerais sobre determinabilidade do objecto dos negócios jurídicos para aferir da validade deste tipo de garantias.

<sup>533</sup> Garcia Vicente, *La prenda cit.*, págs. 168 e 169, neste caso observa-se que, através de um único negócio e sem necessidade de cumprimento de qualquer outra formalidade, o empenhante onera a favor de um único credor uma massa de créditos, normalmente por remissão para a actividade comercial daquele. Em regra, o Autor sustenta que “*no parece admisible el pacto por el que se cedan globalmente todos los créditos futuros de un deudor, puesto que supone una restricción excesiva a su libertad y autonomía patrimonial y parece contrariar al orden público*”, para além de tais pactos esvaziarem de sentido o princípio segundo o qual o património do devedor responde por todas as suas dívidas (isto é “*Las garantías globales suponen el vaciamiento del patrimonio del deudor y el deterioro de la posición de los acreedores ordinarios sucesivos de éste, además de consagrar un monopolio del acreedor garantizado sobre los activos futuros del pignorante*”). Nesta conformidade, o Autor (ob. cit., págs. 186 a 193), sustenta a necessidade de imposição de limites a este tipo de cláusulas, nomeadamente a invocação do abuso do direito quando o volume dos créditos empenhados impeça o desenrolar da actividade patrimonial do devedor ou imobilize a generalidade do seu património futuro, porquanto tais clausulados prejudicam, não apenas o devedor, mas igualmente os seus restantes credores (tendo em conta a ausência de publicidade do penhor de créditos global e a expectativa – afinal gorada – de existência de um fluxo de caixa resultante da actividade comercial do devedor): assim sendo, retém como “*inadmisible la prenda de*

Todavia em termos mais gerais, é importante examinar primeiramente a constituição de penhor sobre coisas ou direitos inexistentes, mas cuja existência erroneamente se supõe, caso em que o penhor se deve considerar nulo por falta de objecto.<sup>534</sup>

Diversamente, admite-se que o penhor recaia sobre uma coisa que ainda não existe na natureza, sem entidade jurídica,<sup>535</sup> assim como sobre um bem ainda não nascido, mas que se crê venha a surgir.<sup>536</sup>

---

*todos los créditos o de una parte significativa de los mismos*”, sendo que um factor a ter em conta para esse juízo será “*el carácter indefinido del contrato de crédito o sus condiciones insólitas respecto a deudores del mismo sector del tráfico*”: mesmo quando tais cláusulas não sejam (pelo menos notoriamente) inválidas, deverá ser consentido ao empenhante a liberação parcial do penhor global quando o valor desta exceda consideravelmente o montante dos créditos garantidos e até, quando o penhor garanta créditos ainda não desembolsados, o empenhante possa obter uma liberação para o futuro.

<sup>534</sup> Partidários desta opinião são Vaz Serra, ult. ob. e loc. cit., e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 205.

<sup>535</sup> Neste sentido, Maiorca, ob. cit., págs. 37 a 39, assegurando não ser uma incongruência falar de posse de um bem que ainda não existe, apontando como exemplo a posse do bem principal no caso de o penhor recair sobre os respectivos frutos, esclarecendo que “*il possesso che si intende consegnato a titolo di pegno concerne con esattezza solo la cosa mobile futura. Il possesso della cosa madre vale perfettamente, ai fini della garanzia del pegno, come comprensivo del possesso del prodotto, il quale in questi termini non interviene come cosa futura (...). L'essere il prodotto futuro e incerto o già presente, ma ancor da separare dalla cosa madre (...) riguarda una eventuale attività volta alla separazione materiale della cosa in pegno della cosa madre può concernere eventuali facoltà del pignoratario o obbligazioni dei pignorante o di terzi, ma in ogni caso è estraneo al problema circa la determinazione degli estremi del pegno su cosa futura*”. De qualquer forma, o Autor realça que, mesmo neste caso, a perfeição do direito real de garantia apenas se produzirá no momento “*in cui il prodotto (la separazione o individuazione potrà seguire in fatto), essendo cresciuto o maturato, si presenta come l'oggetto che fu dedotto (condizionalmente) nel contratto di pegno*”. Entre nós, Vaz Serra, *Penhor cit.* in BMJ n.º 58, pág. 75, aponta igualmente como exemplo os frutos pendentes, os quais, enquanto não separados do prédio a que se encontram unidos, não poderão ser objecto de penhor, mas, obtendo o credor a posse da coisa principal, nada obstará ao penhor – neste caso de um bem futuro - que se adquirirá com a separação dos frutos). Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 453, admitem a possibilidade de constituição de um penhor sobre um bem corpóreo ainda não existente na data da constituição da garantia, socorrendo-se do art.º 1130.º do CCF que admite, em termos gerais, a validade das convenções sobre coisas futuras (embora, na nota 8 pareçam reconhecer a necessidade de determinabilidade do bem empenhado). Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 224, defendem a admissibilidade de penhor sobre bens futuros em termos gerais, apoiando-se no art.º 1130.º do CCF (nos termos do qual as coisas futuras podem ser objecto de uma obrigação) para considerar essa uma regra geral que apenas poderá ser afastada quanto exista norma expressa em contrário, o que não sucede visto não existir qualquer disposição legal proibindo o penhor de bens futuros (afirmando, ainda, a insusceptibilidade de aplicação analógica ao penhor do art.º 2130.º que veda, em princípio, a hipoteca de bens futuros). Quanto ao obstáculo resultante da necessidade de entrega, advogam ser abusivo fazer depender da sua verificação a validade do contrato de penhor, entendendo que o penhor permanece válido mesmo na ausência de entrega, excepto no que respeita à possibilidade de o credor exercer o direito de preferência antes dessa data.

<sup>536</sup> Para Maiorca, ob. cit., pág. 79 e segs., esta possibilidade relaciona-se com a necessidade de criação de uma garantia não possessória sobre determinados bens móveis, de entre os quais avultam os frutos ou produtos em formação e aqueles já acabados mas cuja comercialização implica a manutenção na esfera do devedor (embora salientando que a pertinência do penhor sobre coisa futura extravasa este âmbito limitado, alcançando também outro tipo de bens, apontando como exemplo a hipoteca naval sobre navios em construção, cujo regime representa a consagração inequívoca de uma garantia mobiliária sobre um bem futuro, não apenas quando a construção já se tenha iniciado, mas mesmo que tal ainda não tenha acontecido), realçando que, apesar da relação dos objectos a onerar com um bem imóvel, estaremos perante uma garantia mobiliária. De acordo com o Autor, a manutenção dos bens onerados em poder do devedor justifica-se (nomeadamente no que concerne aos animais e ao penhor sobre os seus produtos) pela circunstância de “*il fattore produttivo (nel caso la cosa madre) è destinato a una data funzione produttiva, anche – anzi, specialmente – se rimane nel possesso del debitore, è il motivo per cui in questi casi potrebbe ammettersi, quantomeno di iure condendo, l'attuabilità di un pegno di cosa futura anche restando nel debitore la cosa madre*”, (todavia, o Autor não deixa de mencionar a questão da protecção do credor quanto à consistência da sua garantia, questão, alias, extensível a todos os casos em que a

Verificado este último circunstancialismo, será admissível a celebração de um contrato-promessa de penhor, concluindo o contrato definitivo apenas quando a coisa venha a ganhar existência ou, na senda do já anteriormente exposto, considerando estarmos perante um “*contrato de formação progressiva*”.<sup>537</sup>

Deste modo, procura afastar-se o obstáculo resultante da indispensabilidade de determinação – ou pelo menos de determinabilidade – do bem onerado com a garantia, sem eliminar a necessidade de entrega do bem empenhado ao credor.

No entanto, naqueles ordenamentos – como o italiano e francês – em que se exige, pelo menos como condição do exercício do direito de preferência do credor pignoratício, um documento escrito contendo a indicação do crédito garantido e do objecto da garantia, este último aspecto pode suscitar dúvidas quando o penhor recaia sobre um bem futuro.

Importa, a este respeito, distinguir consoante o bem oferecido em garantia se encontre em vias de surgimento na data da concessão da garantia (caso em que a sua determinação é possível imediatamente) ou, pelo contrário, isso não aconteça (hipótese em que tal determinação se afigura bastante problemática).<sup>538</sup>

No nosso ordenamento não se prevê directamente a possibilidade de criação de direitos reais sobre coisas futuras, mas tal interpretação poderá ancorar-se no facto de tais direitos poderem recair sobre todas as coisas enumeradas no Código Civil, entre as quais constam as coisas futuras (cfr. art.º 211.º).<sup>539</sup> Contudo, tal entendimento enfrenta um limite importante, porquanto os negócios que impliquem a constituição ou transferência de direitos reais sobre bens futuros apenas produzirão efeito quando as

---

garantia recaia sobre frutos naturais, especialmente quando não se possa cindir a posse da coisa mãe da do fruto onerado). Nesta *fattispecie*, estaremos perante “*un negozio sottoposto a condizione sospensiva: la condizione, cioè, della esistenza della cosa dedotta nell’oggetto del negozio. Ciò si equivale anche a dire che il diritto reale di garanzia si perfeziona in tale momento*”, embora a existência e as características da coisa mãe surjam como pressuposto da publicidade necessária para a constituição da garantia, ou seja, “*la pubblicità e l’indicazione degli estremi di individuazione dell’oggetto del pegno saranno attuate in relazione alla cosa madre*”: uma vez nascidos os frutos, “*saranno vincolati in garanzia: sia agli effetti della difesa reale della sicurezza e del valore dell’oggetto (...) sia agli effetti dell’esercizio del ius distrahendi, allorquando se ne verificano i presupposti*” (ao invés, quando a posse da coisa mãe seja transferida para o credor, este último terá igualmente o direito a ser empossado dos frutos onerados, pelo que qualquer acto do devedor que o impeça será considerado como um acto lesivo da garantia).

<sup>537</sup> Para Rubino, ult. ob. e loc. cit., a manifestação de vontade é irrevogável, obtendo o credor, assim que a coisa ganhe substância, o direito de exigir a respectiva entrega. Citando algumas decisões jurisprudenciais que acolheram este entendimento, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 68 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 146. Esta última Autora alude, em particular, a uma decisão da Corte de Cassação de 1/8/1996 que, acolhendo a teoria de Rubino e considerando o penhor de coisa futura como um contrato de formação progressiva (cuja origem repousa no acordo inicial das partes com efeitos meramente obrigatórios entre as – do qual deverão constar a data certa da celebração e a suficiente indicação do crédito garantido e do bem empenhado – e se torna perfeito apenas com o surgimento do bem e com a sua entrega ao credor), rejeita a tese da sucessão de um contrato-promessa e de um contrato definitivo de penhor (este último a celebrar aquando do aparecimento do bem), considerando que, dessa forma, “*si darebbe vita non solo ad una costruzione inutilmente complicata, ma che pare poco conforme all’effettiva realtà del fenomeno, il quale non pressuporrebbe una pluralità successiva di manifestazioni volontà negoziali concomitanti con la consegna della cosa, ma si concretizzerebbe in una serie di atti i cui effetti sarebbero ricollegabili all’originario accordo contrattuale*”.

<sup>538</sup> Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 225.

<sup>539</sup> Contra, Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 632, alegando que “*O contrato fica já concluído, mas o efeito real só se dá (e aliás automaticamente) quando a coisa se torna actual ou determinada. Não se pode pois dizer que há uma hipoteca sobre coisa futura, ela só existe quando a coisa se formar*”.



coisas que constituem o respectivo objecto surjam ou venham a encontrar-se na titularidade do disponente.<sup>540</sup>

Por último, cabe mencionar a viabilidade de constituição de um penhor irregular de coisas futuras, como sucederá quando o bem a onerar seja o saldo activo de uma conta corrente bancária na qual deverão ser creditados os montantes obtidos após a pagamento dos títulos entregues ao credor para cobrança.<sup>541</sup>

Admitida, nos termos e com as condicionantes acabadas de expor, a possibilidade de constituição de penhor mesmo quando o objecto imediato da garantia não exista no património do empenhante, as mesmas considerações parecem ser transponíveis para a concessão do penhor por quem não seja o proprietário do bem a onerar<sup>542</sup>

Com efeito e nos casos em que seja admissível a constituição de um penhor sobre bens futuros, as soluções propostas são de manter mesmo que a coisa ou direito empenhados pertençam a terceiro, devendo entender-se que o vínculo é válido entre as partes, mas o penhor apenas se tornará eficaz se e quando o concedente adquirir a sua propriedade.<sup>543</sup>

Esta mesma conclusão sai reforçada se tivermos em conta a própria noção de “*coisa futura*”, entendendo-se que o conceito abarca não apenas aquelas que ainda não existem na natureza, mas também as que não se encontram na disponibilidade do disponente, ou seja, sejam alheias ao património do sujeito que delas pretende dispor.<sup>544</sup>

Em face do nosso direito, decorre do próprio art.º 893.º (aplicável ao penhor por remissão do art.º 939.º),<sup>545</sup> que as coisas alheias podem ser configuradas como futuras se nessa qualidade forem consideradas pelas partes, mandando, nessa hipótese, mandar aplicar o regime da venda de bens futuros.

### 3.4 - Bens em comunhão

---

<sup>540</sup> Aludem a esta restrição Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 204, para além de alertarem para a obrigação que impende sobre o devedor de exercer as diligências necessárias a fim de o comprador adquirir os bens alienados, segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato (art.º 880.º, n.º 1).

<sup>541</sup> Nesta conformidade, Alessandro Rizzieri, *Pegno e fallimento*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon, pág. 231 e segs., realçando que o penhor é irregular por incidir sobre dinheiro e é de coisa futura, uma vez que no momento da conclusão do contrato de penhor os títulos ainda não foram cobrados (embora saliente que alguns Autores exigem, além do número da conta corrente, a indicação do montante máximo pela qual a garantia responde).

<sup>542</sup> Como defende Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 147, a analogia entre o penhor de coisa futura e de coisa alheia reside no facto de, em ambos os casos, o objecto mediato do direito de penhor não existe no património do devedor. Simplesmente, enquanto no primeiro caso essa circunstância se deve à possibilidade de a coisa (ou direito) vir a existir, no segundo reside na relação entre a coisa (ou direito) objecto do vínculo e sua inexistência no património do constituinte, muito embora exista no património de outro sujeito.

<sup>543</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 206 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 147.

<sup>544</sup> Esta distinção, segundo Carlo Maiorca, ob. cit., pág. 3 e segs., é recorrente na doutrina, considerando que em ambos os casos se coloca o mesmo problema, qual seja “*ciò che non è in natura, neppure è in titolarità, alla stessa guisa come non lo è una cosa che si trova fuori dal patrimonio. Per un altro verso ciò che non è in titolarità può divenirlo, alla stessa guisa di una cosa che non è in natura, in previsione del momento che lo sia. In definitiva, presente o futuro non è tanto la cosa o il bene, quanto il diritto*”, concluindo que “*Quando si parla di cose che non sono presenti nel patrimonio, avendo considerazione al momento futuro in cui potranno divenirlo, ci si riferisce a cose esistenti e – quindi – esistenti nel patrimonio di un altro soggetto: cose altrui. Quindi, le cose altrui, rispetto ad un patrimonio che si consideri, sono anzitutto non presenti e possono essere considerate future in relazione al momento in cui entreranno nel patrimonio*”.

<sup>545</sup> Acerca da aplicabilidade do art.º 939.º aos demais contratos onerosos, para além da compra e venda, nomeadamente ao penhor, vide supra n.º 2.4.2.1 do Capítulo I.

De acordo com os n.ºs 1 e 2 do art.º 1408.º,<sup>546</sup> o comproprietário pode dispor<sup>547</sup> de parte ou da totalidade da sua quota na comunhão,<sup>548</sup> mas não lhe é lícito onerar, sem consentimento dos demais consortes, parte especificada da coisa comum e, deste modo e por maioria de razão, não será admissível a oneração da totalidade da coisa sem o assentimento dos restantes:<sup>549</sup> se o fizer tal negócio deve ser tratado como oneração de coisa alheia.<sup>550</sup>

No entanto, a lei dispõe que o negócio jurídico de constituição da garantia se encontra sujeito à forma exigida para a disposição da coisa (cfr. n.º 3 do art.º 1408.º).

Em face do exposto, ao comproprietário assiste legitimidade para empenhar a sua quota,<sup>551</sup> mas necessitará do consentimento dos demais consortes para constituir um penhor sobre partes específicas da coisa comum ou sobre a totalidade desta.<sup>552 553</sup>

---

<sup>546</sup> O art.º 2825.º do CCI prevê a possibilidade de concessão de hipoteca sobre bens indivisos, preceito este que a doutrina entende ser igualmente aplicável ao penhor (neste sentido, Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 156, nota 31, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 642 e Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 685). No direito espanhol e de acordo com Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 502 e 503, não existe regulamentação específica relativamente à dação em penhor das quotas do comproprietário, mas o Autor admite-a, de modo que, constituída a garantia, os condóminos devem aceitar possuir em nome do credor pignoratício (ou entregar-lhe a posse da coisa), não dispondo este da faculdade de requerer a divisão da coisa comum (pelo que, incumprida a obrigação principal, limitar-se-á a alienar a quota onerada, cabendo ao adjudicatário vir a solicitar a referida divisão). Já Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2136, entende que cada condómino pode onerar a sua quota (art.º 399.º do CCE), necessitando, porém, do consentimento dos restantes comproprietários para onerar o bem comum (art.º 397.º do CCE).

<sup>547</sup> Como bem salienta Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, pág. 354, “*Ainda que o preceito, nesta parte, se não refira à faculdade de oneração, é evidente caber ela também ao comproprietário, nos mesmos termos da de disposição, por paridade, se não por maioria de razão*”.

<sup>548</sup> Chironi, *ob. cit.*, págs. 479 a 481, opina que o objecto do penhor, neste caso, não será a quota abstracta, mas sim a coisa, pelo que, ocorrendo a divisão da coisa comum, não se atribui ao consorte uma coisa diversa daquela que constituía o seu direito enquanto condómino, limitando-se a divisão a especificar aquilo que antes era analisado em termos abstractos.

<sup>549</sup> Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, pág. 358, aponta a oneração da totalidade do bem comum ou de uma parcela específica dele como um dos exemplos de uma faculdade do direito de compropriedade de necessário exercício unânime.

<sup>550</sup> De acordo com Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 365, desta remissão decorre que estes actos são, não apenas nulos, mas igualmente ineficazes relativamente aos demais condóminos, pelo que estes não necessitam de recorrer a qualquer meio impugnatório para lograr que o acto não lhes seja oponível.

<sup>551</sup> Defendendo esta possibilidade em face do direito espanhol, Puig Brutau, *ob. cit.*, pág. 27 (embora o CCE apenas admita expressamente a hipoteca das quotas dos bens imóveis), para o direito francês Lisanti-Kalczyński, *ob. cit.*, pág. 303 (por aplicação do art.º 815-17 do CCF, o qual, todavia, ressalva que o credor não poderá exercer os seus direitos antes da partilha) e, entre nós, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58 cit.*, pág. 115, acrescentando que para a constituição do penhor será suficiente a obtenção da comosse por parte do credor em lugar do empenhador.

<sup>552</sup> Questões diversas respeitam à admissibilidade do penhor constituído pelo proprietário único de uma coisa sobre uma quota desse mesmo bem (em sentido favorável pronuncia-se Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 115) ou sobre uma fracção do valor de uma coisa, no sentido em que o credor apenas possa executar a parte correspondente a esse valor (a favor da possibilidade de dar em penhor uma fracção da coisa ou do seu valor, Faggella, *ob. cit.*, págs. 42 e 44; contra, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 30 e 31, embora admitindo que este penhor tenha como efeito que o credor, depois de executar o bem na íntegra, apenas se possa apropriar da parte do preço obtido relativa à parcela dada em penhor). Do nosso ponto de vista, desde que o bem (ou a sua quota ou parcela) em questão reúna os requisitos gerais supra analisados, não nos repugna a sua oneração pignoratícia, tanto mais que se a lei consente a dação em penhor de uma quota de um bem em regime de compropriedade, não se vislumbra motivo válido para negar que o mesmo negócio possa incidir sobre a quota de um bem pertencente a um único proprietário.

<sup>553</sup> Em face do direito italiano, Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 685, Montel, *Pegno cit.*, pág. 788 e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 204, admitem que o comproprietário possa dar em penhor o bem comum, exigindo apenas o consentimento dos demais para a entrega do bem ao credor (permitindo aos consortes dissidentes a

Uma vez surgida a garantia, o credor pignoratício deverá gozar dos direitos pertencentes ao empenhador, designadamente no que respeita à administração da coisa e à eventual fruição dela.<sup>554</sup>

Recaindo o penhor sobre a quota do devedor<sup>555</sup> VAZ SERRA admite que, incumprida por este a obrigação garantida, assistirá ao credor pignoratício legitimidade para provocar a divisão e, em seguida, executar a parte que couber ao concedente da garantia,<sup>556</sup> salvo existindo cláusula de indivisão (cfr. art.º 1412.º, n.º 3).<sup>557</sup>

Em defesa desta solução, que se nos aparenta razoável, poderá argumentar-se que, se após a venda da quota empenhada, a lei faculta ao adquirente a requisição do fim da indivisão (cfr. art.º 1052.º, n.º 1, do CPC),<sup>558</sup> dever-se-á conceder idêntico direito ao credor pignoratício, após o vencimento da obrigação garantida (antes dessa data, apenas com o consentimento do empenhante), assim permitindo substituir, como objecto do seu direito, a quota por bens determinados ou dinheiro, sobre os quais poderá incidir a posterior execução.<sup>559</sup>

Havendo cláusula de indivisão ou não tendo sido esta solicitada, o credor manterá o direito de alienar a quota em processo judicial de execução, simplesmente

---

reivindicação do bem comum): quando o penhor seja constituído nestes termos, o credor pignoratício a quem seja entregue a coisa assume, para com os outros condóminos, a posição de depositário. Pelo contrário, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 303 e segs., sustenta, de acordo com o direito francês (art.º 815-3 do CCF), que o titular indiviso não poderá onerar a totalidade do bem sem o consentimento dos restantes e, se o fizer, a garantia será constituída *a non domino* no que respeita às partes indivisas que não lhe pertençam (porém, se no momento da partilha o bem indiviso for atribuído ao constituinte, a garantia será retroactivamente convalidada; caso contrário, ficará definitivamente sem efeito).

<sup>554</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 119.

<sup>555</sup> Se, pelo contrário, recair sobre a totalidade do bem nenhum problema específico se levantará, pois tal negócio exige o acordo dos demais comproprietários. Faltando este consentimento, qualquer um destes poderá impugnar o negócio de constituição de penhor (que é nulo, nos termos em que o é a alienação de um bem alheio – cfr. art.º 1408.º, n.º 2) e, caso já tenha havido entrega da coisa comum, reivindicá-la (cfr. n.º 2 do art.º 1405.º).

<sup>556</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 204. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 119 e 120 advoga somente ser legítimo ao credor pignoratício pedir a divisão após o vencimento do penhor, apenas o podendo fazer antes deste momento com o consentimento do empenhante (contra, Puig Brutau, ob. cit., pág. 27, admitindo que o credor pignoratício pode requerer a divisão da coisa comum mesmo antes de vencida a obrigação garantida, caso em que o concedente da garantia adquirirá a propriedade da porção que lhe for atribuída, mas onerada com a garantia). Por outro lado, nega a este último, enquanto se não extinguir a garantia, o poder de requerer a divisão sem o consentimento do credor pignoratício, alegando encontrar-se a coisa poder deste último e a divisão poder prejudicá-lo, sem que a esse sacrifício corresponda a um interesse do empenhador digno de o justificar.

<sup>557</sup> Nos termos deste preceito, a cláusula de indivisão será oponível a terceiros, apenas se exigindo que a mesma seja registada se a compropriedade respeitar a coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo. Defendendo a inoponibilidade do pacto de indivisão a terceiros, nomeadamente ao credor pignoratício, Rubino, Il pegno cit., pág.205.

<sup>558</sup> Com efeito, dispõe esta norma que qualquer dos consortes pode requerer que, fixadas as respectivas quotas, se proceda à divisão em substância da coisa comum ou à adjudicação ou venda desta, com repartição do respectivo valor, quando a considere indivisível: se assim é e tornando-se o adquirente da quota comproprietário do bem, assistir-lhe-á legitimidade para requerer a divisão.

<sup>559</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 120. Respondendo à objecção nos termos da qual, uma vez executado o penhor, os demais comproprietários teriam o direito de preferência, cujo exercício poderia evitar a entrada do adquirente para o rol dos comproprietários, impedindo-o de requerer a divisão, o Autor sustenta que a divisão poderia ser sempre requerida pelo empenhador com o acordo do credor pignoratício e, por outro lado, que o direito de preferência dos comproprietários não existe em todos os casos de alienação. Em face do nosso direito vigente e apesar de nenhum preceito atribuir expressamente ao credor pignoratício o direito de requerer a divisão da coisa comum - cabendo o mesmo apenas a cada um dos comproprietários (art.º 1412.º, n.º 1) – manifestamos o nosso assentimento a tal possibilidade, na esteira e por força dos argumentos invocados por Vaz Serra.

“ela continua, neste caso, em regime de condomínio indivisível com o adquirente, se os consortes não exercerem o seu direito de preferência”.<sup>560</sup>

Verificando-se a divisão, o direito italiano (cfr. art.º 2825.º, n.º 2)<sup>561</sup> admite, quando seja atribuído ao empenhante um bem diverso do originariamente empenhado, a transferência da garantia para o primeiro, com o grau resultante da constituição inicial, mas nos limites do valor do bem previamente onerado.

VAZ SERRA sustentava a aplicação de um regime similar ao previsto no mencionado preceito do direito transalpino, alegando que, caso contrário, o penhor ficaria privado de qualquer efeito.<sup>562</sup>

No nosso ordenamento existe uma norma, mais concretamente no n.º 2 do art.º 689.<sup>563</sup> - depois de o n.º 1 admitir a hipoteca de quotas de coisas ou direitos comuns – do qual resulta que a divisão efectuada com o consentimento do credor limita a hipoteca à parte que for atribuída ao devedor,

Decorre, assim, deste preceito que a divisão da coisa ou direito comum, feita com o consentimento do credor – na falta deste assentimento, o direito continua a incidir sobre a quota ideal do devedor, assim se prolongando a comunhão quanto à garantia e originando que a venda judicial em caso de incumprimento inutilize a divisão anteriormente efectuada -, limita a hipoteca à parte que for atribuída ao devedor (ainda que lhe seja atribuída uma parte da coisa superior à que correspondia à sua quota) ou até a totalidade da coisa.<sup>564</sup>

Pode, contudo, duvidar-se da sua aplicabilidade ao penhor, uma vez que o art.º 689.º não é um daqueles preceitos ditados para a hipoteca que o art.º 678.º manda a aplicar ao penhor, embora seja defensável que a solução nele consagrada, em caso de divisão da coisa comum (passagem da garantia para o bem que, em resultado da tal divisão, for atribuído ao empenhante), se pode ancorar na transformação jurídica a que tal *quid* foi sujeito na vigência da relação de garantia, mais concretamente no instituto da sub-rogação real.

Resumindo, a cessação da situação de indivisão, antes de vencido o crédito pignoratício, apenas pode advir da vontade dos consortes (nomeadamente do empenhante), passando o penhor a recair sobre a parcela do bem que, na sequência da divisão, for atribuída ao constituinte da garantia; após o vencimento do crédito garantido, passa a assistir também ao credor pignoratício a faculdade de requerer o fim da indivisão, com efeitos análogos.

---

<sup>560</sup> Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 710, a propósito da hipoteca, mas com plena aplicação no que respeita ao penhor.

<sup>561</sup> Esta norma encontra-se consagrada apenas relativamente à hipoteca, mas a sua aplicação analógica ao penhor é defendida em Itália (vide Rubino, ult. ob. e loc. cit.).

<sup>562</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 121 e 122. Todavia, este saudoso Professor entende não estarmos perante um caso de sub-rogação real, por não adquirir o credor imediatamente um penhor sobre os objectos atribuídos ao anterior comproprietário no processo de divisão, mas apenas um direito do credor a exigir a constituição do penhor sobre os referidos objectos.

<sup>563</sup> Por seu turno no direito alemão e por força do disposto no §1258 do BGB, as regras são as seguintes. Recaindo o penhor sobre uma parte da propriedade, o credor pignoratício exerce o seu direito tendo em conta a gestão e o tipo de utilização da parte do comproprietário na propriedade (n.º 1). Antes da aquisição do direito de venda pelo credor pignoratício, a dissolução da propriedade só pode ser exigida conjuntamente por ele e pelo comproprietário. Depois dessa data, o credor pignoratício pode requerer o fim da propriedade, sem necessidade do consentimento do comproprietário; o credor não se encontra vinculado a nenhum acordo celebrado pelo comproprietário, nos termos do qual o direito do comproprietário exigir o fim da comunhão se encontre excluído ou dependente de um prazo de denúncia (n.º 2). Extinguindo-se a comunhão, o penhor passa a recair sobre o objecto que ocupe o lugar da quota inicialmente empenhada (n.º 3), permanecendo intocável o direito do credor pignoratício proceder à venda da parte na propriedade (n.º 4).

<sup>564</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 711,

Por outro lado, o regime geral da comunhão não prejudica a existência de regimes especiais (como quando a garantia incida sobre as quotas de participação em fundos de investimento mobiliário<sup>565 566</sup> ou em fundos de capital de risco,<sup>567</sup> créditos

<sup>565</sup> Admitindo esta possibilidade em face do direito italiano, Barbara Cusato, ob. cit., págs. 112 a 114, Luciano Panzani, Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari, in Fallimento, 2002, pág. 952, Francesco Caringella, ob. cit., págs. 3561 e 3562 (citando o aresto da Corte de Cassação de 14/7/2003, n.º 10990, no qual se conclui que, na ausência de um certificado individual de participação autónomo e separado, o quid onerado é o crédito do empenhante para com o fundo, “*rappresentato dall’obbligo della società di investimento di gestire il fondo e di restituiregli il valore delle quote di partecipazione*”) e, especialmente, Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 137 e 138 (admitindo que o penhor se possa constituir sobre o certificado individual representativo dessa quota – desde que desincorporado do certificado comum existente junto da entidade depositária – ou como um penhor de créditos, tendo por objecto o crédito do titular da quota de participação para com a sociedade gestora do fundo). De modo idêntico para o direito espanhol Malo Concepción, Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 831 e segs., destacando que o objecto desta garantia são as participações, representadas por certificados nominativos ou anotações em conta (embora muitas vezes os contratos de penhor consagrem hipóteses de sub-rogação real, consentindo que a garantia se transfira para o reembolso das participações ou estipulando que, com os títulos, se empenha igualmente o efectivo depositado ou, em alternativa, o crédito ao produto do produto da venda ou liquidação da participação), constituindo-se o penhor, no caso de participações tituladas, através da entrega do certificado (ou, em alternativa, mediante o endosso acompanhado da cláusula em garantia) ou da inscrição em conta (para as participações escriturais): em qualquer caso, a oponibilidade a terceiros da garantia encontra-se condicionada à constatação da data certa de constituição da garantia em instrumento público. Por outro lado, este último Autor detém-se sobre os direitos do credor pignoratício (destacando como este é um quid que consente a oneração, simultânea ou sucessiva, do mesmo objecto em garantia de obrigações diversas, sendo mais problemática “*la constitución de varias prendas por un mismo constituyente siendo un único el deudor y varios los acreedores. Evidentemente éstos deberían ponerse de acuerdo respecto al requisito constitutivo, siendo en todo caso de aplicación el principio prior tempore potior iure*”; por outro lado, em matéria de frutos é preciso ter em conta que, normalmente, o fundo não repartirá os resultados – antes os incorporando no seu património – mas, se o fizer, estes estarão compreendidos na noção legal de frutos e, por isso, garantirão igualmente o pagamento da obrigação principal) e os seus deveres (de conservação e restituição do bem empenhado), assim como as obrigações do devedor empenhante (nomeadamente porque, permanecendo como proprietário, poderão alienar as suas participações, ao menos quando estas estejam representadas através de títulos – embora, por força do desapossamento operado no momento da constituição da garantia, o credor pignoratício tenha que consentir no negócio - , sendo mais discutível se o poderá fazer em caso de representação através de anotações em conta, uma vez que a lei geral aplicável aos valores mobiliários determina a imobilização dos mesmos).

<sup>566</sup> Malo Concepción, ob. cit., pág. 807 e segs., define estes fundos como patrimónios autónomos pertencentes a uma comunidade de investidores, sendo o direito de propriedade representado através de um certificado de participação e a administração entregue a sociedades gestoras especializadas (sem que, contudo, estas adquiram a qualidade de proprietárias). Todavia, o Autor alude à controvérsia acerca da natureza jurídica destes fundos, opondo-se a tese tradicional que recusa atribuir-lhes personalidade jurídica e uma tese mais recente que se inclina para os considerar como sociedades (esta segunda posição socorre-se da obrigatoriedade de inscrição no registo comercial da escritura constitutiva deste fundo). Em termos sucintos e quanto ao seu *modus operandi*, o fundo é dotado de um património próprio, dividido em participações nominativas com características idênticas sem valor nominal e que conferem aos seus titulares um direito de propriedade sobre o fundo, participações estas que considerados valores negociáveis (representados através de certificados nominativos ou de anotações em conta e sujeitos ao regime vigente para esta categoria de bens quanto à sua transmissão, oneração e exercício dos direitos inerentes, embora a natureza *sui generis* - nomeadamente pela ausência de negociação em bolsa – imponha desvios a esse regime geral), efectuando-se a sua subscrição e reembolso através do respectivo preço (que se apurará através da divisão do património do fundo pelo número da participações em circulação), nascendo as participações mesmo antes da emissão do certificado ou do registo, mas só a partir deste momento o seu titular pode exercer os direitos inerentes a essa participação, extinguindo-se esta em caso de reembolso e de amortização de participação ou de dissolução do fundo. Para De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 149 e segs., as participações neste tipo de fundos integram-se no conceito legal de valor mobiliário (apesar de não serem admitidos a negociação num mercado secundário), regendo-se pela legislação consagrada para aqueles valores ao nível da sua transmissão,

indivisos)<sup>568</sup> que, pelo menos nalguns casos, colocam entraves à colocação em penhor de determinados bens.<sup>569</sup>

Mais duvidosa é a eventual restrição das quotas a empenhar constante do art.º 690.º (nos termos do qual não pode ser hipotecada a meação dos bens comuns do casal, nem tão-pouco a quota de herança indivisa), porquanto tal norma se refere apenas à hipoteca e não é alvo da remissão para a regulamentação desta garantia prevista no art.º 678.º.

No que respeita à primeira categoria de bens, as justificações normalmente apresentadas para a inviabilidade de oneração hipotecária – a circunstância de estes bens se encontrarem afectos a um determinado fim, o qual seria comprometido em caso de oneração daquela meação e, ainda, a inalienabilidade da mesma meação por vontade exclusiva de um dos cônjuges, enquanto se não dissolver a sociedade conjugal<sup>570</sup> - parecem colher relativamente a qualquer outra garantia, pelo que não nos repugna, mesmo na ausência de norma expressa, a sua aplicabilidade ao penhor.

Quanto ao penhor de quotas hereditárias, discordamos que a *ratio legis* – a necessidade de o bem a onerar ser certo e determinado, a invalidade das hipotecas gerais e impossibilidade de oneração de parte especificada de coisa comum<sup>571</sup> - colha relativamente ao penhor (e até a qualquer outra garantia), pois não só existe uma

---

oneração, execução (tendo-se generalizado a concessão de um mandato expresso e irrevogável ao credor por parte do devedor, a fim daquele poder exigir directamente da sociedade gestora do fundo a quantidade suficiente de participações do devedor para liquidar a dívida) e exercício dos direitos sociais correspondentes (com a especificidade de, uma vez que o valor de cada quota resultará da divisão do património do fundo pelo número de participantes e tendo em conta que os rendimentos gerados normalmente não se distribuem, mas são incorporados, assim traduzindo um aumento proporcional de cada uma das quotas, valor este que ficará igualmente onerado pelo penhor): ora, se a participação se encontrar representada por um certificado, o penhor constituir-se-á através de endosso com a menção em garantia; estando representados através de registo em conta, aplicar-se-ão as regras que valem para a oneração dos valores mobiliários dessa espécie. No nosso direito, os fundos de investimento mobiliário são uma subespécie dos organismos de investimento colectivo (cfr. art.ºs 1.º, n.º 2 e 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro), sendo definidos como patrimónios autónomos, pertencentes aos participantes no regime especial de comunhão regulado nesse mesmo diploma: apesar da total omissão quanto à possibilidade de oneração pignoratícia das unidades de participação em tais fundos (cfr. art.º 7.º, a contrario), a sua qualificação como valores mobiliários (art.º 1, alínea d), do Código de Valores Mobiliários), conduz à admissão de uma garantia com semelhante objecto (cuja constituição dependerá da natureza escritural ou titulada que as unidades de participação possam assumir – art.º 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro).

<sup>567</sup> Vide supra no texto.

<sup>568</sup> Ou melhor, cada um dos contitulares do crédito pode empenhar a sua parte, mas não a totalidade do crédito indiviso, pelo menos sem o consentimento dos demais consortes. No ordenamento jurídico francês, este tipo de penhor poderá enfrentar um obstáculo caso se entenda que a constituição do penhor de créditos exige a entrega ao credor do título do crédito pois, se assim for, uma vez constituído o penhor sobre uma parte do crédito indiviso e entregue ao respectivo credor o título, os demais consortes não poderão dar em penhor a sua fracção (embora a Corte de Cassação admita que a entrega do título não será necessária em caso de impossibilidade material, como parece ser o caso) – neste sentido, Jacques Ghestin e outros, ob. cit., pág. 221.

<sup>569</sup> Pensamos, sobretudo, no caso das acções, tendo em conta que o Código das Sociedades Comerciais (art.º 303.º, n.º 1) determina que os contitulares desse tipo de bens devem exercer os direitos a ela inerentes através de um representante. Ora, de acordo com Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 33, ao representante comum não é legítimo praticar actos que impliquem a extinção, alienação ou oneração das participações sociais (art.º 223.º, n.º 6, aplicável às sociedades anónimas por força da remissão contida no art.º 303.º, n.º 4, ambos do CSC), pelo que não lhe é permitido dar em penhor tais acções.

<sup>570</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 711.

<sup>571</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 711 e 712.

determinabilidade do objecto da garantia, como não se afigura inviável a empenhabilidade de bens fungíveis e de universalidades.<sup>572</sup>

Nesta conformidade, advogamos, na ausência de preceito nesse sentido, a não aplicação de tal restrição ao penhor, a isso não obstando o facto de se tratar de direitos futuros (faltando, por isso, um título que suporte o desapossamento do devedor).<sup>573</sup>

### 3.5 - Universalidades:<sup>574</sup> em especial o caso do estabelecimento comercial

Socorrendo-se do disposto no n.º 1 do art.º 666.º (na parte em que apenas admite a empenhabilidade de “*certa coisa móvel*”), alguns autores negam a admissibilidade de um penhor<sup>575</sup> (ou, mais latamente, até de direitos reais)<sup>576</sup> sobre as universalidades, muito embora esta leitura do preceito esteja longe de ser unânime.<sup>577</sup>

<sup>572</sup> Sobre o penhor de universalidades, vide infra n.º 3.5 do Capítulo I.

<sup>573</sup> Como salienta Hardel, ob. cit., págs. 97 a 99, duas vias alternativas serão concebíveis: ou a “*signification de l'intitulé d'inventaire à l'administrateur de la succession*” (procedimento que o Autor admite ser imperfeito, na medida em que apenas declara a existência de um direito, mas não a constituição de qualquer direito) ou através de “*une sequestre qui accepterait de détenir pour le compte des créanciers gagistes*” (embora com a dificuldade de determinação da quota parte de cada um dos herdeiros no total da herança, pelo que este sistema exige que todos os herdeiros estejam de acordo).

<sup>574</sup> Questão diversa prende-se com a admissibilidade de um penhor genérico ou geral, onerando todos os bens de um determinado sujeito, à qual se deverá dar uma resposta negativa, em homenagem ao princípio da especialidade e ao carácter especial (e não geral) da garantia pignoratícia – em sentido convergente, Ciccarello, ob. cit., pág.685.

<sup>575</sup> Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 685, afirmando que “*A coisa tem de ser certa, como se diz naquele artigo, e, portanto, torna-se sempre necessária a identificação das coisas singulares que a constituem*” (posição repetida pelo segundo destes Autores no seu Direito das Obrigações, Vol. II, pág. 522, acrescentando que a constituição concreta das universalidades – apontando como exemplo o estabelecimento comercial - se encontra em permanente mutação), Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 923 (escrevendo que “*A exigência de que se trate de uma coisa certa obsta a que se empenhe uma universalidade como tal, podendo, no entanto, estabelecer-se esta garantia em relação às coisas singulares que a integram*”), Santos Justo, ob. cit., pág. 470, Lourenço Martins, Parecer da PGR n.º 77/84, in BMJ n.º 348, págs. 122 e 124 e, menos enfaticamente, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 31 (na medida em que este Autor, depois de considerar que “*Tem sido entendido que as universalidades de coisas móveis, como é o caso dos estabelecimentos comerciais, são insusceptíveis de constituir objecto de penhor*”, mais adiante afirma: “*Mas parece ser válido o contrato de penhor sobre um estabelecimento comercial desde que este apenas seja integrado por bens móveis e ou direitos*”, ressaltando, em qualquer caso, a licitude da constituição de penhor sobre cada um dos bens que integram aquelas universalidades). Relata ser esta a posição dominante na doutrina nacional Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 107 (mencionando ainda que a mesma se funda no princípio da especialidade dos direitos reais).

<sup>576</sup> Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., págs. 39 a 41, admite a existência de direitos reais sobre universalidades de facto (alegando serem as mesmas coisas *strictu sensu*), mas não sobre universalidades de direito, considerando que estas “*não são coisas, são situações jurídicas ou conjuntos de situações. Elas são objectivamente transmitidas, através de um acto que a todas abrange, mas isso não as transforma de situações em objecto de outras situações jurídicas (...) não as coisifica, nem as torna idóneas para serem objecto de novos direitos reais*”.

<sup>577</sup> Por exemplo no Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991, in CJ 1991, 3, pág. 308 e segs., decidiu-se que a expressão “*certa coisa móvel*” não deve ser entendida como significando coisa certa, isto é, o termo “*certa*” não é um adjectivo da coisa, concluindo-se pela inexistência de obstáculos à constituição de um penhor sobre universalidades, como o estabelecimento comercial (não resistimos, até pela sua singularidade, a transcrever a argumentação deste aresto, começando pela crítica aos partidários do entendimento contrário: “*Os referidos autores nos seus comunicados pegavam na expressão “certa coisa móvel” que a lei utilizou, e alteraram-lhe o seu sentido, colocando o termo “certa” à frente do termo “coisa”. Ou seja, transformaram um pronomine indefinido num adjectivo. É manifesto que as expressões “certo dia”, “certa vez”, “certa coisa” não têm o significado de “dia certo”, “coisa certa”. Qualquer dicionário nos diz que “certo dia” ou “certa coisa” significam um qualquer dia, qualquer coisa, alguma coisa. E não há outro significado possível em português. Donde, se o legislador quis excluir as*

No entanto, outros autores admitem, embora de *lege ferenda*, que a garantia pignoratícia possa recair sobre uma universalidade de facto ou de direito, “*com o efeito de se subtraírem ao penhor as coisas alienadas na gestão regular da universalidade e de se incluírem nele as entretanto entradas nela*”,<sup>578</sup> sem necessidade de um específico acto de empossamento do credor,<sup>579</sup> executando o credor o seu direito sobre os bens que compõem a universalidade no momento da execução.<sup>580</sup>

Deste modo, o direito do credor respeitaria à universalidade no seu conjunto, ao seu valor, e não a cada uma das coisas que a compõem,<sup>581</sup> por isso se admitindo a respectiva substituição, até porque apenas dessa forma não se prejudicaria a gestão corrente do conjunto onerado.

---

*universalidades como objecto do penhor, não o disse.”). Mais se advogou, na mesma decisão, que, ainda que se deva entender apenas serem empenháveis as coisas certas e determinadas, o estabelecimento comercial se subsumirá a essa categoria (considerando não existir nenhuma coisa insusceptível de alteração nos elementos que a compõem, o mesmo acontecendo com o estabelecimento comercial, relativamente ao qual “*pode ser determinado com exactidão o seu conteúdo em determinado momento, é uma coisa perfeitamente identificada. Não se percebe porque não pode ou não deva ser considerado uma coisa certa.*”, concluindo pela empenhabilidade do estabelecimento comercial “*desde que seja considerado coisa móvel*”). Em termos análogos, Lopes dos Santos, ob. cit., pág. 45, ao admitir o penhor sobre universalidades de facto compostas por coisas móveis, escreve que “*A exigência de coisa certa não pode ser auto-demonstrativa, conceptual. Trata-se de prevenir incertezas quanto ao património afecto à garantia. Ora, uma correcta identificação do estabelecimento comercial satisfaz essa exigência de certeza*” e, mais amplamente, Mota Pinto, ob. cit., pág. 98 e segs., considerando que o “*princípio da especialidade não exclui, todavia, a possibilidade de se constituírem direitos reais sobre coisas colectivas (coisas compostas ou universalidades) (...) essas coisas, embora integradas por uma pluralidade de coisas simples, podem ser tratadas pelo direito como se fossem uma coisa única (...) são compatíveis como objecto dos direitos reais, com a ideia de que estas têm de ter como objecto uma coisa certa e determinada. Isto, porque a universalidade ou a coisa composta são – elas próprias – uma forma de determinação ou individualização. A coisa não deixa, assim, de ser certa e determinada ou individualizada pelo facto de ser constituída por uma pluralidade de coisas simples. Continua a ser, na mesma, coisa determinada, cujos limites estão traçados em termos cognoscíveis*” (acrescentando que as coisas simples que compõem a universalidade se encontram no mesmo plano e possuem um valor homogéneo e que, para certos efeitos, o direito tem interesse em tratá-las como coisa única).*

<sup>578</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 76 a 79, citando também em favor da sua posição Galvão Teles. Por seu turno, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 199, recorda que a doutrina tradicional nega a empenhabilidade das universalidades, mas reconhece que a prática tem vindo a admitir certas universalidades como objecto do penhor, apontando como exemplo paradigmático o caso do estabelecimento comercial. Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171 entendem nada obstar à constituição de penhor sobre universalidades de facto, considerando que a questão será mais duvidosa no que respeita às universalidades de direito (muito embora afirmem, em seguida, a empenhabilidade do estabelecimento comercial). Questão diversa respeita à alienação do próprio estabelecimento, após a constituição do penhor, por parte do concedente da garantia, caso em que o direito de sequela inerente à garantia pignoratícia permite ao seu titular reivindicá-lo para, em seguida, executar esse bem para pagamento da dívida – neste sentido, Acórdão do STJ de 29/11/2001, in CJ 2001 (Tomo III), pág. 125 e segs. (do mesmo modo, no Acórdão da Relação de Coimbra de 29/6/1999, in CJ 1999, Tomo III, pág.42 e segs., decidiu-se que a alienação do estabelecimento comercial previamente dado em penhor é ineficaz relativamente ao credor pignoratício, pelo que os embargos deduzidos pelo adquirente daquele bem na execução movida pelo credor garantido deverão ser declarados improcedentes).

<sup>579</sup> Realçando esta necessidade, bem como salientando, inversamente, que a subtracção dos bens à universalidade produz a saída desses bens da órbita da garantia, mesmo que estes se mantenham em poder do credor, Montel, Pegno cit., pág. 791

<sup>580</sup> Neste sentido, Faggella, ob. cit., pág. 46.

<sup>581</sup> Não obstante, no Acórdão do STJ de 22/10/1995, in BMJ n.º 451 (1995), pág. 460 e segs., decidiu-se que ao credor com penhor sobre o estabelecimento comercial assiste legitimidade para, se tal constar do contrato de constituição da garantia, se pagar pela venda judicial de apenas alguns bens que compõem o estabelecimento (por não haver qualquer obstáculo legal), com a única limitação da necessidade de autorização do locador se estiver em causa o direito ao arrendamento de um imóvel



Dáí que, uma vez dada em penhor uma universalidade, se posteriormente algum dos bens que a integram for penhorado, o credor com garantia sobre a universalidade tem preferência, relativamente ao produto da venda desses bens, sobre aquele a favor de quem tenha sido decretada a penhora, desde que na data em que esta ocorrer os bens em questão ainda fossem propriedade do constituinte das duas garantias.<sup>582</sup>

Mesmo os autores partidários da admissibilidade de penhor sobre universalidades reconhecem a existência de algumas dificuldades.

Desde logo, o princípio da especialidade, aceite como vigente para todos os direitos reais, postula uma determinação do objecto do direito, impedindo a oneração de coisas indeterminadas ou genéricas.<sup>583</sup>

Por outro lado, a necessidade de entrega do bem empenhado ao credor, exigida pelo regime tradicional do penhor, pode não assegurar de forma adequada os interesses do concedente da garantia – assim o impedindo de gerir convenientemente a universalidade – , muito embora a manutenção do conjunto no poder do empenhante não seja também uma solução meritória, pois colocaria em causa os legítimos interesses do credor.

Perante este cenário, duas são as soluções aventadas: uma delas passaria por, recorrendo ainda ao âmbito do regime civil do penhor, entregar a universalidade a terceiro; a outra, a adoptar nomeadamente para as universalidades mais importantes, residiria na criação de um registo, assim permitindo que o bem permaneça em poder do concedente da garantia.

Outro problema, directamente relacionado com a necessidade de entrega, prende-se com a possibilidade de o empenhador poder impedir a sujeição das novas coisas que venham a integrar a universalidade ao penhor, bastando, para isso, não as colocar em poder do credor.

Para contornar este obstáculo, poder-se-á considerar onerados os novos bens que venham a integrar a universalidade, a partir desse momento e sem necessidade de qualquer outra medida adicional, pelo penhor.<sup>584</sup>

A interrogação coloca-se em termos diferentes naqueles ordenamentos que expressamente reconhecem como possível objecto de penhor as universalidades, como acontece com o direito italiano (cfr. art.º 2784.º, n.º 2, do CCI)<sup>585 586</sup> e, desde a reforma de 2006, com o direito francês.<sup>587</sup>

---

<sup>582</sup> No mesmo sentido a propósito do estabelecimento comercial, mas com consideração extensíveis às demais universalidades, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171.

<sup>583</sup> Salientando este aspecto, por todos, Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1491, concluindo pela admissibilidade de penhor sobre um armazém de mercadorias (desde que se verifique a transmissão possessória e exista um acordo no sentido de o credor entregar ao empenhante as mercadorias vendidas por este no curso normal da sua actividade, bem como um pacto de sub-rogação consentindo a entrada no armazém de novos bens para substituir os que foram alienados) ou sobre bens (v.g. sapatos) que se encontrem ou venham a ser armazenados num dado local, mas não sobre uma biblioteca ou um rebanho (admitindo apenas a constituição de vários penhores sobre os diversos elementos que compõem a universalidade) ou sobre uma determinada percentagem dos bens de um sujeito ou de uma empresa, nem tão pouco de um tipo de bens (sapatos) identificados apenas pelo respectivo valor.

<sup>584</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 77.

<sup>585</sup> O anterior código civil italiano era omissivo a este respeito, mas Mirabelli, ob. cit., pág. 388 e segs., admitia já o penhor de universalidades, argumentando que a lei permitia dar em penhor “coisas móveis”, nas quais o Autor incluía “*gli oggetti contenuti nei negozi e quelli che formano una universalità di fatto*”, embora ressalvando a exigência legal de uma descrição da quantidade, medida e peso dos bens onerados (por outro lado, sustenta que, em regra, “*ciò che si è ordinatamente alienato venga sgravato dal pegno e ciò che si è nuovamente incorporato resti vincolato*”, excepto quanto se trate de bens não destinados a mutação ou renovação – com sucede com uma colecção de quadros de um colecionador – caso em que “*si considerano come pignorati soltanto i capi compresi al tempo del pignoramento*”).

A este respeito é particularmente interessante verificar que o recente Código Civil da Catalunha consagra duas hipóteses em que a garantia recai sobre mais do que um bem, mas é regulada como abrangendo o conjunto e não cada um deles individualmente considerado.

Assim, nos termos do art.º 569-16, n.º 2, considera-se como único objecto do penhor o conjunto de coisas cujo valor no comércio se determina tendo em conta o número, o peso ou o tamanho,<sup>588</sup> acrescentando o n.º 3 do mesmo preceito que poderão considerar-se como objectos unitários do penhor os conjuntos de valores (como acções, obrigações ou créditos), de acordo com a legislação pertinente.

A grande diferença entre ambas as previsões – para além do âmbito dos objectos oneráveis em cada um dos casos – reside na circunstância de, no primeiro, a configuração unitária dos diversos objectos da garantia resultar directamente da lei,<sup>589</sup> ao passo que no segundo será necessário um acordo expresso das partes no sentido de configurar os diversos objectos da garantia de forma unitária.<sup>590</sup>

Como consequência do carácter unitário da garantia, todos os objectos que dela fazem parte respondem conjuntamente pelo cumprimento da obrigação principal, não podendo os seus proprietários exigir a devolução de uma parte das coisas oneradas,

---

Também Chironi, ob. cit., pág. 456 e segs., sustentava idêntica posição, argumentando que o penhor “*non perde la qualità di speciale quando ha per oggetto una universalità di fatto, parte distinta, propria, del patrimonio generale*”, de tal modo que a garantia “*gravi soltanto l’insieme, in modo da dire, che uscita la cosa dall’universalità (la quale non perisce per questo), il pegno sussiste su di essa, e la cosa sia al tutto libera di peso*”, pelo menos sempre que as partes assim o convencionem (admitindo, no penhor de estabelecimento comercial, a existência de uma convenção tácita no sentido de “*il pegno distratto dalle merci alienate, ricada su di quelle sostituite ed esistenti nel tempo dell’esercizio dell’azione*”), de modo a que a garantia incidirá sobre os bens que integram a universalidade no momento da execução do penhor (já relativamente às universalidades de direito, é a própria lei que lhes atribui uma entidade jurídica própria, razão pela qual a susceptibilidade de direitos sobre o todo não oferece dúvidas).

<sup>586</sup> Apesar de, no direito espanhol, não existir qualquer preceito consagrando especificamente a empenhabilidade de universalidades, Cordero Lobato, Comentario cit., págs. 2144 e 2145, admite-o, esclarecendo que “*la especificación del objeto de la prenda podrá hacerse mediante una determinación cuantitativa o volumétrica del género gravado y donde las cosas sujetas al gravamen serán las que, dentro de tales límites, compongan la universalidad en el momento de la ejecución*”, invocando em seu favor o art.º 499.º do CCE que se ocupa do usufruto de rebanhos.

<sup>587</sup> Com efeito, o n.º 1 do art.º 2333.º, introduzido em 2006, dispõe que o penhor pode incidir sobre “*un bien mobiliere ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs*”. Reconhecem, em face do novo regime, a licitude de penhores sobre universalidades de facto, Aynès e Crocq, Les sûretés: la publicité foncière, Defrénois, 2009 (4.ª Edição), pág. 227, considerando que esta pode conter diversos bens presentes e futuros, unidos por esse elemento federador. Mais liberais ainda são Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., págs. 507 e 508, para quem a lei admite a dação em penhor de qualquer universalidade – e não somente das de facto -, consentindo que os elementos que as compõem possam ser renovados “*même s’il ne s’agit pas de choses naturellement fongibles et absolument indetiqués, sans qu’on puisse y voir la constitution d’un nouveau gage*”. Complementarmente e para os bens incorpóreos, prevê-se que o mesmo possa abranger, não apenas um determinado bem, mas também um conjunto de bens, presentes ou futuros, desta natureza (art.º 2355.º, n.º 1).

<sup>588</sup> Afirmando que, quando o penhor tenha por objecto mercadorias sujeitas ao giro comercial do devedor, bastará, para a sua determinação, a indicação das suas espécies, qualidades, localizações e valores, visto não ser possível, tendo em conta as constantes movimentações desses bens, fixar as respectivas quantidades, veja-se o Acórdão do STJ de 18/12/1951, in BMJ n.º 28 (1952), pág. 290 e segs. (acrescente-se que, no caso *sub judice*, todos os bens dados em penhor garantiam o cumprimento da mesma obrigação, apesar de nele se incluírem mercadorias, máquinas e ferramentas).

<sup>589</sup> Assim conclui Barrada Orellana, ob. cit., págs. 277 e 278, face do anterior art.º 15.º, n.ºs 2 e 3 da Lei catalã de garantias reais, entretanto revogada com a entrada em vigor do Código Civil da Catalunha, mas cujo teor era igual ao dos preceitos citados no texto (o Autor esclarece, ainda que as partes poderão, afastando o regime legal, especificar o objecto inicialmente genérico, criando uma pluralidade de objectos).

<sup>590</sup> Neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 277 e 279.

ainda que haja sido paga uma parte do crédito, conforme decorre do princípio da indivisibilidade do objecto do penhor.<sup>591</sup>

Mas, mesmo aqui se torna necessário estabelecer de que forma ocorrerá, nas universalidades, o desapossamento do devedor (e o conseqüente empossamento do credor),<sup>592</sup> asseverando RUBINO que serão “*as valorações económico-sociais*” a decidir quando ocorrerá a posse efectiva relativamente a cada tipo de universalidade, acrescentando não ser necessário o empossamento do credor quanto a cada um dos bens singulares que a integram.<sup>593</sup>

Neste contexto, será admissível afirmar que a especificidade do objecto do penhor releve em sede de conteúdo e de funcionamento do penhor, e não tanto no momento da sua constituição, não sendo, por isso, indispensável o empossamento efectivo do credor relativamente a todo e qualquer bem que venha a integrar a universalidade empenhada.<sup>594</sup>

Há quem analise a questão separadamente para as universalidades de facto e de direito, embora sem negar, de forma absoluta, a empenhabilidade de qualquer destes conjuntos de bens.<sup>595</sup>

---

<sup>591</sup> Acerca deste princípio, vide infra n.º 7 do Capítulo I.

<sup>592</sup> Como salienta Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 156, o art.º 2784.º, n.º 2, limita-se a consagrar a empenhabilidade as universalidades, mas não estabelece a forma de constituição de um penhor com semelhante objecto.

<sup>593</sup> *Il pegno cit.*, pág.207 (em sentido convergente, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 45). Por outro lado, em relação a cada uma das novas coisas que passe a integrar a universalidade, o citado Autor entende não ser de exigir um acto específico de empossamento para cada um deles, considerando que, encontrando-se a universalidade já em poder do credor, o simples facto de os novos bens integrarem esse conjunto torna-os, automaticamente, abrangidos pelo penhor. Já para Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 156, as modalidades de constituição de penhor sobre cada universalidade dependerão da particular natureza e destino dos bens onerados.

<sup>594</sup> Neste sentido, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 108 e 109, admitindo mesmo a existência de um dever do credor consumir ou substituir alguns bens componentes da universalidade, de modo a evitar o seu perecimento ou depreciação, desempenhando assim uma função de gestão no seu próprio interesse, mas também no do devedor (função essa reconduzível ao dever geral de conservação do bem onerado que impende sobre o credor pignoratício). Mais cautelosos se mostram Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 35, recusando, mesmo quando se trate de um bem fungível, que nas relações entre as partes o objecto empenhado possa ser substituído por outro sem o acordo de ambas (excepto quando estejamos perante um penhor irregular caso em que tal substituição é admissível e natural), aceitando que, face a terceiros, as partes possam, de comum acordo, substituir o quid onerado, “*ma si tratterà di un nuovo pegno che prende data dal momento della sua costituzione*” (o que reduz significativamente o interesse prático de tal substituição).

<sup>595</sup> Referimo-nos a Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 154 e segs., admitindo o penhor de universalidades de facto (entendidas como conjuntos de bens de natureza idêntica ou diversa, apenas corpóreos ou também incorpóreos, considerados como um objecto único susceptível de uma utilização global), tendo em conta o carácter fungível dos elementos que a compõem e que “*permet de substituer aux éléments de l’universalité, des éléments nouveaux de même valeur sans modifier l’object des droites qui portent sur l’universalité prise en elle-même, puisque celle-ci a une existence distincte de ses éléments qui la composent et que ceux-ci sont considérés au point de vue de leur caractère économique, de leur valeur pécuniaire et non dans leur individualité respective*” (embora entenda que, para justificar esta substituição, não será necessário recorrer à figura da sub-rogação real, pois a mesma “*s’explique en réalité simplement par les caractères généraux de l’universalité sans qu’il soit besoin de faire intervenir la notion de subrogation réelle*”). Quanto às universalidades de direito (entendidas como conjuntos de bens ligados entre si pela necessidade de responder a um passivo comum), o Autor nega, *a priori*, a sua empenhabilidade (alegando que “*il ne saurait être question de droits réels généraux portant sur l’universalité car il n’ya pas en réalité de mode d’utilisation de l’universalité en tant que telle; ce qui est utilisé ou approprié, ce sont les biens la composant ou leur valeur*”), embora admita, tomando como exemplo a divisão hereditária, a empenhabilidade da parte dessa universalidade por cada um dos herdeiros (realizando-se o desapossamento através da entrega do testamento ou, na falta deste, através da remessa do inventário). Relativamente ao modo de efectuar o desapossamento nas universalidades de

No que especificamente respeita às universalidades de mercadorias, uma solução aventada para a dação em penhor deste tipo de bens reside no recurso a garantias de tipo fluante<sup>596</sup> ou, em alternativa, apelando à figura da sub-rogação real.<sup>597</sup>

O problema do penhor de universalidades assume especial importância quando referido à susceptibilidade de a garantia pignoratícia ter como objecto o estabelecimento comercial,<sup>598</sup> sobretudo atendendo à circunstância de, ao contrário do que sucede noutras latitudes, o nosso ordenamento não possuir um regime específico regulando a colocação em penhor deste bem com características *sui generis* (apesar da sugestão nesse sentido

---

facto, se estas compreenderem unicamente bens corpóreos, será mister o desapossamento de cada um dos elementos que a compõem (através de um dos mecanismos previstos na lei); se, pelo contrário, as universalidades incluírem bens incorpóreos, como no caso do estabelecimento comercial, “*c’est la nature tant des éléments corporels que des objets extérieurs servant de symbole aux éléments incorporels ou à certains d’entre eux qui détermine le régime juridique de la sûreté s’appliquant à l’universalité envisagée globalement*”, o que poderá determinar a aplicação do regime do penhor ou da hipoteca (e, concomitantemente, a necessidade ou ausência de desapossamento).

<sup>596</sup> Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 378 e segs., aponta como exemplo as garantias constituídas sobre o estabelecimento comercial, embora duvide da bondade da sua extensão às mercadorias existentes nesses mesmos estabelecimentos, sobretudo na medida em que permite a oneração de bens futuros, cuja aquisição pode ter ocorrido com o auxílio dos credores cujo pagamento fica prejudicado. Não surpreende, por isso, que muitas das legislações excluam as mercadorias do âmbito das garantias que incidem sobre o estabelecimento comercial, propondo o Autor como alternativas a possibilidade de extensão às mercadorias por pacto expresso (mas apenas até metade do seu valor), a limitação da garantia sobre mercadorias àquelas cujo preço se encontre integralmente liquidado (embora a possibilidade de adquirir novas mercadorias pagas com o preço obtido com a venda de outras previamente adquiridas a crédito e não pagas ateste bem os vícios desta alternativa) ou, finalmente, determinando que a garantia atingirá apenas as mercadorias existentes na data de vencimento da obrigação garantida (apesar de esta hipótese apresentar o inconveniente de impor ao devedor a detenção das mercadorias totalmente pagas e desoneradas nessa data).

<sup>597</sup> Segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 346 e segs., este é o fundamento diversas vezes invocado para explicar por que razão a garantia sobre universalidades recairia sobre os bens onerados que, no momento da execução, se encontrassem integrados no âmbito de tais universalidades (e, como dispunha o art.º 1865-bis do CCE, “*En tal caso, las cosas pignoradas que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes*”). Tomando como exemplo o *pignus tabernae* e o (já revogado) art.º 1865-bis do CCE, nenhuma destas normas impunha que os novos bens entrados na universalidade fossem adquiridos com o produto da alienação das antigas (a segunda das normas citadas limitava-se a exigir a fixação prévia de um limite máximo, mas, ainda assim, “*Hay una obligación de reponer, pero tecnicamente la afección del gravamen no se produce por el fenomeno jurídico de la subrogación real, sino a través de la determinación sub specie universitatis del objeto de la prenda*”, não devendo por isso invocar-se a figura da sub-rogação real). Actualmente, a lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento impõe (cfr. art.º 22.º), em caso de garantia constituída sobre o estabelecimento comercial, a obrigação de repor um valor pré-fixado, dispondo igualmente que se encontram compreendidas as mercadorias e matérias primas que entrem posteriormente no estabelecimento, ainda que a quantidade destas exceda o valor mínimo acordado (de acordo com o Autor, devem entender-se sucessivamente oneradas todas as mercadorias e matérias primas entradas no estabelecimento, e não apenas as que, na data do vencimento da obrigação garantida, aí se encontrem): para além disso, o diploma legal em questão admite, no art.º 52.º, igualmente o penhor sobre as crias e os produtos de animais (norma esta que o Autor, apesar do silêncio da lei, interpreta como consentindo a constituição da garantia sobre uma universalidade, como um rebanho) e, no art.º 54.º, o penhor sobre colecções de objectos de valor artístico e históricos, como quadros, livros, esculturas e cerâmicas (e, segundo o Autor, como o objecto da garantia é o conjunto, “*los elementos posteriormente ingressados en el conjunto se entienden pignorados, pero sin que sea lícita la enajenación de los preexistentes, a no ser que se autorice en el título de constitución en los limites en el mismo determinados*”).

<sup>598</sup> Nos Acórdãos do STJ de 6/5/1993, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e de 29/11/2001, in CJ 2001 (Tomo III), pág. 125 e segs., no Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991, in CJ 1991 (Tomo III), pág. 308 e segs. e no Acórdão da Relação do Porto de 8/1/1998, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), entendeu-se que a constituição de penhor sobre o direito ao trespasse e arrendamento se deverá entender como a constituição de penhor sobre o próprio estabelecimento comercial.

de VAZ SERRA nos estudos que precederam a aprovação do actual Código Civil)<sup>599</sup> devendo, por isso a sua admissibilidade aferida em função do regime geral do penhor.<sup>600</sup>

A resposta a esta questão tem sido muitas vezes influenciada pela posição que se assumia relativamente a outra interrogação, qual seja a relativa à natureza jurídica do próprio estabelecimento,<sup>601</sup> interrogação esta comum a diversos ordenamentos.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> O Autor, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 44 a 46, propunha a obrigatoriedade de sujeição deste penhor a registo (o sistema proposto era o de admitir a dação em penhor, através de contrato escrito inscrito no registo da situação do estabelecimento, dos bens móveis compreendidos no inventário desse estabelecimento, efectuando-se o registo por referência a este último, de modo a que os terceiros pudessem esclarecer-se acerca dos bens nele compreendidos que estariam onerados; por outro lado, o penhor abrangeria os objectos posteriormente integrados no estabelecimento e, em sentido inverso, libertar-se-iam da órbita da garantia os objectos que, de acordo como uma administração regular, sejam alienados pelo devedor e retirados do estabelecimento antes de o credor executar judicialmente a sua garantia – embora reconheça que o sistema não é perfeito, nomeadamente no que respeita à sua publicidade, porquanto os objectos retirados do estabelecimento fora de uma administração regular poderiam ser adquiridos por terceiros na convicção errónea de se encontrarem desonerados).

<sup>600</sup> No mesmo sentido, Lopes dos Santos, ob. cit., pág. 20, concluindo, em conformidade, que será com base no regime geral dos penhores civil e comercial que cumprirá aferir da viabilidade do penhor de estabelecimento comercial. Ora, de acordo com este Autor, quer o regime do penhor de coisas, quer o regime do penhor de direitos são inviáveis para abarcar no seu seio o penhor de estabelecimento comercial. Quanto à primeira modalidade, não tanto por o estabelecimento não se incluir na noção de “certa coisa móvel” (pois sustenta que uma correcta identificação do estabelecimento satisfaz esta exigência), mas antes por entender que esta apenas se dirige às coisas corpóreas, sendo insusceptível de aplicação às coisas incorpóreas, relativamente às quais se afigura descabido conceber a sua entrega e a sua posse. Também o regime do penhor de direitos não se molda ao estabelecimento comercial, sobretudo porque significaria criar uma ficção entre a garantia o bem dado em garantia e porque o penhor de direitos se encontra regulado na lei como uma cessão de créditos em garantia, figura a que não se reconduz o direito sobre o estabelecimento comercial. Em face desta inadequação, sugere que o penhor de estabelecimento será um penhor misto ou global, comungando aspectos do penhor de coisas e de direitos, devendo fundar-se na base física do objecto da garantia com sujeição às regras do penhor de coisas (mas não podendo integrar bens imóveis), aplicando-se o regime do penhor de direitos aos bens desta natureza que integrem o estabelecimento (com excepção dos direitos sobre imóveis). Quanto à respectiva constituição, as coisas corpóreas terão que ser entregues ao credor (significando a entrega a assumpção, por parte do credor, da condução do estabelecimento), excepto quando se trate de penhor comercial ou bancário; por seu turno, o penhor sobre coisas incorpóreas e direitos constitui-se nos termos previstos para a respectiva transmissão.

<sup>601</sup> Consideraremos apenas, dada a exaustividade do tema, a posição dos Autores contemporâneos, podendo citar, desde logo, Gravato de Moraes, Alienação cit., págs. 181 a 188 (este Autor, depois de uma breve resenha crítica das principais teorias, opta por qualificar o estabelecimento comercial como “*uma imaterialidade sui generis*”, combinando a vertente organizativa e o perfil material, assim explicando a admissibilidade de posse e propriedade e, finalmente, respondendo às questões relativas à sua alienação e oneração global). Considerando como dominante a teoria que considera o estabelecimento comercial uma universalidade, vide o Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991, in CJ 1991 (Tomo III), pág. 309 e segs., no qual se mostra preferência pela qualificação do estabelecimento como uma universalidade de facto, ou seja, como uma coisa susceptível de relações jurídicas, (considerando a tal não obstar a circunstância de o art.º 206.º, n.º 1, exigir que a pluralidade das coisas móveis pertençam à mesma pessoa, pois tal condição encontrar-se-ia verificada mesmo quando o equipamento é alugado e o imóvel arrendado. Nestes casos, do estabelecimento comercial farão parte apenas o direito ao arrendamento e os direitos que derivem do contrato de aluguer). Pelo contrário Mota Pinto, ob. cit., págs. 102 e 103, descarta a qualificação como universalidade (de facto), alegando que o estabelecimento “*além de ter uma composição heterogénea, tem um valor que excede o valor somado dos elementos singulares que, numa perspectiva analítica, o compõem. É, assim, uma coisa composta, unificada pelo direito*” (ou seja, aquilo a que poderemos chamar uma universalidade de direito). Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 233, nota 664, noticia serem dois os entendimentos dominantes: um, qualificando o estabelecimento como uma coisa móvel incorpórea complexa sobre a qual podem recair direitos reais (neste sentido, Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial cit., Vol. I, pág. 250 e Orlando de Carvalho, Direito das coisas, Centelha, Coimbra, 1977., pág. 201), um outro fazendo apelo à figura da universalidade de facto, passível da constituição de um penhor de universalidades (Hugo Ramos Alves,

---

ob. cit., págs. 110 e 111, para quem o estabelecimento é “*uma pluralidade de coisas unificadas pelo seu destino, motivo pelo qual é configurado como uma coisa nova (face às coisas que o compõem) (...) porquanto o conjunto das coisas que o compõem ganham, sob o tecto de uma unidade, valor próprio*”). Recentemente, Cassiano dos Santos, Direito comercial português, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 293 e segs., rejeita a qualificação como universalidade de facto (alegando que estas englobam apenas coisas, enquanto o estabelecimento é composto também por direitos), assim como não aceita estarmos perante uma universalidade de direito em sentido próprio (uma vez que estas possuem uma unidade conferida pela ordem jurídica, ao passo que a empresa detém uma unidade intrínseca e funcional, que existe antes e independentemente do tratamento jurídico que lhe seja dado), concluindo que “*o estabelecimento é uma coisa composta, que é uma universalidade de direito sui generis, que partilha o tratamento unitário de que são objecto as universalidades de direito, mas que vai para lá das características dessas coisas compostas*”, acabando por, com esta ressalva, consentir na inclusão do estabelecimento no âmbito das universalidades de direito (ou seja, o estabelecimento é um bem incorpóreo, mas dotado de uma incorporalidade *sui generis*, que o distingue dos bens incorpóreos puros, que decorre de na sua raiz se encontrarem elementos de natureza predominantemente incorpórea). Finalmente, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171, apelidam o estabelecimento comercial de universalidade de direito.

<sup>602</sup> Gino Magri, ob. cit., pág. 22 segs., considera o estabelecimento como “*una aggregazione di valori avente contenuto essenzialmente vario e indeterminato*”, ou seja, “*quale universalità di elementi non può riguardarsi oggetto di diritto come una cosa corporale o incorporale. Soltanto gli elementi singoli, ciascuno secondo la sua natura particolare, possono essere oggetto di diritti. L'espressioni usuali (...) pegno di un'azienda non sono altro che modi sintetici per designare l'esistenza di quei diritti (...) do pegno sulle attività diverse di un'esercizio*”, pelo que conclui pela inviabilidade de um direito real sobre o estabelecimento comercial (partindo desta perspectiva, a necessidade, imposta por lei, do cumprimento de diversas formalidades de acordo com a natureza dos diversos bens que integram o estabelecimento, confirmaria a ausência de qualquer autonomia jurídica do estabelecimento). Porém, o Autor dá conta da existência de, pelo menos duas outras posições: uma, qualificando a empresa como um complexo de relações activas e passivas relativas ao exercício do comércio e sustentado que a entidade económica unitária que este complexo possui corresponde a uma entidade jurídica autónoma; outra, considerando o estabelecimento como composto por um conjunto de bens indispensáveis ao seu funcionamento, a maior parte dos quais de natureza incorpórea, qualificando-o como uma universalidade incorporal distinta dos diversos elementos que a compõem (o mesmo Autor alerta, socorrendo-se da análise dos trabalhos preparatórios, que em França, aquando da aprovação da Lei de 1/3/1898, a posição dominante apontava no sentido da qualificação do estabelecimento comercial como universalidade de direito). Já Franzo Grande, Pegno di azienda nel nostro ordinamento?, in Rivista di Diritto Commerciale, 1959, II, pág. 227 e segs., alude a duas grandes teorias, uma perspectivando o estabelecimento como uma realidade lógica que une os elementos que a compõem em consideração da respectiva destinação unitária, outra ontológica que apreende o estabelecimento como uma entidade distinta dos elementos que a integram, como um objecto de direito autónomo de natureza mobiliária: ora, optando pela primeira alternativa, o penhor sobre a “azienda” “*non può lasciar fuori dalla sua applicazione alcun suo elemento o viene meno, a quell'effetto, la considerazione unitaria*”; pelo contrário, seguindo a segunda hipótese, o penhor sobre o estabelecimento “*deve applicarsi necessariamente di riflesso a tutti i suoi elementi*” (o Autor propende para esta última posição e, por isso, invoca este argumento para negar a empenhabilidade do estabelecimento comercial *qua tale* – “*Se è vero che un istituto che si applichi all'azienda non deve lasciar fuori alcun suo elemento e se il c.d. pegno d'azienda ne lascia fuori gli elementi immobiliari (ed anche alcuni mobiliari) se ne deve dedurre che l'azienda non viene in considerazione come tale ma come beni atomisticamente considerati*” - excepto se este for composto exclusivamente por elementos de natureza mobiliária, mas, assim, o instituto perde grande parte do seu interesse, pois apenas seria aplicável quando do acervo de bens integrados no património social não constem bens imóveis ou móveis sujeitos a registo ou estes não sejam necessários ao seu funcionamento). Considera o estabelecimento comercial como uma universalidade de facto, distinta dos diversos elementos que a compõem e com um valor autónomo face a estes, Simon Quincardet, ob. cit., pág. 159 e segs., assinalando que “*L'unité de fonds est établie par la communauté d'affectation de ses éléments sans que cette identité de destination puisse empêcher ces éléments de pouvoir être considérés isolément et de faire l'objet de contrats ou d'actes juridiques particuliers*”, atribuindo-lhe natureza mobiliária (em razão do carácter móvel dos elementos que a compõem) e incorpórea (tendo em conta a existência de elementos como a clientela): de acordo com o Autor, esta perspectiva é comungada pela jurisprudência dominante e parece ter sido acolhida na Lei de 1909 (embora, antes desta lei, se colocasse a questão relativa à forma de desapossamento do constituinte da garantia, à qual alguns tribunais respondiam defendendo a entrega ao credor do acto de aquisição do estabelecimento e, eventualmente, do contrato de arrendamento relativo às instalações onde

Para além disso, não é pacífico se o penhor sobre o estabelecimento comercial deverá ser enquadrado no penhor de coisas, de direitos ou até qualificado como penhor misto ou global.<sup>603</sup>

A controvérsia acerca da admissibilidade deste tipo de garantia também se instalou no direito italiano, sendo o panorama legislativo semelhante ao lusitano (ausência de normas específicas relativas à constituição de penhor sobre o estabelecimento comercial *qua tale*), muito embora, como já se aludiu, o Código Civil italiano admita expressamente o penhor de universalidades.<sup>604</sup>

Alguns dos argumentos tradicionalmente aduzidos para negar a viabilidade da constituição de um penhor sobre o estabelecimento comercial são, designadamente, a sua natureza jurídica imaterial (e portanto insusceptível de desapossamento), o facto de dele fazerem parte (pelo menos na maioria dos casos) bens imóveis<sup>605</sup> (e, por isso, não passíveis de ser empenhados), a inexistência de norma legal que mencione o

---

o fundo se encontrava implantado). Qualifica o estabelecimento comercial como uma universalidade de facto, Legeais, Sùretés 2009 cit., pág. 394, enquanto Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 252 e 253, reconhece o carácter incorpóreo do estabelecimento, mas não toma posição quanto à sua concreta natureza jurídica (limitando-se a mencionar as duas teses predominantes, uma qualificando-o como uma universalidade – para alguns de facto, para outros de direito, para outros ainda *sui generis* –, outra identificando o estabelecimento com a sua clientela).

<sup>603</sup> A este respeito vide Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 23 a 25. Consideram este penhor como um penhor de direitos Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171.

<sup>604</sup> Para uma sùmula das principais posições defendidas neste ordenamento, vide Protettí, ob. cit., pág. 132, Autor este que dá igualmente conta de uma decisão judicial (do Tribunal de Nápoles, de 9 de Abril de 1953) no sentido da admissibilidade desta garantia. Qualificando expressamente o penhor de estabelecimento comercial como um penhor de universalidades de coisas corpóreas e incorpóreas, Gino Magri, ob. cit., pág. 20, mas, um tanto paradoxalmente, advogando – cfr. pág. 30 e segs. – que o objecto do penhor são os bens que compõem o estabelecimento – e não com o estabelecimento em si – argumentando que a garantia se vem a configurar como hipoteca sobre os bens imóveis, como um penhor com desapossamento sobre os bens móveis corpóreos e incorpóreos e como um penhor sobre direitos relativamente aos direitos de crédito. Merece especial destaque a obra de Franzo Grande, ob. cit., pág. 231 e segs., na qual o Autor dá conta que o facto de o art.º 2784.º do CCI prever, de entre os possíveis objectos do penhor, as universalidades não atenua as dúvidas pois, por estranho que possa parecer, é invocado, entre outros, para negar a viabilidade de um penhor sobre estabelecimento comercial, mesmo que se considere este como uma universalidade, pois o penhor sobre este tipo de bens apenas é admissível quando for composta exclusivamente por elementos móveis não registáveis (por isso, mesmo a legislação francesa que expressamente consagra o penhor da “azienda” não criou um verdadeiro penhor – por prescindir do desapossamento enquanto elemento constitutivo – e, por outro lado, “*gli immobili non sono considerati elementi aziendali, e la legge francese nell’ammettere la garanzia sull’azienda, stabilendo una categoria di elementi inclusi necessariamente vi ha compresso il diritto all’affitto (...) proprio perchè oggetto della garanzia fosse un’azienda in grado di funzionare, o tale garanzia non sorgesse affatto*”). Nesta conformidade, assegura que “*di una siffatta garanzia però, non si vedrebbe la ragion d’essere perchè escluderebbe la categoria di aziende più importanti*”, não se afigurando as garantias tradicionais (penhor e hipoteca) idóneas para abranger o estabelecimento comercial, tudo levando a crer que “*il legislatore attuale non abbia voluto ammettere la figura del c.d. pegno di azienda*” (como, aliás, se deduz dos trabalhos preparatórios, nos quais se afirma expressamente, tendo em conta as dificuldades em criar uma garantia real eficaz, “*non si è creduto di regolare il pegno sull’azienda (...) Il titolare dell’azienda potrà quindi ricorrere al credito solo mediante la concessione di quelle garanzie che sono consentite in relazione ai vari elementi costituenti l’azienda e nelle forme per ognuno di essi prescritte dalla legge*”). Todavia, o Autor admite ser minoritária a sua posição, dando conta de diversas decisões judiciais reconhecendo “*il pegno validamente costituito, per interservio possessionis, restando l’azienda in mano del debitore, col bell’effetto che i creditori aziendali erano privati a loro insaputa di ogni garanzia e per di più, facendo assegnamento sui beni dell’azienda, continuavano a far credito al commerciante*”, posição esta inspirada pelo benefício para o comércio jurídico que semelhante garantia representa (aspecto reconhecido por Grande, mas entendendo tratar-se de uma decisão censurável ao nível da política legislativa, mas inócua do ponto de vista do direito constituído)

<sup>605</sup> Argumento este utilizado, em face do direito italiano – cfr. Ciccarello, ob. cit., pág. 687, Montel, Pegno cit., pág. 791 e Realmonte, Il pegno cit., pág. 644.

estabelecimento comercial como bem empenhável e a circunstância de o objecto de penhor dever ser, em qualquer caso, uma coisa certa e determinada.<sup>606</sup>

Por força da necessidade de desapossamento, uma posição já antiga<sup>607</sup> na nossa doutrina considera, em face do direito vigente e do requisito incontornável da entrega do bem ao credor ou a terceiro, o penhor de estabelecimento comercial praticamente inviável,<sup>608</sup> muito embora advogue uma alteração legislativa no sentido de suprimir a entrega como requisito de constituição do penhor, substituindo-a pela obrigatoriedade de inscrição da garantia no registo comercial.<sup>609</sup>

No entanto e como o registo não assegura a posição do credor em termos cabais, seria necessário, para esse efeito, não permitir as alienações de bens integrados na normal actividade do estabelecimento e os demais actos de disposição prejudiciais ao credor (pelo menos se não forem compensados pela entrada no estabelecimento comercial de outros de idêntico valor), sancionando a violação destas proibições com normas de natureza penal.

Procurando remover este obstáculo, tem-se focado que aquele desapossamento se levará a cabo através da entrega ao credor dos bens singulares que compõem a universalidade (ou até, segundo alguns, daqueles suficientes para se poder considerar que o credor passe a ter nas suas mãos um estabelecimento comercial),<sup>610</sup> admitindo-se

---

<sup>606</sup> Invocando este argumento para negar a viabilidade do penhor do estabelecimento comercial vide, entre nós, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 685 e Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 861 e Parecer da PGR n.º 77/84, publicado no BMJ n.º 348 (1985), págs. 116 a 128. Também no direito alemão a ausência do requisito da especialidade constitui impedimento à dação em penhor do estabelecimento comercial, apenas se admitindo que a garantia incida sobre as coisas ou direitos individualizados que o compõem (neste sentido, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 302).

<sup>607</sup> Galvão Teles, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 1955, in O direito, n.º 87, pág. 339.

<sup>608</sup> De facto, apenas seria possível dar em penhor uma universalidade caso fossem entregues ao credor cada um dos objectos que a compõem.

<sup>609</sup> Esta substituição teria, ademais, a virtualidade de não impedir que o devedor continue a sua actividade comercial. Por estranho que possa parecer, a troca do desapossamento pelo registo é alvo de críticas, nomeadamente alegando que, não obstante qualquer interessado poder obter informações acerca da garantia através da sua simples consulta, “*su questa possibilite non è da fare alcun serio calcolo. Anzitutto la necessita di siffatte indagini è poco in armonia colla speditezza e frequenza delle operazioni del traffico: inoltre ognun comprende che potendo il pegno con somma facilità essere costituito da un momento all’altro e con questo mutarsi improvvisamente la situazione economica del commerciante, senza che avvenga alcun fatto manifesto agli occhi del publico, a rigore chiunque si trova o vuol entrare in rapporto di credito dovrebbe ad ogni singolo affare accertarsi della libertà della azienda*” (cfr. Gino Magri, ob. cit., pág. 43 e segs., concluindo que a criação de um registo, sobretudo se não público, não assume qualquer relevância) e, ironicamente, criticando o carácter oculto de um penhor constituído desse modo (“*un pegno senza la tradizione delle cosa materiali dell’azienda, non rimarrano ai terzi che i mezzi ordinari d’informazioni commerciali. Vale a dire il risultato della legge non sarà molto dissimile a ciò che sarebbe accaduto se essa avesse puramente e semplicemente consentita la validità del pegno occulto!*” – vide ult. ob. e loc. cit.), reforçando que a publicidade de facto (leia-se, desapossamento) constitui um indício exterior da situação jurídica dos bens móveis, sendo por isso o meio mais natural e espontâneo de publicidade (sugerindo que o registo apenas deverá ser aplicado às situações que, não fora a sua existência, a garantia permaneceriam ocultas).

<sup>610</sup> Gabrielli, Il pegno cit., pág. 166. Com base nesta a posição, a jurisprudência francesa do início do século XIX, admitia que o penhor fosse válido e eficaz, mau grado não terem sido observadas as formalidades necessárias relativamente a cada um dos elementos que o integram, mas tão somente as relativas aos bens essenciais da empresa, normalmente de natureza incorpórea (para uma crítica deste entendimento, vide Gino Magri, ob. cit., pág. 31 e segs., por entender que tal raciocínio conduz à existência de penhores ocultos).



até que o penhor se possa constituir, neste caso, por via de uma mera entrega simbólica, na modalidade de um constituto possessório.<sup>611</sup>

Facilmente se compreende que a entrega pode criar graves prejuízos para o devedor (que fica privado de um dos seus principais, senão único, meio de subsistência) e para o próprio credor (que pode não ter as aptidões necessárias para conduzir a vida da empresa empenhada), mas na inexistência de norma expressa que afaste a necessidade de desapossamento do devedor, parece ser este o único modo de constituição deste penhor.<sup>612</sup>

Por ser assim, o contrato de penhor de estabelecimento comercial apenas se perfeccionaria na medida e à medida que os bens integrantes do estabelecimento fossem consignados ao credor.<sup>613</sup>

Porém, as modalidades de constituição do penhor em relação a cada um dos elementos que integram o conjunto variam em função da respectiva natureza,<sup>614</sup> assim exigindo o desapossamento para as coisas corpóreas, a notificação para os créditos<sup>615</sup> e a correspondente modalidade para os outros direitos, apenas considerando ter existido desapossamento do próprio estabelecimento quando o controlo da gestão e o relativo exercício sejam conferidos ao credor.<sup>616</sup>

Por seu turno, alguns autores descartam a viabilidade de uma única garantia sobre o estabelecimento sempre que do património deste fizessem parte bens imóveis, admitindo unicamente o penhor sobre a globalidade do acervo mobiliário, o qual poderia ser constituído através de uma única declaração negocial.<sup>617</sup>

---

<sup>611</sup> Pronuncia-se neste sentido, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 112, embora caindo na contradição de afirmar que o penhor de estabelecimento é um penhor sem entrega e, mais adiante, declare que a sua constituição de processa através de uma entrega simbólica, nos termos da qual “*o credor pignoratício vê-se investido na posse, ficando o empenhador na posição de mero detentor, o que equivale a dizer que o empenhador, em tudo quanto respeita ao penhor, possui o objecto em nome do credor pignoratício, dado que a entrega simbólica pode ser efectuada por via do mero constituto possessório*” (o Autor procura contornar a proibição decorrente de a constituição do penhor através de entrega simbólica apenas poder ocorrer nos casos expressamente previsto na lei, alegando as hipóteses consagradas no art.º 398.º do Código Comercial “*mais não são do que meras exemplificações do princípio-reitor que subjaz a tal parágrafo, i.e., a possibilidade de constituir penhor mediante entrega simbólica da coisa empenhada*”). Esta forma de constituição da garantia não obsta a que o empenhante continue a exercer a sua actividade – designadamente alienando ou substituindo alguns dos elementos que integram o estabelecimento, até porque será esse o seu destino normal – uma vez que, se tal não fosse possível, ficaria inutilizada a principal fonte de rendimento do empenhante, com isso se prejudicando igualmente o credor pignoratício.

<sup>612</sup> Ou, como refere Lopes dos Santos, ob. cit., pág. 23, “*a função sócio-económica exige que o estabelecimento comercial se mantenha na posse do comerciante*”.

<sup>613</sup> Para Gino Magri, ob. cit., pág. 35 e segs., o contrato é, simultaneamente, “*constitutivo del diritto di garanzia (...) su taluni fra gli elementi e di un’obbligazione del debitore di costituire la garanzia su altri elementi (contratto preliminare)*”.

<sup>614</sup> Cfr. Realmonte e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 45, argumentando que o CCI não estabelece qualquer forma de constituição específica para o penhor de universalidades.

<sup>615</sup> Excepto, eventualmente, para os créditos nascidos após a assunção, por parte do credor, do exercício do estabelecimento, para os quais não se exigiria qualquer notificação.

<sup>616</sup> A menos que as partes disponham que a actividade da empresa cesse, hipótese esta marginal. Se assim for, aliás, dever-se-ia, provavelmente, considerar existir um penhor sobre as coisas que compõem a universalidade individualmente consideradas.

<sup>617</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 208. e o já citado Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991, no qual se limita a empenhabilidade do estabelecimento comercial aos casos em que este deva ser considerado uma coisa móvel, admitindo-o, por isso, *in casu*, na medida em que a empresa em questão laborava num prédio arrendado (e, como se constata no aresto, “*não faz parte dos elementos que o compõem qualquer bem imóvel*”). Esta última decisão suscita-nos duas dúvidas. A primeira, diz respeito à potencial natureza imóvel do direito ao arrendamento, por força da alínea d) do n.º 1 do art.º 204.º (uma vez que, na esteira da doutrina dominante, o direito ao arrendamento não possui carácter real). A segunda, prende-se com uma incongruência a que pode conduzir a tese defendida no Acórdão, uma vez que, se o estabelecimento

A este motivo contrapõe-se a existência de estabelecimentos comerciais cujo acervo é exclusivamente mobiliário<sup>618</sup> ou, mais ainda, que mesmo a existência de bens imóveis não exclui um penhor sobre a generalidade dos bens móveis, considerando que estes constituem uma empresa<sup>619</sup> ou afirmando, em termos análogos, a natureza mobiliária do estabelecimento comercial (independentemente dos elementos que o acompanham).

Outro dos argumentos invocados – a ausência de norma expressa que consagre o penhor de estabelecimento comercial como possível objecto de penhor – assume no nosso ordenamento contornos ainda maior relevância (em confronto com o ordenamento italiano), na medida em que a nossa legislação não indica, ao menos de forma expressa, as universalidades como bens empenháveis.<sup>620</sup>

Desde logo, saliente-se que o simples facto de não existir qualquer diploma avulso a permitir e/ou regular a constituição de penhor sobre o estabelecimento comercial não revela, por si só, a inviabilidade de a garantia pignoratícia poder incidir sobre aquele tipo de bens, sob pena de negarmos a empenhabilidade de qualquer bem para o qual inexista legislação específica.<sup>621</sup>

Noutra ordem de considerações, saliente-se que mesmo quando respeitados os requisitos legalmente impostos para a empenhabilidade dos bens em geral,<sup>622</sup> o desapossamento do constituinte levanta uma interrogação adicional: se a lei consagra, para as situações inerentes à vida social e com vista à sua publicitação, o registo comercial, e este não exclui os registos estabelecidos para a constituição de direitos reais sobre alguns dos bens que integram o património social, a exigência de desapossamento (e não do registo comercial) “*comme elemento constitutivo del c.d. pegno di azienda, è un'altra conferma che esso cade sui singoli beni mobili*”.<sup>623</sup>

Finalmente, há ainda quem recuse a empenhabilidade autónoma do estabelecimento comercial argumentando que “*os recursos integrais do devedor não*

---

funcionar num imóvel propriedade do mesmo titular o penhor será inadmissível (tendo em conta a natureza indiscutivelmente imobiliária deste último bem), mas, ao invés, será viável se estiver sediado num imóvel arrendado, o que conduzirá ao resultado paradoxal de não serem empenháveis aqueles estabelecimentos cujo valor seja incrementado pela propriedade do imóvel onde se encontrem instalados, mas já o serem aqueles que funcionem em instalações alheias!

<sup>618</sup> Equiparando estes casos àqueles em que os elementos imobiliários, embora existam, não sejam essenciais à existência do estabelecimento, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 40.

<sup>619</sup> Neste sentido, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 166. Caso os bens móveis não constituam, por si só, um estabelecimento, poder-se-ia – prossegue o mesmo Autor - eventualmente falar em penhor de estabelecimento apenas se aos bens móveis fossem adicionados outros elementos que permitissem ao credor gerir a empresa (como, por exemplo, através do arrendamento ao credor pignoratício do imóvel que integre o estabelecimento até à data de extinção do crédito garantido).

<sup>620</sup> Utiliza este argumento Galvão Teles, Anotação cit., pág. 338 e segs., para negar a empenhabilidade do estabelecimento comercial, considerando que “*enquanto o não fizer, não poderá igualmente fazê-lo o intérprete*”.

<sup>621</sup> Este argumento apresenta-se, em nosso entender, o menos consistente, porquanto a sua invocação permite exceptuar do âmbito do penhor qualquer objecto (excepto aqueles expressamente enumerados nas leis avulsas que foram criando regimes especiais). Salvo melhor juízo, a exclusão de um bem móvel não hipotecável do alcance do penhor apenas poderá resultar do não preenchimento dos requisitos gerais que condicionam a dação em penhor de qualquer bem.

<sup>622</sup> Enumerados no anterior n.º 3 do Capítulo I.

<sup>623</sup> Neste sentido, Franço Grande, ob. cit., págs. 232 e 233, assegurando ainda que, mesmo se o credor pignoratício pretender inscrever a sua garantia sobre a empresa no registo comercial não o poderá fazer, porque a tal se opõe o princípio do *numerus clausus* das situações averbáveis nesse registo, das quais consta a constituição de penhor sobre o estabelecimento (por outro lado, acrescenta que tal conclusão é aplicável mesmo quando, como sucede em França, a constituição do penhor de estabelecimento esteja sujeita a registo, uma vez que também aí não basta a inscrição no registo comercial, sendo ainda indispensável uma inscrição noutra registo).

*devem ser absorvidos por um só credor, o que arruinaria o crédito comercial, em vez de auxiliá-lo*”.<sup>624</sup>

Não sem reconhecer a pertinência destas objecções, recusamos que as mesmas obstem ao reconhecimento e à legitimidade de um penhor sobre o estabelecimento comercial, cabendo, a este respeito, enumerar algumas razões privativas do nosso ordenamento que podem sustentar tal interpretação.

Desde logo, a importância que esta figura assume na *praxis* negocial, além de atestar a sua quase indispensabilidade, apenas deverá conduzir ao seu repúdio caso circunstâncias absolutamente gravosas o determinem.

Não espanta, por isso, que a jurisprudência<sup>625</sup> e a doutrina mais recente<sup>626</sup> se inclinem no sentido de admitir um penhor com este objecto, não sem que desconheçamos a existência de posições dissonantes.<sup>627</sup>

---

<sup>624</sup> Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 389, acrescentando o perigo para terceiros resultante da ausência de desapossamento desta garantia, imposta pela necessidade de continuação da actividade comercial por parte do devedor empenhante.

<sup>625</sup> Designadamente, os Acórdãos do STJ de 25/1/1955, in Revista dos Tribunais, n.º 73 (1955), pág. 17 e segs. e também in O direito, n.º 87, pág. 336 e segs. (com anotação, crítica, de Inocêncio Galvão Teles), de 6/5/1993, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), (no qual se citam várias posições doutrinárias no mesmo sentido), e de 29/11/2001, in CJ, 2001 (Tomo III), pág. 125 e segs., da Relação de Évora de 18/6/1991, in CJ 1991 (Tomo III), pág. 308 e segs. (embora apenas se o estabelecimento comercial for considerado uma coisa móvel), da Relação do Porto de 20/6/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e da Relação de Coimbra de 22/6/1999, in CJ 1999 (Tomo III), pág. 42 e segs.. De entre estes, merecem especial referência os Acórdãos da Relação de Évora e de 18/6/1991 e do STJ de 6/5/1993, proferidos no mesmo processo, tendo o segundo destes arestos confirmado o primeiro (quanto à argumentação invocada, vide Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 9 e 10, salientando este Autor o aspecto, não despreciando, de no processo em causa o estabelecimento comercial funcionar em imóvel arrendado).

<sup>626</sup> Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171 (salientando que “*não obstante a perplexidade que suscita a existência de uma garantia real sobre uma universalidade de direito (o estabelecimento comercial), parece de aceitar a sua viabilidade como penhor de direitos*”, esclarecendo ainda que, na vigência da garantia, o empenhante pode alienar as mercadorias e mesmo substituir alguns dos bens móveis que compõem o estabelecimento, sem que tais actos impliquem incumprimento e, por outro lado, “*Se o estabelecimento vier a ser, mais tarde, penhorado, sobre os bens que o integram à data da penhora e que estejam na propriedade do autor do penhor há uma preferência do credor pignoratício*”), Salvador da Costa, ob. cit., pág. 31 (mas apenas desde que o estabelecimento seja composto unicamente por bens móveis e ou direitos), Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 302, António Caeiro, Voto de vencido in Parecer da PGR cit., pág. 126 (este último Autor, apesar de recriminar a omissão legislativa no que respeita à aprovação de regras específicas para o este tipo de penhor, assevera que o penhor de estabelecimento comercial é válido, mesmo em face do regime geral vertido no Código Civil, designadamente por entender que a referência a “certa coisa móvel” contida no art.º 666.º, n.º 1, abrange igualmente as coisas incorpóreas como o estabelecimento comercial. Para além disso, assegura que o estabelecimento comercial sempre foi e continua a ser objecto de vários negócios, a maior parte dos quais com escassa ou nenhuma regulamentação legal), Mota Pinto, ob. cit., pág. 101 e segs. (considerando-o como objecto possível de direitos reais, embora não aludindo expressamente à sua empenhabilidade, porquanto a lei o trata “*como se constituísse uma coisa única para muitos efeitos, nomeadamente para o de admitir uma transferência unitária do estabelecimento (o chamado trespasse). Em matéria de reivindicação admite, igualmente, a lei que o estabelecimento seja objecto de uma única acção de reivindicação, o que implica ser ele aqui tomado globalmente (...). Da mesma forma pode haver um usufruto de um estabelecimento globalmente considerado e não das várias coisas que o integram*”), Gravato Morais, Alienação cit., págs. 158 a 164 (sustentando que tal admissibilidade resulta dos diversos preceitos legais a que se faz menção infra no texto – em especial do relativo ao EIRL - , para além de satisfazer necessidades essenciais do comércio jurídico, surgindo o penhor de estabelecimento como “*mero corolário da caracterização daquele quid como unidade jurídica*”), Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 234, nota 664 (citando ainda a posição convergente de Menezes Cordeiro) Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 109 e segs. (invocando, a favor da admissibilidade de um penhor com este objecto, o expreso reconhecimento da alienação definitiva ou temporária do estabelecimento, a empenhabilidade do EIRL), Cassiano dos Santos, ob. cit., pág. 295 e Rui Pinto Duarte, ob. cit., págs. 232 e 233 (invocando alguns argumentos enumerados no texto – como a empenhabilidade do EIRL e a

Noutra ordem de considerações e socorrendo-nos agora de considerações de carácter mais jurídico, diremos que o legislador luso admite a alienação, definitiva ou temporária, total ou parcial, do estabelecimento comercial (através de negócios a que chama *trespasse* ou *transmissão*)<sup>628</sup>, não se vislumbrando qual o motivo para inviabilizar um negócio de conteúdo menos gravoso<sup>629</sup> e que, noutra óptica, pode até acabar por produzir o mesmo efeito de transferência da propriedade para terceiro.

---

possibilidade de penhora de estabelecimento comercial – e a susceptibilidade de posse deste tipo de bens – acerca deste último aspecto, vide supra em nota), posição também subscrita por alguns Autores mais antigos (cfr. Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 232 e Barbosa de Magalhães, *apud* Lopes dos Santos, ob. cit., pág. 27). Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 128, no seu ante-projecto de Código Civil, continha um preceito (art.º 9.º), dedicado ao penhor de estabelecimento, do qual constavam os seguintes aspectos: necessidade de contrato escrito e de inscrição no registo; suficiência da menção da universalidade (sem necessidade de identificar todos os bens que o compõem); e a inclusão dos objectos que passem a integrar o estabelecimento e subtracção daqueles que entretanto sejam alienados, em qualquer dos casos se tal ocorrer no âmbito de uma administração regular (sendo os bens retirados em condições diferentes, o penhor não seria oponível a terceiros de boa fé).

<sup>627</sup> Em especial, Lourenço Martins, Parecer da PGR cit., págs. 120 e segs., baseando a sua conclusão em dois argumentos principais. Antes de mais, na inexistência de um regime especial admitindo e regulando o penhor sobre estabelecimento comercial (nem mesmo o Decreto-Lei n.º 42825, de 29 de Janeiro de 1960, que admite a constituição de penhor, sem desapossamento, a favor do Fundo de Turismo, sobre objectos móveis dos estabelecimentos hoteleiros: o citado Autor argumenta que esse diploma se refere a *“objectos dados em penhor, o que significa coisas certas e determinadas, aludindo-se no preâmbulo, aos móveis e utensílios”*, concluindo poderem empenhar-se alguns bens – mas, quanto às mercadorias, sem grande utilidade prática, na medida em que aquele diploma proíbe a modificação e alienação das mesmas - que integram o estabelecimento, mas não o próprio estabelecimento). Depois, porque, em face do regime do Código Civil se afigura inviável a constituição de um penhor com semelhante objecto, fundando tal conclusão na omissão de qualquer referência ao penhor de universalidades, omissão essa entendida como significando uma remissão para regimes especiais (ao contrário, por exemplo, da proposta de Vaz Serra, na qual existia uma norma específica relativa ao penhor de universalidades e, mais ainda, sobre o estabelecimento de estabelecimento comercial) e também na dificuldade adicional resultante do facto de os elementos componentes da universalidade deverem pertencer ao mesmo sujeito (cfr. art.º 206.º), circunstância que nem sempre se verificará com o estabelecimento comercial. Em suma, conclui que *“a constituição de garantia sobre o estabelecimento suscitou e suscita fortíssimas dúvidas quando a lei a não regula expressamente (...) Com efeito, não é fácil compatibilizar o interesse de fazer funcionar o estabelecimento como organismo vivo, com os interesses de certo tipo de crédito que, para ser viável, exige o desapossamento impossível de garantir com segurança em caso de valores imateriais: haverá também oposição entre o credor pignoratício e os credores com privilégios especiais sobre outros elementos do conjunto ou com os credores comuns da empresa”*. Para uma súmula dos argumentos utilizados neste Parecer contra a admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial, vide Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 11 e 12. Negam igualmente a empenhabilidade do estabelecimento comercial Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 685 e Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 861 (por negarem a constituição de penhores sobre universalidades, sobretudo tendo em conta a necessidade de o bem dado em garantia, nos termos do n.º 1 do art.º 666.º, ter de ser certo e determinado).

<sup>628</sup> Embora nenhuma norma regulamente o *trespasse* de estabelecimento comercial (entendido, de acordo com Gravato de Morais, *Alienação* cit., pág. 78 e segs., como o negócio oneroso, inter vivos e normalmente oneroso que tem por objecto aquele estabelecimento, abrangendo a venda - voluntária, executiva e insolvential, quanto a esta última nos termos do art.º 162.º do CIRE -, a troca ou a dação em cumprimento), a ele alude o art.º 1112.º, n.º 1, alínea a) e n.º 4. Já o Código do Trabalho refere-se, em diversos dos seus preceitos (art.ºs 285.º a 287.º, 346.º e 498.º), à figura da transmissão, total ou parcial, do estabelecimento comercial, bem como à respectiva cessão e reversão de exploração.

<sup>629</sup> Chamamos aqui à colação o chamado argumento *a maiori ad minus*, de acordo com o qual a lei que permite o mais também permite o menos, ilustrado por Baptista Machado, Introdução ao direito e ao discurso legitimador, Almedina, 2011, pág. 187, precisamente através do seguinte exemplo *“se um indivíduo pode alienar determinados bens, também poderá onerá-los”*.

Em termos mais vastos, é defensável que a natureza de coisa – composta, é certo – do estabelecimento comercial o torna passível de qualquer direito real, incluindo de garantia, e até mesmo de posse.<sup>630</sup>

Quanto ao obstáculo resultante da difícil compatibilização do princípio da especialidade dos direitos reais com a constante mutação dos bens que integram o estabelecimento comercial – e este é um aspecto comum à generalidade das universalidades – afirma-se que “*o objecto da garantia não é, rigorosamente, cada um dos seus elementos constitutivos, mas a universitas como tal. Os elementos singulares são objecto da garantia apenas duma forma indirecta e porque constituem o substractum da universitas. Esta é que é propriamente o objecto do penhor.*”<sup>631</sup>

Aliás, se o princípio da especialidade, comum à generalidade dos direitos reais, inviabilizasse o penhor de estabelecimento comercial, este objecto não poderia ser alvo de nenhum direito real: ora aí está a realidade a desmenti-lo, ao admitir a penhora do estabelecimento comercial (art.º 682-A, do CPC)<sup>632</sup> e a hipoteca de fábrica (art.º 691.º,

---

<sup>630</sup> Assim, Cassiano dos Santos, ob. cit., págs. 293, 295 e 297, concluindo, em consequência, que como “*Objecto unitário de direitos reais e de posse, o estabelecimento pode ser objecto, nos termos gerais, de acção de reivindicação e de acção de restituição de posse. Nesses casos, cada elemento é entregue ou restituído de acordo com o título a que está integrado na empresa*”. Relativamente à susceptibilidade de posse, cumpre citar Rui Pinto Duarte, ob. cit., págs. 301 e 302, alegando que “*seria incongruente que, possibilitando a lei a penhora do estabelecimento comercial (e o penhor do estabelecimento individual de responsabilidade limitada), fosse negada a possibilidade de posse*” e, sobretudo, porque o estabelecimento, enquanto tal, pode ser objecto de propriedade e “*da verificação que são vários os casos em que é lícito tomá-lo como objecto unitariamente transferível*”, citando como favoráveis à posse do estabelecimento os Acórdãos da Relação de Lisboa de 30/10/1990, de 8/3/1994 e de 9/6/1994, da Relação do Porto de 28/4/1987 e de 1/2/1990, da Relação de Évora de 12/6/1997 e do STJ de 15/6/00, apesar de neste último apenas se tenha considerado admissível a usucapião relativamente aos elementos corpóreos do estabelecimento).

<sup>631</sup> Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 39. O mesmo Autor prossegue sustentando que a variação dos objectos que compõem o estabelecimento comercial é inerente à natureza mutável da vida comercial.

<sup>632</sup> No sentido da qualificação da penhora como direito real de garantia vide, por todos, Remédio Marques, Curso de processo executivo comum à face do código revisto, Almedina, 2000, pág. 275, afirmando que “*a penhora implica a constituição de um direito real de garantia de origem legal – mas judicialmente constituído -, que radica, a um tempo, numa natureza publicista e privatista*” que desempenha “*uma função instrumental de asseguramento da realização de um crédito, por intermédio ou com a cooperação de um órgão estadual*”, conferindo ao seu beneficiário poderes de sequela – uma vez que pode, com a cooperação do tribunal, ser oposta a qualquer subadquirente - e de preferência, ainda que limitada, uma vez que cessará em caso de levantamento da penhora ou de insolvência do executado (mesmo para quem duvide do carácter real da penhora, é indiscutível a sua qualificação como uma causa legal de preferência, atento o disposto nos art.ºs 604.º, n.º 2 e 822.º). Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 17 a 20, reconhece no regime da penhora de estabelecimento comercial alguns aspectos com relevância para o estudo do penhor sobre o mesmo objecto: desde logo e nos termos do n.º 1, a necessidade de inclusão, no auto de penhora, dos bens que essencialmente integram o estabelecimento, mas não de todos eles (cabendo ao credor optar se o objecto da penhora será o próprio estabelecimento ou, ao invés, o conjunto de bens que o integra); por outro lado, o facto de a penhora não implicar necessariamente a interrupção da actividade do estabelecimento, assim admitindo que nela sejam incluídos os bens alienados no decurso dessa actividade e a ela acrescentando os que entretanto venham a integrar tal património (n.ºs 2 e 3); em caso de concurso com garantias sobre os bens que integram o estabelecimento, a penhora prevalece perante os constituídos em data posterior, mas cede diante dos surgidos em momento anterior (n.º 5 – o Autor critica aquela prevalência, atenta a falta de publicidade da penhora); quando o penhor incida sobre bens sujeitos a registo, a inscrição é necessária, pelo menos para impedir uma posterior penhora sobre os mesmos bens (n.º 6); por último, a circunstância de o n.º 1 remeter para o regime do penhor de créditos, sempre que do acervo do estabelecimento constem bens desta natureza, como seja o direito ao arrendamento. Para além disso, o mesmo Autor, ob. cit., pág. 43, apesar de reconhecer que “*Não faz sentido penhorar o estabelecimento comercial e recusar-se a constituição da garantia*”, entende haver uma diferença relevante, porquanto a penhora abrange o estabelecimento em todos os seus elementos, ao passo que o penhor não abrange os imóveis (vide págs. 49 e 50).

n.º 2)<sup>633</sup> e, quiçá mais importante, o art.º 901-A, do CPC (no qual expressamente se alude à existência de credores com garantia real sobre o estabelecimento comercial).<sup>634</sup>

Existe, aliás, um tipo de estabelecimento comercial relativamente ao qual a lei, de modo inelutável, consente a respectiva empenhabilidade: trata-se do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL)<sup>635</sup> nos termos do art.º 21.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, afirmando tal preceito expressamente que este penhor não implica o desapossamento do devedor e a consequente entrega do estabelecimento ao credor, ficando os seus efeitos dependentes da inscrição no registo comercial.<sup>636</sup>

Há até quem retire desta norma um princípio geral, aplicável por força da *analogia iuris*, de não desapossamento no penhor de estabelecimento comercial, tendo essa oneração de ser acompanhada de publicidade face a terceiros.<sup>637</sup>

Não esquecer, ainda, que o próprio Código das Sociedades Comerciais, no art.º 246.º, n.º 2, alínea c), alude à locação, alienação e oneração do estabelecimento, atribuindo aos sócios, salvo estipulação em contrário constante do pacto social, competência para deliberar sobre estas matérias.<sup>638</sup>

---

<sup>633</sup> Pese embora não ignorarmos que, no caso da hipoteca de fábrica, a necessidade de inventariação de todos os bens móveis que a integram consinta a respectiva individualização e, por conseguinte, a não violação do princípio da especialidade. Por outro lado, Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 16 e 17, entende que a principal diferença entre o penhor de estabelecimento e a hipoteca de fábrica é que o objecto desta última são os bens móveis e imóveis identificados, ao passo que o primeiro incide sobre o estabelecimento individualmente considerado.

<sup>634</sup> Para além disso, em matéria de usufruto admite-se inequivocamente que este direito possa incidir sobre uma universalidade de facto (art.º 1462.º, embora sem referência ao estabelecimento comercial), assim contribuindo para a relativização do princípio da especialidade.

<sup>635</sup> Apontando esta consagração expressa do penhor de um estabelecimento comercial, ainda que com características específicas, como um indício da possibilidade de conceder em garantia tal bem, vide o já citado Acórdão do STJ de 6/5/1993, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (realçando que, no preâmbulo do diploma que criou o EIRL, o legislador terá afastado a concepção do estabelecimento como uma coisa imaterial – ao defini-lo como “*um conjunto organizado de meios através dos quais o comerciante explora a sua empresa*” – e, além disso, a necessidade da entrega do bem empenhado ao credor) e também Gravato de Moraes, Alienação cit., págs. 158 a 160 (retirando, inclusivamente, do regime consagrado para o penhor EIRL – bem como para a locação e o usufruto do estabelecimento – a necessidade de o penhor do estabelecimento comercial estar sujeito a forma escrita).

<sup>636</sup> Desvalorizando este argumento enquanto fundamento da consagração legal da possibilidade de dação em penhor do estabelecimento comercial, Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 14 a 16 (considerando, nomeadamente, que o EIRL é uma realidade distinta do estabelecimento, constituindo antes um património autónomo, pelo que o objecto do penhor será este património e não aquele estabelecimento). Porém, o mesmo Autor reconhece que da consagração legal da empenhabilidade do EIRL resultam duas consequências relevantes para o penhor de estabelecimento comercial: desde logo, o facto de aquele penhor não exigir o desapossamento do devedor, sendo a sua publicidade assegurada através da necessidade de redução a escrito, da sua inscrição no registo e posterior publicação no Diário da República é um mecanismo que merece aplausos; por outro lado, as analogias com o objecto do penhor de estabelecimento podem ser evidentes, como sucederá quando, entre o momento do nascimento da garantia e da sua execução, se altere o objecto da garantia (ou seja, quando o penhor não incide sobre uma coisa certa, mas antes sobre uma universalidade mutável).

<sup>637</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 263, recusando a analogia *legis* – uma vez que, não se encontrando o estabelecimento sujeito a registo, não se poderia registar o penhor –, socorre-se da analogia *iuris* para justificar a aplicação do princípio mencionado no texto ou, se assim não se entender, através da criação de uma norma *ad hoc* por via do art.º 10.º, n.º 3.

<sup>638</sup> Escudando-se no disposto neste preceito, no Acórdão do STJ de 22/11/1995, in BMJ n.º 451 (1995), pág. 460 e segs., decidiu-se que a constituição de um penhor sobre o estabelecimento comercial depende de prévia deliberação dos sócios, admitindo, porém, a validade do penhor constituído após deliberação dos gerentes dessa sociedade, desde que o contrato de sociedade lhes tiver conferido tal poder ou se forem os únicos sócios dessa sociedade (considerando, neste segundo caso, estarmos perante uma deliberação tácita dos sócios).

Para além disso, o art.º 1682-A, n.º 1, alínea b), alude à oneração de estabelecimento comercial, embora sem identificar qual o ónus que sobre o mesmo possa ser constituído.

Finalmente, existe uma outra norma, de natureza processual, que alude à figura do penhor de estabelecimento comercial (cfr. art.º 1.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 274/97, de 8 de Outubro, que exceptua da aplicação do respectivo regime as execuções em que o bem exequendo seja tal estabelecimento).

Considerando um outro aspecto, cabe realçar a natureza mercantil do penhor constituído sobre o estabelecimento comercial, assim legitimando a sua constituição nos termos do Código Comercial, ou seja, mediante simples tradição simbólica.<sup>639</sup>

Há até quem vá mais longe e consinta a constituição de um penhor de estabelecimento sem desapossamento, quando esta formalidade não seja exigida constituição da garantia, como sucede com o regime do penhor bancário,<sup>640 641</sup> ou através da oneração das participações sociais.<sup>642</sup>

---

<sup>639</sup> Neste sentido, expressamente, o Acórdão do STJ de 25/1/1955, in O direito, ano 87, pág. 336 e segs., considerando que, após a entrega simbólica, o devedor se converteria em possuidor em nome alheio (do credor), na qualidade de fiel depositário (considerando mesmo que, até em face do regime do Código Civil, o penhor não enfermava de nenhum vício, na medida em que o devedor assume a qualidade de fiel depositário) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 112. Contra, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 42, por considerar que a entrega simbólica deixaria desprotegido o credor e, sobretudo, os terceiros que continuariam a acreditar, erroneamente, na ausência de ónus sobre o estabelecimento (apenas admitindo a constituição do penhor nos termos da lei civil, isto é, mediante entrega efectiva do bem ao credor ou a terceiro) e Galvão Teles, Anotação cit., págs. 339 e 340, aduzindo as mesmas razões e ainda outras de carácter sistemático: “*Como se compreenderia que em 1939 o legislador tivesse publicado tal Decreto-Lei a autorizar a constituição válida do penhor sem entrega a favor dos Bancos, rodeando essa constituição do máximo possível de cautelas, se pela lei geral já o penhor (pelo menos o mercantil) se pudesse constituir assim a favor de qualquer credor, aliás sem as mesmas cautelas? A intervenção legislativa, dominada pelo confessado propósito de facilitar o crédito bancário, teria tido como resultado dificultá-lo...*” e por contestar que a continuação do estabelecimento em poder do devedor, mesmo a título de depositário, não configura uma tradição simbólica (prevista no art.º 398.º do Código Comercial), mas antes uma mera tradição ficta, na forma de constituto possessório, tendo em conta que a transferência da posse se dá sem qualquer operação material (mesmo que simbólica), mas pela simples mudança do *animus*, passando o possuidor em nome próprio a possuir em nome alheio.

<sup>640</sup> Nos termos do Decreto-Lei n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939 – neste sentido, vide o Acórdão do STJ de 29/11/2001, in CJ 2001 (Tomo III), pág. 125 e segs. e Gravato de Moraes, Alienação cit., págs. 160 e 161 (admitindo-se, ao menos âmbito deste diploma, a constituição de um penhor de estabelecimento sem desapossamento do devedor). No entanto, o art.º 3.º deste mesmo projecto Decreto-Lei veda que o penhor especial por ele regulado possa recair sobre coisas imateriais, pelo que quem atribua semelhante natureza jurídica ao estabelecimento comercial não poderá admitir a sua empenhabilidade ao abrigo do citado diploma (negando a natureza imaterial do estabelecimento comercial e admitindo, em consequência, a sua dação em penhor nos termos do Decreto-Lei de 1939, vide o Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991, in CJ 1991, Tomo III, pág. 308 e segs., onde se pode ler “*Não cremos, pois, que o legislador quisesse incluir na expressão coisas imateriais o próprio estabelecimento comercial. Tal equivaleria a retirar aos industriais e comerciantes a possibilidade de recorrerem ao crédito impedindo-os de garantir a sua concessão com um bem vulgarmente usado para o efeito.*”). Também para Gravato de Moraes, Alienação cit., pág. 161, aquele preceito não preclui a empenhabilidade do estabelecimento comercial, pois “*apenas exclui do seu âmbito as coisas imateriais strictu sensu (ou seja, pura). Ao estabelecimento, enquanto bem imaterial do tipo diverso, deve aplicar-se o regime aí previsto*”. Abre a porta a esta possibilidade Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 221, ao admitir a ampliação do constituto possessório a outros casos para além dos expressamente previstos por lei, assegurando que “*Sabendo-se que na teoria da posse, tal como ela se vem formando, existe o constituto, parece que não há razão para o excluir do direito português, em relação aos móveis*”.

<sup>641</sup> Cassiano dos Santos, ob. cit., págs. 296 e 297, sustenta que o penhor de estabelecimento comercial é, à partida, um penhor mercantil (sujeito, por isso, ao disposto no art.º 397.º do Código Comercial em matéria de constituição da garantia, considerando que, apesar desta norma permitir a entrega simbólica, não afasta a exigência de desapossamento do devedor), muito embora não exista um regime

No limite, admite-se mesmo a constituição do penhor de estabelecimento comercial sem desapossamento, ainda que sem recurso a tais disposições.<sup>643</sup>

Assim sendo, permite-se que o concedente da garantia prossiga a sua actividade, particularmente alienando alguns dos bens que constituem o património do estabelecimento, como as mercadorias, mas também adquirir ou substituir outros, sem que tais actos correspondam, salvo pacto em contrário, a um incumprimento contratual da sua parte.<sup>644</sup>

---

especificamente ditado para o penhor de estabelecimento comercial, defendendo, por outro lado, que aplicação supletiva do regime do penhor civil ao penhor mercantil “*só na medida em que se revelem disposições de direito comum ou aplicáveis por analogia*”: nesta conformidade, conclui pela existência de uma lacuna, que não pode ser preenchida através do recurso ao regime civil do penhor (uma vez que “*no que toca ao penhor mercantil de estabelecimento, os interesses em jogo divergem dos que se apresentam no Código Civil e mesmo no regime geral mercantil. Com efeito, dada a especificidade do bem, a exigência de desapossamento não é adequada, porque a administração pelo credor faria a empresa e o direito do devedor/titular correr riscos gravíssimos*”), tendo antes que ser colmatada “*a partir de disposição na qual se ponderam e regulam os interesses que estão presentes na esfera mercantil e em particular em ordem ao estabelecimento comercial. Esta norma apenas pode ser o § 1.º do art.º 1.º do DL 29 833 – criando-se por integração uma norma de acordo com a qual é permitido o penhor sem desapossamento para os penhores de estabelecimento comercial que forem actos de comércio*”. Embora aceite a existência de uma lacuna, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 261, refuta a forma proposta de a colmatar, pois o penhor bancário é uma norma especial criada a favor dos bancos e tendo em conta o elemento subjectivo do credor.

<sup>642</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 260 (salientando como, por vezes, nem sequer se colocarão os inconvenientes do desapossamento, mormente quando existir uma forte relação de confiança com o credor).

<sup>643</sup> Assim, Gravato de Morais, Alienação cit., pág. 162, baseando a sua posição no disposto em matéria de penhora do estabelecimento comercial (art.º 862-A do CPC), nos termos do qual aquela medida não obsta ao prosseguimento da actividade comercial normal, sob a gestão do executado. Ora, segundo este Autor, “*tratando-se o penhor de forma de oneração (tal e qual a penhora) e de um direito real de garantia (sendo que a penhora produz efeitos análogos a um direito real de garantia) as razões que presidem a que, como princípio geral, o estabelecimento se mantenha na “posse” do executado – no quadro do art.º 862.º-A CPC – podem transpor-se para o nosso caso. Aliás, pode até aduzir-se mesmo um argumento a fortiori. Se, em sede executiva, o proprietário do estabelecimento se pode manter à frente deste, então quando voluntariamente se onera esse bem através do penhor deve também considerar-se que o seu proprietário pode continuar a explorá-lo*”. Todavia, o mesmo Autor adverte que o constituinte da garantia deverá ser considerado como mero detentor e fiel depositário do bem, enquanto o credor pignoratício assumiria a posição de possuidor (ou seja, sugere ter existido uma entrega jurídica do bem).

<sup>644</sup> Neste sentido, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 171, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 303, (justificando a concessão destes poderes ao empenhante com o carácter dinâmico do estabelecimento comercial, por serem plúrimas e mutáveis as realidades que o compõem), Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 112 e 113 e Gino Magri, ob. cit., págs. 34 e 35 (que, a propósito das mercadorias, afirma “*che il rinnovamento per sostituzione do oggetti nuovi a quelli venduti è fatto costante e normale*”, pelo que “*la costituzione del diritto reale sulle mercè originariamente consegnate al creditore è accompagnata da obbligazioni speciali tra le parti, dirette a conciliare l’interesse del creditore di possedere una solida ed efficace garanzia con quello del debitore che non abbia luogo la sospensione del commercio. Il creditore pel fatto stesso di accettare in garanzia cose che le parti concordemente riconoscono destinate allo scambio, si obbliga implicitamente a non opporsi alle vendite ordinarie rinunciando per tal caso al suo diritto sulle cose passate in dominio dei terzi; d’altra parte il debitore analogamente si obbliga di consegnare a pegno merci nuove man mano che egli ne acquirerà per rifornire il suo assortimento. A questo modo il diritto di pegno si verrà concretando su quelle merci che ad ogni momento faranno parte dell’azienda per realizzarsi poi su quelle che alla scadenza del debito garantito si troveranno nelle botteghe o nei magazzini del titolare*”). Considerando como um acto ilícito, por consubstanciar uma alienação do próprio estabelecimento, a denúncia do contrato de arrendamento do local onde este se encontrava instalado, efectuada pelo devedor constituinte da garantia, sem o consentimento do credor, vide o já diversas vezes citado Acórdão da Relação de Évora de 18/6/1991 (em sentido análogo, considerando que o estabelecimento comercial deixa de existir com a resolução do contrato de arrendamento do imóvel por ele ocupado, vide o Acórdão da Relação do Porto de 8/1/1998, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).



Nesta conformidade, poderão ser alienados os bens inerentes à actividade normal da empresa, sendo apenas necessária a anuência do credor relativamente aos actos que extravasem esse âmbito.

Não obstante, durante a vigência da garantia, o credor assume uma série de obrigações para com o empenhante conexas com a continuidade do bem empenhado<sup>645</sup>, deveres esses que adquirem especial significado quando o credor assumira a gestão do estabelecimento, como sejam permitir um controlo da gestão por parte do concedente da garantia, manter o estabelecimento na mesma condição em que este se encontrava anteriormente à assunção da gestão pelo credor<sup>646</sup> ou satisfazer as despesas ordinárias com tal gestão.<sup>647</sup>

Paralelamente, também o empenhante se encontra sujeito a diversos deveres para com o credor pignoratício, nomeadamente a necessidade de anuência deste para a alienação ou oneração do estabelecimento ou para a denúncia do contrato de arrendamento relativo ao imóvel onde se encontra instalado o estabelecimento, (respondendo perante o titular da garantia pelos danos causados por tais condutas),<sup>648</sup> podendo até considerar-se ficar amputado da capacidade para a prática de actos de administração extraordinária.<sup>649</sup>

Com certeza que a actividade do empenhante variará consoante a destinação unitária do estabelecimento implique, ou não, que as coisas que o compõem sejam consumidas ou vendidas, pois no primeiro caso os seus poderes serão mais amplos, nomeadamente permitindo-se (ou melhor, impondo-se) a substituição dos produtos vendidos ou consumidos por outros necessários à manutenção da laboração do estabelecimento,<sup>650</sup> o mesmo valendo para a hipótese inversa de o credor assumir as rédeas do *quid* onerado.

Normalmente, o estabelecimento é uma universalidade empenhada cuja subsistência envolve a troca e a renovação dos respectivos objectos, ao contrário de outros conjuntos de bens que constituem simples unidades fixas em determinados objectos, não destinados à permuta e à regeneração.<sup>651</sup>

---

<sup>645</sup> Para Gino Magri, ob. cit., pág. 30 e segs., não é forçoso que a actividade do estabelecimento seja exercida pelo credor ou por um terceiro, desde que se assegure que *“tutte le attività mobiliari che le parti hanno voluto comprendere nella garanzia siano sottratte al possesso del debitore”*, embora reconheça que a subtracção da posse da maior parte dos bens implique a impossibilidade de continuação do exercício da actividade empresarial por parte do devedor (estas considerações são válidas para a constituição de um penhor de acordo com o regime geral, podendo ser contrariadas em face de regimes especiais que consagrem mecanismos alternativos ao desapossamento, como seja o registo).

<sup>646</sup> A este respeito, talvez se possa utilizar o critério das *“normais valorações económicas”* para determinar quais os proveitos que o credor poderá encaminhar para pagamento do seu crédito e quais aqueles que deverá reinvestir na empresa.

<sup>647</sup> Ao passo que as despesas de conservação e/ou extraordinárias correrão por conta do proprietário, não sendo o credor obrigado a antecipá-las caso não haja liquidez suficiente para as realizar.

<sup>648</sup> Neste sentido, Gravato de Morais, Alienação cit., págs. 163 e 164, acrescentando que, em caso de desaparecimento da organização, o penhor se extingue (apontando como o exemplo um incêndio que destrua as instalações do estabelecimento). Para além disso, ao credor pignoratício goza do direito de sequela, dos meios de defesa da posse e de promover a venda antecipada, nos termos em que o pode fazer qualquer credor titular deste direito real de garantia.

<sup>649</sup> Franzo Grande, ob. cit., pág. 234, escrevendo que *“Al debitore pignoratizio infatti dovrebbero essere vietati gli atti di straordinaria amministrazione, senza il consenso del creditore”*.

<sup>650</sup> Operando esta distinção, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 47, acrescentando que, em qualquer caso, a actividade do credor pignoratício na condução dos destinos do estabelecimento comercial empenhado não deverá ser remunerada.

<sup>651</sup> Assim, Faggella, ob. cit., págs. 47 e 48, apontando como exemplos deste segundo tipo de universalidades o estúdio de pintura ou uma arca de objectos antigos. Nestes casos, prossegue o mesmo Autor, poderão ser dados em penhor os concretos bens existentes no momento da constituição da garantia ou a própria universalidade, sendo o critério de distinção o da determinação objectiva do vínculo.

Relativamente aos dividendos que resultem da actividade empresarial, parece aplicável a regra geral relativa à partilha dos frutos.<sup>652</sup>

Tendo em conta os latos poderes atribuídos ao credor pignoratício, há quem qualifique mesmo o penhor de estabelecimento como “*uma quase anticrese de estabelecimento*”,<sup>653</sup> especialmente quando aquele sujeito assuma a gestão da entidade onerada a seu favor.

Apesar dos amplos poderes que lhe são atribuídos relativamente ao controlo da actividade do estabelecimento comercial empenhado, parece que o credor pignoratício não estará sujeito ao dever de não concorrência.<sup>654</sup>

Duas últimas notas para evidenciar como a conclusão pela admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial não preclui a necessidade de responder a um conjunto apreciável de questões, como sejam a eventual sujeição a forma escrita do contrato de constituição desta garantia<sup>655</sup> ou o leque de bens abrangido por uma garantia que recaia sobre o próprio estabelecimento (havendo inclusivamente, nos ordenamentos em que tal garantia se encontra autonomamente regulada, disposições legais estabelecendo a inclusão obrigatória ou facultativa de alguns deles e excluindo outros tantos).<sup>656</sup>

Em alguns países, é expressamente reconhecida a existência de uma garantia que incida sobre o próprio estabelecimento comercial,<sup>657</sup> podendo, no entanto, surgir dúvidas a respeito da sua qualificação como penhor.<sup>658</sup>

---

<sup>652</sup> Sustentando que os frutos caberão ao credor, servindo para cobrir os gastos de gestão, sendo os restantes susceptíveis de apropriação Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 46 e Realmonte, Il pegno cit., pág. 644. Há, contudo, quem defenda que o credor tem a faculdade de determinar, tendo em conta o normal funcionamento da actividade económica, quais os frutos a imputar ao pagamento do seu crédito e quais aqueles que deverá reinvestir no estabelecimento - dando conta destas duas posições díspares, Protetti, ob. cit., pág. 136.

<sup>653</sup> Gabrielli, Il pegno cit., pág. 167 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 48.

<sup>654</sup> Gravato de Moraes, Alienação cit., págs. 152 e 153, conclui pela existência deste dever, que impende sobre o locatário - e também sobre o locador - em caso de locação do estabelecimento comercial (argumentando tratar-se de “*uma hipótese de incumprimento pelo locatário da obrigação de manutenção e restituição da organização cedida*”), porquanto se poderá admitir que do seu dever de conservação do bem onerado decorrerá esta limitação à sua actividade económica (nomeadamente quando dessa actividade concorrente resultem prejuízos significativos para o estabelecimento empenhado, caso em que o empenhante poderá invocar o disposto no art.º 674.º, para além de reclamar uma indemnização pelos danos sofridos).

<sup>655</sup> Apesar da regra decorrente do regime do penhor civil e mesmo comercial (cfr. art.º 400.º do Código Comercial), apontar para a desnecessidade de sujeição a escrito deste contrato, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 113 e 114, advoga a solução inversa, com base no disposto no art.º 1112.º, n.º 3, de acordo com o qual a transmissão da posição do arrendatário, em caso de trespasse do estabelecimento comercial, tem que ser celebrada por escrito: ora, por identidade - ou até maioria - de razão, também a oneração do mesmo estabelecimento deverá estar submetido ao mesmo formalismo).

<sup>656</sup> Para Franzo Grande, ult. ob. e loc. cit., as mercadorias e os produtos deveriam ser excluídos do âmbito da garantia, não constituindo tal exclusão um entrave à admissibilidade do penhor de estabelecimento, uma vez que tais elementos não seriam essenciais para o exercício da actividade comercial.

<sup>657</sup> Por exemplo, o Código Comercial de Macau, em cujo art.º 144.º, n.º 1, admite expressamente a empenhabilidade da empresa comercial ou de uma sucursal, o qual produzirá efeitos independentemente da entrega do objecto da garantia ao credor (cfr. n.º 2 do mesmo preceito). A constituição deste penhor encontra-se sujeita a registo, sem o qual a garantia não produz efeitos, nem mesmo entre as partes (art.º 145.º), além de dever formalizar-se através de um documento escrito do qual constem a identificação das partes, do estabelecimento objecto da garantia, do montante da dívida e do local e data do pagamento (art.º 146.º). Quanto ao âmbito deste tipo de penhor e nos termos do art.º 147.º, ele abrange todos os bens, corpóreos ou incorpóreos, que compõem a empresa ao momento da constituição, independentemente de constarem ou não dos registos contabilísticos do empresário (porém, neste último caso, é ao credor que incumbe a prova de que certo bem pertence à empresa para efeitos da garantia o abranger - cfr. n.º 1); todavia, para que o penhor sobre a empresa comercial produza efeitos sobre os bens sujeitos a registo,

O reconhecimento do penhor de estabelecimento comercial obedece a uma de duas técnicas legislativas: ou recorrendo ao esquema clássico do penhor de coisa, assumindo o estabelecimento como uma universalidade, elencando os bens que o integram e regulando a questão da mutação natural desses elementos; ou, pelo contrário, recorrendo ao mecanismo da garantia flutuante, a qual apenas se torna eficaz no momento do incumprimento das obrigações do devedor.<sup>659</sup>

Estas duas técnicas distintas resolvem de modo diverso os problemas relativos à identificação dos bens que o integram o estabelecimento, à sua alteração e ao conflito entre os direitos constituídos sobre o estabelecimento e algum dos bens que o integram.

---

afectados à mesma, é necessário que seja averbado no registo de cada um desses bens (n.º 2). Tendo em conta a necessidade de assegurar a continuidade da actividade da empresa, a gestão continua a caber ao seu proprietário, mas este deve exercê-la de modo a que o valor da garantia não sofra diminuição (art.º 148.º, n.º 1), daqui resultando que o penhor abrange também os bens que forem incluídos na empresa após a constituição da garantia, a partir dessa inclusão e, paralelamente, libertando-se dele os bens que, de acordo com as regras de uma administração criteriosa e ordenada, sejam alienados pelo devedor e retirados da empresa antes de o credor fazer valer judicialmente o seu direito de penhor (art.º 147.º, n.º 3, adicionando o n.º 4 que a retirada de quaisquer bens da empresa, em condições diferentes destas, não é oponível a terceiros adquirentes de boa fé, mas faz incorrer o empenhador na responsabilidade própria dos fiéis depositários). Contudo, se da exploração da empresa resultar uma diminuição do valor da garantia que ponha em risco o direito do credor pignoratício, pode este exigir, o reforço da garantia ou, se isso não for possível, a entrega da administração da empresa a um terceiro, sendo que, neste último caso, os lucros resultantes da exploração serão destinados à satisfação dos débitos garantidos pelo penhor da empresa (art.º 148.º n.ºs 2 e 3). Sobre cada empresa pode ser constituído mais do que um penhor, aferindo-se a preferência entre eles com base na prioridade de registo (art.ºs 144.º, n.º 2 e 151.º, n.º 2). Cabe, por outro lado, notar que o penhor sobre a empresa não prejudica as garantias reais que onerem os bens que a compõem existentes à data da sua constituição, mas as garantias reais constituídas sobre bens da empresa ulteriormente à criação do penhor da empresa são ineficazes relativamente ao credor pignoratício e sujeitam o devedor à responsabilidade dos fiéis depositários (art.º 151.º, n.º 3). Diga-se, aliás, que o art.º 913.º do mesmo Código admite a constituição de um único penhor sobre todos os maquinismos, móveis e utensílios instalados e destinados ao exercício de uma empresa, entendendo Zhao Yi, Características jurídicas do penhor mercantil, in *Perspectivas do direito*, n.º 2, 2001, pág. 99, que estes equipamentos apenas poderão ser objecto de penhor quando estejam instalados e afectos ao exercício da empresa (para além de salientar que, além de objecto conjunto de uma só garantia, cada um destes objectos pode ser onerado com uma garantia distinta). Finalmente e regressando ao penhor de estabelecimento comercial, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor pignoratício poderá promover a respectiva venda judicial, a qual deverá ser organizada de modo a evitar a destruição da empresa (se a venda da empresa em globo não for possível, proceder-se-á à venda por unidades autónomas e só se esta não for possível se poderá liquidar a empresa; neste último caso, o credor pignoratício passa a ter, sobre cada um dos bens que compõem a empresa nesse momento, um direito de penhor ou de hipoteca, consoante a natureza do bem respectivo – cfr. art.º 152.º).

<sup>658</sup> Acerca desta questão, vide *infra* Capítulo IV.

<sup>659</sup> Para um panorama comparatístico das soluções plasmadas em alguns ordenamentos que consagram a figura, vide Lopes dos Santos, *ob. cit.*, págs. 27 a 41. Os ordenamentos francês (vide art.ºs L142-1 a L143-23 do Code de Commerce e, anteriormente, as Leis de 1/3/1898 e de 17/3/1909), belga (Lei de 25/10/1919, cuja última alteração data de 1995 – a propósito deste regime Emanuele Ferrari, *I floating charges e le garanzie del credito all'impresa*, in *Rivista del Notariato*, n.º 50 (1996), pág. 1359, destaca como o mesmo não admite que o empenhante aliene os elementos que o compõem), espanhol (Lei de 16/12/1954 sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento, embora este diploma qualifique esta garantia como hipoteca mobiliária, tendo em conta a susceptibilidade de identificação registal do estabelecimento) e de Macau (art.ºs 144.º a 152.º do Código Comercial de Macau), optam pelo regime do penhor de coisas. Já o direito inglês e outros sob a sua influência, como a legislação do Quebec, usam o esquema da garantia flutuante, solução esta igualmente acolhida no direito macaense (vide art.ºs 928.º e segs. do Código Comercial de Macau).

O esquema clássico,<sup>660</sup> responde à primeira questão de forma diversificada, mas normalmente através de uma enumeração legislativa (operando, por vezes, uma divisão entre bens obrigatória ou supletivamente integrados no âmbito da garantia e outros que o poderão ser por vontade expressa das partes nesse sentido), resolvendo a segunda permitindo ao comerciante prosseguir a sua actividade e alienando os bens que o integram - os quais só continuam a fazer parte da garantia se adquiridos por terceiros de má fé - e comprando outros (os quais passam, salvo algumas excepções, a estar onerados pelo penhor).<sup>661</sup> Finalmente quanto ao terceiro problema, este é resolvido antepondo, em regra, a garantia sobre o estabelecimento sobre as garantias posteriormente constituídas sobre bens que o integram (mas fazendo-a ceder perante aquelas nascidas em momento anterior).<sup>662</sup>

Especial referência merece o ordenamento francês,<sup>663</sup> não apenas em razão da precocidade da consagração legal da figura<sup>664</sup> (actualmente integrada no art.º L142-1 e

---

<sup>660</sup> Já o esquema da garantia fluante, ao invés, procura contornar estes problemas, retardando a produção de efeitos da garantia e cristalizando a garantia apenas a partir desse momento - Lopes dos Santos, ob. cit., pág. 41.

<sup>661</sup> Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 52 a 54, sustenta *de iure condito* que, relativamente aos bens alienados no decurso da actividade normal da empresa, não se suscitarão dúvidas quanto à sua exclusão da universalidade e, portanto, da garantia, Já quanto aos bens que venham, no futuro, a integrar o estabelecimento, o Autor propende para a sua inclusão no âmbito da garantia, refutando os obstáculos à admissibilidade de penhores sobre bens futuros (estabelecendo um paralelismo com o caso de ser empenhada uma máquina e esta receber novas peças).

<sup>662</sup> Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 54 a 56, advoga a cedência do penhor sobre o estabelecimento relativamente a outras garantias anteriormente constituídas sobre os bens que integrem aquele. Já no que respeita aos direitos constituídos sobre esses bens em momento posterior ao da oneração do estabelecimento, o Autor entende que eles cederão se tiverem por objecto coisas corpóreas, mas não quando recaiam sobre bens incorpóreos ou direitos (por entender que, neste caso, o penhor não é um verdadeiro direito real, carecendo de seqüela).

<sup>663</sup> Também os direitos espanhol e inglês reconhecem expressamente garantias que possam incidir sobre o estabelecimento comercial *qua tale*, respectivamente a hipoteca mobiliária a *floating charge*, conforme se demonstra no Capítulo II, n.ºs 1.2.3 e 1.2.6.

<sup>664</sup> Em França, antes da consagração legal desta figura discutia-se se seria possível o penhor de estabelecimento e, sobretudo, o modo como seria constituído, sendo a posição dominante a que considerava ser bastante a entrega ao credor do título comprovativo da sua propriedade sobre o estabelecimento e, quando fosse caso disso, de uma notificação do penhor ao proprietário do imóvel no qual o estabelecimento se encontra instalado, sendo esta solução criticada pela ausência de publicidade para com terceiros da constituição da garantia (para mais desenvolvimentos, Guillouard, ob. cit., págs. 113 a 115). A lei que primeiramente consagrou esta figura foi a Lei de 1/3/1898, estabelecendo que a garantia se constituía através da inscrição num registo - sem necessidade de desapossamento - desta forma conciliando o interesse público da notoriedade da constituição da garantia com o interesse do devedor a não ser desapossado dos meios necessários à sua actividade profissional (acerca deste diploma, vide Gino Magri, ob. cit., pág. 39 e segs.). Posteriormente, veio a ser substituída pela uma Lei de 17 de Março de 1909 (que vigorou até há bem pouco tempo, mais concretamente até à aprovação do novo Código Comercial), nos termos da qual a garantia abrangia obrigatoriamente a clientela, a insígnia, o nome comercial e o direito de arrendamento do imóvel (no caso de o empenhante ser proprietário do imóvel, este não pode ser compreendido no penhor de estabelecimento, pois a garantia não poderia abarcar bens imóveis), nunca podendo recair sobre as mercadorias, e podendo abranger todos os demais elementos se as partes assim o indicassem no acto de constituição da garantia (por exemplo, o material, os direitos de propriedade intelectual, etc.), devendo ser obrigatoriamente constituído por parte do proprietário do estabelecimento (não podendo o credor garantido invocar a regra da posse vale título para repudiar uma eventual acção de reivindicação por parte do verdadeiro proprietário, uma vez que tal regra não é de aplicação aos bens incorpóreos, embora se admita que possa socorrer-se dela para se opor à reivindicação de alguns bens corpóreos integrados no estabelecimento, uma vez que a lei considera o credor como possuidor dos mesmos) - vide Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 166 e segs.. Porém, mesmo o antes da aprovação do regime legal, Hardel, ob. cit., pág. 160 e segs., relata diversas decisões jurisprudenciais admitindo a colocação em garantia do estabelecimento comercial, partindo da sua qualificação como bem incorpóreo (universalidade de direito), por isso insusceptível de transmissão

segs. do Código Comercial), mas principalmente pelo carácter exaustivo da regulamentação que, ainda assim, não evita querelas relativas à admissibilidade da mesma incidir sobre um estabelecimento futuro,<sup>665</sup> sobre apenas uma parte dele<sup>666</sup> ou se as partes contraentes poderão acrescentar, *a posteriori*, elementos não compreendidos na abrangência original da garantia.<sup>667</sup>

Quanto aos sujeitos, o empenhante deverá ser o proprietário do estabelecimento (embora, em razão da sua natureza incorpórea, o credor não se possa valer da regra posse vale título para se opor à reivindicação por parte do verdadeiro *dominus*),<sup>668</sup> como tal reconhecido pelo registo comercial, mas quando esta seja uma pessoa colectiva a garantia apenas pode responder por dívidas sociais.<sup>669</sup>

De acordo com o regime legal, a garantia abrange, no silêncio das partes, a insígnia, o nome comercial, o direito de arrendamento, a clientela e o aviamento,<sup>670</sup> podendo ainda incidir, em caso de menção expressa dos contraentes, o mobiliário comercial, o material afecto à exploração do estabelecimento, às patentes de invenção, às licenças, às marcas e aos desenhos industriais e, em geral, a todos os direitos de propriedade intelectual (art.º L142-2, n.ºs 1 e 3).<sup>671</sup>

---

material (posição esta aplaudida pelo Autor pois, caso contrário, “*on retirait des moyens de crédit et de sûreté, toute une catégorie de biens, formant des patrimoines de grosse valeur*”, uma vez que o desapossamento material obrigaria “*le commerçant qui voulait emprunter contre mise en gage de son fonds devait l’aliéner, le mettre entre les mains de son créancier, ce présentait le risque grave de le laisser en des mains inexpertes, et par là de lui faire perdre une partie de sa valeur; le débiteur doit d’autre part rester à la tête de ses affaires pour obtenir des fonds*”), posição que acabou por influenciar o regime legal (o Autor destaca como este regime legal prevê a necessidade de observância das regras do penhor de coisas para que as mercadorias fossem abrangidas pela garantia – bem como, para os direitos de propriedade industrial, o cumprimento das regras relativas à sua oneração – e, por outro lado, aceitação de um direito de sequela que não constituía uma excepção à regra “*meubles n’ont pas de suite par hypothèque*” uma vez que esta só se aplicaria aos bens corpóreos, assim como a impossibilidade de, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor alienar particularmente o estabelecimento).

<sup>665</sup> Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 425, nota 114, dão conta de um entendimento jurisprudencial dominante contrário a tal admissibilidade, assegurando que, quando muito, se poderá constituir um contrato-promessa (do qual deverá constar uma cláusula de vencimento imediato da obrigação garantida em caso de não cumprimento por parte do promitente constituinte da garantia).

<sup>666</sup> Respondem negativamente Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 425 e 426, com fundamento na caracterização do estabelecimento como universalidade móvel insusceptível de cessão parcial. Todavia, esta regra sofre um desvio, na medida em que a lei admite expressamente que o penhor incida apenas sobre o estabelecimento principal, com exclusão das sucursais (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 426 e 427, dão conta mesmo de decisões judiciais reconhecendo a validade de um penhor constituído unicamente sobre uma sucursal, com exclusão do estabelecimento principal, mas com a condição daquela possuir uma carácter distintivo, traduzido, por exemplo, na existência de uma clientela própria).

<sup>667</sup> Negam esta possibilidade Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 426, alegando que a mesma teria como efeito “*priver les autres créanciers d’un élément de l’actif parce qu’elle aurait un effet rétroactif. Or, la rétroactivité conventionnelle ne peut pas nuire au tiers*”.

<sup>668</sup> Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 428 e 429.

<sup>669</sup> Salientam estes dois aspectos Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 429 e 430, embora critiquem a exigência de prévia inscrição do proprietário no registo, admitindo, pelo contrário, poder ser empenhado um estabelecimento existente, mas não registado, agindo os fundadores em nome e por conta da entidade em formação.

<sup>670</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 273 e 274, admite a validade de um penhor de estabelecimento ao qual falte algum destes elementos (do mesmo modo que recusa a existência de qualquer invalidade superveniente no caso de, após a constituição da garantia, algum desses elementos desaparecer), assim como reconhece como admissíveis as convenções das partes que excluam alguns deles (excepto, porém, se o penhor incidir apenas sobre um desses elementos).

<sup>671</sup> Caso o penhor abranja algumas sucursais do estabelecimento, estas devem ser designadas no acto constitutivo da garantia, através da indicação precisa da respectiva sede (art.º L142-2, n.º 4). Admite a

Pelo contrário, encontram-se excluídos da órbita da garantia os imóveis (em razão da natureza móvel do estabelecimento e das garantias que sobre ele incidem) e as mercadorias (procurando evitar que o devedor fique absolutamente privado de bens para dar em garantia de ulteriores financiamentos a que possa vir a recorrer no futuro),<sup>672</sup> assim como os créditos.<sup>673</sup>

O contrato de penhor deve constar de documento autêntico ou particular, mas o direito de preferência só é oponível a terceiros após a inscrição no registo existente na secretaria do tribunal do comércio do local onde se situa a sede do estabelecimento,<sup>674</sup> registo este que deverá ser efectuado, sob pena de nulidade da garantia, no prazo de 15 dias a contar da constituição da mesma<sup>675</sup> (art.ºs L142-3 e L-142-4), sendo a hierarquia entre os diversos penhores determinada em função da data de inscrição de cada um deles (art.º L142-5).<sup>676</sup>

Durante a vigência da garantia, a ocorrência de um conjunto de eventos potencialmente danosos para a consistência do penhor pode desencadear o vencimento imediato da obrigação assegurada (como sucede com a deslocalização do estabelecimento – cfr. art.º L143-1)<sup>677</sup> ou produzir outro tipo de efeitos (em caso de

---

constituição de um penhor apenas sobre a sucursal Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 275 (ao menos quando essa sucursal desenvolva uma actividade autónoma e possua uma clientela própria).

<sup>672</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 272 e 273.

<sup>673</sup> Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 424.

<sup>674</sup> No caso de o penhor abarcar igualmente algumas sucursais, deve ser inscrito também no registo do tribunal do comércio do local onde se situe qualquer delas (art.º L142-3, n.º 3). Por outro lado, quando o penhor incida sobre direitos de propriedade intelectual, a garantia deve ser também inscrita no instituto nacional da propriedade industrial, através de um certificado emitido pela secretaria do tribunal do comércio na qual foi inscrito o penhor sobre o estabelecimento, no prazo de 15 dias a contar da inscrição deste: a não observância destas regras implica a invalidade, relativamente a terceiros (?), da garantia na parte em que esta recaísse sobre os direitos de propriedade intelectual (art.º L143-17, remetendo os art.ºs 143-16 e, especialmente, 143-23 para um diploma posterior a articulação entre os dois registos).

<sup>675</sup> O que atesta o carácter constitutivo do registo, funcionando não apenas como condição de oponibilidade da garantia a terceiros, mas mesmo como requisito para a produção de efeitos inter partes. Em face do regime anterior, Stéphane Piedlièvre, *Sûretés réeles – publicité foncière in Dalloz, Sommaires commentés*, Paris, n.º 32 (18/9/1997) e n.º 33 (25/9/1997), pág. 252, dá conta de decisões judiciais (nomeadamente o aresto da Corte de Cassação de 18 de Fevereiro de 1997) nas quais é sancionada com a nulidade a não inscrição da garantia durante este período de 15 dias, originando a necessidade de redacção de um novo acordo de garantia para posterior inscrição, produzindo a garantia efeitos apenas desde esta última data (o Autor entende ser esta uma aplicação das regras gerais do penhor, assumindo a publicidade natureza de sucedâneo do desapossamento e, tal como este, constituindo requisito indispensável para a validade, mesmo *inter partes* da garantia).

<sup>676</sup> Os credores inscritos no mesmo dia concorrerão em pé de igualdade (art.º L142-5). Noutra ordem de considerações, a inscrição conserva a sua validade por um período de 10 anos, cessando o seu efeito se não for renovada antes do expirar deste prazo, garantindo, além do capital, dois anos de juros (art.º L143-19) e deverá ser eliminada, seja em virtude de consentimento das partes (mediante a apresentação de um documento, assinado pelo devedor, traduzindo o seu acordo), seja no seguimento de decisão judicial (art.º L143-20, acrescentando que a eliminação dos registos constantes do instituto nacional da propriedade industrial depende da apresentação do certificado de eliminação emitido pelo tribunal onde se encontrava registado o penhor sobre o estabelecimento).

<sup>677</sup> Mas apenas caso o proprietário do estabelecimento não comunique aos credores com garantias inscritas, com 15 dias de antecedência, a sua intenção, dando-lhes conta da nova localização da sede. Em caso de comunicação, os credores dispõem de um prazo de 15 dias (a contar da data da notificação ou do conhecimento da deslocalização) para fazer averbar à margem do registo da sua garantia a mudança do estabelecimento (ou, na hipótese de a mudança se dar para a área da competência de outro tribunal, inscrever a garantia neste último, mas com a data da garantia a reportar-se à inicialmente prestada), não prevendo a lei qualquer sanção para a inobservância destas formalidades (Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 432, defendem que a sanção será a perda da preferência inerente à garantia). Mesmo existindo esta comunicação, o direito do credor pignoratício pode tornar-se imediatamente exigível, caso este demonstre que da deslocalização resulta uma depreciação do estabelecimento (mais ainda, a simples

rescisão do contrato de arrendamento relativo ao imóvel onde o mesmo se situa – cfr. art.º 143-2<sup>678</sup> - ou de alteração da actividade desenvolvida).<sup>679</sup>

O constituinte da garantia mantém o poder de disposição sobre os bens que compõem o estabelecimento (conforme se alcança, *a contrario*, do art.º L142-1, ao dispor que o penhor de estabelecimento produz efeitos independentemente do cumprimento de qualquer outra formalidade, para além do registo, sendo assim omissa quanto à necessidade de desapossamento do constituinte), muito embora limitadamente ao âmbito da curso normal dos negócios, pelo que a alienação separada de alguns desses elementos fora desse âmbito fá-lo-á incorrer em responsabilidade perante o credor.<sup>680</sup>

Em sede de extinção da garantia<sup>681</sup> e, mais em particular, da sua execução,<sup>682</sup> é de salientar a impossibilidade de atribuição judicial em pagamento do estabelecimento ao credor (art.º L142-1, n.º 2), a existência de regras específicas para a sua alienação (art.º L143-4 e segs.)<sup>683</sup> e a admissibilidade da venda de apenas alguns elementos de entre os que compõem o estabelecimento (art.º L143-10).<sup>684</sup>

---

inscrição de um outro penhor pode determinar igualmente o vencimento imediato das obrigações asseguradas por garantias anteriores, desde que tais créditos tenham tido como fim a exploração do estabelecimento). Em termos idênticos durante a vigência da Lei de 1909, vide Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 431 e 432.

<sup>678</sup> Se a rescisão for unilateral, deve ser notificada aos credores pignoratícios registados à data, no local por estes indicado no registo da garantia, não podendo o julgamento ocorrer antes de decorrido o prazo de um mês a contar da notificação (art.º L143-2, n.º 1). Se, pelo contrário, a rescisão for amigável, apenas se torna definitiva um mês após a notificação aos credores com garantias inscritas (art.º L142-3, n.º 2). Em termos idênticos para a legislação de 1909, vide Simon Quincarlet, *ob. cit.*, págs. 176 e 177 e, principalmente, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 434 a 439 (salientando estes últimos que a ausência daquela notificação gerava a inoponibilidade do julgamento – no caso da rescisão unilateral – ou da própria rescisão - no caso da rescisão por mútuo acordo, caso em que o credor dispunha do direito de requerer a execução do estabelecimento, incluindo o direito de arrendamento. Por outro lado, os Autores relatam a ausência de previsão legal expressa para as hipóteses de rescisão do contrato com base em cláusula resolutiva expressa, o que ocasionava a dúvida quanto à aplicação do regime delineado para a rescisão amigável ou para a resolução unilateral. Finalmente, enfatizam a circunstância de o regime legal se aplicar independentemente do motivo que subjaz à rescisão e não apenas quando esteja em causa o não pagamento de rendas).

<sup>679</sup> Neste caso, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 433 e 434, sustentam, com base no art.º 34-2 do Decreto de 30/9/1953, que a alteração total da actividade (em caso de alteração apenas parcial, nomeadamente por acrescento de outras actividades às inicialmente desenvolvidas, não existe alteração da substância do estabelecimento) conduz ao desaparecimento, em termos jurídicos e económicos, do estabelecimento, com danos para o credor pignoratício, razão pela qual a lei impõe que este seja previamente notificado da intenção do devedor de alterar o seu ramo de actividade, mas sem que possa opor-se a essa transformação (embora os Autores admitam, com base na lei e apesar do seu carácter vago e equívoco, a invocação da figura da sub-rogação real, de modo a consentir a transferência da garantia, sem efeitos novatórios, para o novo estabelecimento).

<sup>680</sup> Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 628.

<sup>681</sup> Para além da execução, a garantia pode extinguir-se pelo cancelamento da inscrição (em resultado do consentimento das partes ou de decisão judicial, normalmente na sequência do pagamento da dívida garantida) ou pela sua expurgação (promovida pelo terceiro adquirente, em caso de alienação voluntária por parte do devedor).

<sup>682</sup> As regras não eram muito divergentes na lei de 1909, destacando Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 172 e segs., a cedência do direito de preferência do credor com penhor sobre o estabelecimento comercial perante alguns credores privilegiados e, ainda, sobre outros com penhor com desapossamento sobre determinados elementos corpóreos do estabelecimento (quer porque, normalmente, a garantia destes últimos será anterior, quer porque estará protegido pela regra da posse vale título).

<sup>683</sup> O credor com penhor registado sobre o estabelecimento pode, oito dias após uma intimação infrutífera dirigida ao devedor, requerer junto do tribunal do comércio onde se encontra registada a garantia, a alienação deste (art.º L143-5). O tribunal determina as condições gerais da venda, podendo ainda nomear um administrador provisório e até se concedendo ao presidente do tribunal competência para autorizar – caso não haja qualquer outro credor inscrito ou que tenha deduzido oposição – a pagar-se directamente do

Importa, ainda, salientar o reconhecimento explícito de um direito de seqüela<sup>685</sup> ao credor com garantia sobre o estabelecimento - permitindo-lhe opô-la a qualquer

produto da venda, sem prejuízo dos créditos privilegiados, até ao limite do valor do seu crédito de capital e juros: esta decisão judicial deve ser tomada no prazo de 15 dias após a primeira audiência e tem força executiva, não é susceptível de oposição, embora um eventual recurso tenha efeitos suspensivos (art.º L143-4). Todavia, antes de proceder à venda, é ainda necessária a observância de um conjunto de formalidades: desde logo, o exequente, pelo menos 15 dias antes da venda, tem o dever de notificar o proprietário do estabelecimento e os credores com garantias anteriormente inscritas, tomando conhecimento do caderno de encargos (art.º L143-6, n.º 1); pelo menos 10 dias antes da data da venda, deverão ser afixados anúncios indicando o nome, as profissões e os domicílios do exequente e do proprietário do estabelecimento, uma indicação do tribunal de comércio no qual o “*fond*” tem sede, os elementos constitutivos do estabelecimento, o objecto social deste, a sua situação, bem como indicação da forma das ofertas, dos locais e hora da venda (bem como do oficial público depositário do caderno de encargos e encarregue da venda – art.º L143-6, n.º 2), anúncios estes que devem ser afixados, por iniciativa do oficial público encarregue da venda, na porta principal do estabelecimento e do município onde o mesmo se situa, bem como no tribunal do comércio do local onde o imóvel se encontra e do local onde exerce funções o oficial público encarregue da venda e ainda num jornal da circunscrição onde se localiza o estabelecimento habilitado a receber anúncios legais (art.º L143-6, n.ºs 3 e 4). Caso o adjudicatário da venda não cumpra as condições estabelecidas, o estabelecimento é vendido mediante licitação e o adquirente é obrigado a entregar aos credores e/ou ao vendedor, a diferença entre o seu preço e o da revenda decorrente da licitação, sem poder reclamar um eventual excedente (art.º L143-9). Para além disso e nos termos dos art.ºs L143-13 a L143-15, qualquer credor com garantia sobre o estabelecimento pode requerer judicialmente a venda em hasta pública deste, oferecendo o preço total (excepto o valor do material e das mercadorias), menos 10%, desde que preste caução ou justifique possuir solvabilidade suficiente (para o efeito, o credor deverá notificar o adquirente e o devedor anterior proprietário do estabelecimento e, em caso de contestação, o tribunal de comércio do local da sede do estabelecimento decidirá sobre a validade do requerimento e, em caso afirmativo, ordenará a venda em hasta pública, juntamente com o material e as mercadorias que o compõem), sendo que, a partir da data da notificação da intenção do credor, o adquirente, quando se encontre na posse do estabelecimento, assume o papel de depositário e apenas pode cumprir actos de mera administração, sem prejuízo da faculdade de requerer a nomeação de outro sujeito para o efeito (de idêntica faculdade goza qualquer credor): caso não se verifique nenhuma licitação, o credor requerente tornar-se-á adjudicatário do “*fond*” (devendo, para além do preço, adquirir o material e as mercadorias existentes no momento do empossamento, pela quantia fixada por uma avaliação independente).

<sup>684</sup> Embora a regra seja a alienação da totalidade do fundo, a venda separada apenas pode ocorrer depois de expirado o prazo de 10 dias a contar da notificação execução aos credores com garantias sobre o estabelecimento (mesmo que o seu crédito não se encontre vencido). Durante este prazo, qualquer destes credores pode opor-se à venda separada (art.º L143-10), requerendo a alienação total do estabelecimento. Em face da lei anterior, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 442, destacavam como o regime legal não respondia à questão de saber se a venda de um bem isolado pode equiparar-se à alienação do próprio estabelecimento, sublinhado os Autores que a jurisprudência efectuava tal equiparação, por exemplo, quando se encontrava em risco o arrendamento ou a clientela tenha praticamente desaparecido, posição esta contestada pelos Autores (por entenderem que, nestes casos, o próprio estabelecimento já teria desaparecido, não sendo legítimo afirmar que foi a alienação isolada de um dos seus elementos que conduziu à alienação do próprio estabelecimento) – também a lei vigente não soluciona esta dúvida.

<sup>685</sup> O mesmo direito lhe era já reconhecido pela Lei de 1909, embora, como salienta Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 175 e segs., “*Ce droit de suite ne s’exerce que sur le fonds; il ne peut y avoir de droit de suite pour les éléments isolés du fonds, par exemple le matériel, qui seraient aliénés par le propriétaire du fonds*”, sobretudo quando se trate de bens corpóreos, uma vez que quanto a estes poderá o credor ver-lhe oposta a posse de boa fé por parte de terceiros. Decorre deste direito de seqüela que, sendo o estabelecimento alienado ou cedido a terceiro, este adquirirá o bem onerado com a garantia - Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 395 (embora Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 630, considerem ser rara esta possibilidade, na medida em que o adquirente terá o cuidado de consultar previamente o registo). Contudo e como bem realçam Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 544, o direito de seqüela incide sobre o estabelecimento em si e não sobre os elementos que o compõem (no mesmo sentido, Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 293 e Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 216), razão pela qual uma das debilidades da garantia reside na possibilidade de alienação separada dos elementos integrantes do estabelecimento (perigo este ao qual o legislador procura por cobro, nomeadamente criminalizando a conduta do constituinte que faça desaparecer alguns desses elementos). A consagração



posterior adquirente do mesmo (art.º L143-12)<sup>686</sup> – embora a jurisprudência dominante recuse a concessão de um direito de retenção.<sup>687</sup>

Para além disso, será possível onerar o estabelecimento enquanto bem futuro, muito embora a garantia apenas surja com a inscrição no registo, a qual apenas pode ser efectuada no momento do nascimento do estabelecimento (*maxime* do negócio constitutivo deste), razão pela qual estaremos em face de um mero contrato-promessa de criação de penhor.<sup>688</sup>

### 3.6 - Bens sujeitos a transformação

O penhor também pode recair sobre bens submetidos a um processo de transformação,<sup>689</sup> como sucede com as matérias primas sujeitas a laboração, embora a constituição da garantia pareça limitada às hipóteses em que o bem seja entregue a um terceiro (ou, permanecendo o bem em poder do empenhante, seja nomeado um curador de confiança), se crie uma situação de composses ou, por outro lado, quando se trate de mercadorias depositadas de modo indiferenciado juntamente com outras do mesmo género (entendendo-se o penhor constituído sobre o direito à restituição da mesma quantidade e género).<sup>690</sup>

Todavia, considerando as dúvidas suscitadas por estas formas de criação de penhor – tendo em conta as incertezas acerca do efectivo desapossamento do devedor<sup>691</sup> ou da observância do princípio da especialidade - reclama-se a criação de uma garantia que não prive o devedor da disponibilidade da garantia, de modo a possibilitar a laboração desses bens.

Uma alternativa passa por permitir que, no âmbito da sub-rogação real, a garantia do credor pignoratício se transfira, sem efeitos novatórios, para o produto da laboração, de modo a que a manutenção do bem em poder do devedor não lese os interesses do credor, alternativa esta que será escarpelizada no Capítulo II.

### 3.7 - Outros bens

---

deste direito de sequela constitui o argumento principal para Jean-François Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, LGDJ, 1996, págs.69 e 70, qualificar esta garantia como hipoteca, embora o Autor reforce a debilidade do mesmo (uma vez que a sequela respeita ao estabelecimento no seu todo, correndo o credor o risco de o devedor fazer diminuir o seu valor através da venda dos elementos que a compõem, apesar de o legislador lhe impor essa obrigação e de sancionar penalmente a sua violação).

<sup>686</sup> Este preceito acrescenta que, no caso de a venda do estabelecimento não ocorrer em hasta pública, o adquirente que pretenda precaver-se das execuções dos credores garantidos deve, antes da execução ou no prazo de 15 dias após a intimação para pagamento que lhe for dirigida, notificar todos os credores com garantias inscritas.

<sup>687</sup> Legeais, *Sûretés 2009* cit., pág. 395 e Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 216.

<sup>688</sup> Neste sentido, Stéphane Piedelièvre, *Sûretés réeles – publicité foncière* cit., pág. 251, invocando em abono da sua posição a decisão da Cour de Paris de 27 de Setembro de 1996 (em caso de incumprimento da promessa, o Autor rejeita a possibilidade de execução específica, restando ao promitente fiel, para além da indemnização dos danos sofridos, exigir o imediato vencimento da obrigação garantida).

<sup>689</sup> Quando, pelo contrário, o penhor recair em mercadorias não destinadas a transformação (v. g., mercadorias importadas), a garantia poder-se-á constituir através do respectivo depósito em armazéns gerais ou até mesmo nas instalações do empenhador, desde que se produza a perda da disponibilidade exclusiva por parte do constituínte.

<sup>690</sup> Assim, Gabrielli, *I negozi costitutivi* cit., pág. 156 e 157.

<sup>691</sup> Dá conta das dúvidas da jurisprudência italiana a este respeito, Gabrielli, *I negozi costitutivi* cit., pág. 157.

Embora não sejam empenháveis as pessoas em si, nem tão pouco as suas prestações desportivas, já se sustentou a possibilidade de dação em penhor do produto da cessão a outro clube dos direitos exclusivos a obter as prestações de um jogador (ou destes mesmos direitos em si considerados, independentemente de qualquer cessão), eventualmente associado aos direitos decorrentes do uso dos direitos de imagem respeitantes ao mesmo.

Em termos práticos, a garantia tem como objecto o produto da transferência do jogador para outro clube, o qual apenas poderá tornar-se propriedade da sociedade alienante depois de satisfeito o credor pignoratício, devendo do contrato de penhor constar que o objecto da garantia é constituído pelo crédito futuro resultante de uma eventual cessão do(s) jogador(es) mencionados e permanecerá até integral pagamento do crédito garantido, juntamente com um mandato irrevogável para a cobrança do crédito.<sup>692</sup>

Incidindo o penhor sobre os direitos exclusivos de utilização desportiva (e/ou de imagem) do jogador, esta é uma garantia sobre um bem presente, devendo constituir-se nos mesmos termos da transmissão desses mesmos direitos (art.º 681.º, n.º 1).

Discute-se, ainda, a susceptibilidade de colocação em penhor de uma miríade de bens, de entre os quais avultam o direito de arrendamento, a apólice de um seguro de vida, uma concessão administrativa ou o crédito resultante de celebração de um contrato de empreitada de obras públicas.<sup>693</sup>

---

<sup>692</sup> Assim, Claudio Coccia, *É possibile il pegno dei diritti di utilizzazione di un giocatore di basket?*, in *Rivista di diritto sportivo*, Milão, n. 45 (Out-Dez 1993), págs. 679 a 685. Para este Autor, o desapossamento concretizar-se-á na impossibilidade de a sociedade devedora, sem o consentimento do credor, ceder a cessão dos direitos de utilização desportiva a terceiros ou cobrar o crédito resultante da cessão (para além de, em termos processuais, ser forçoso notificar a Liga e os demais clubes da constituição da garantia). Porém, o Autor admite que possam colocar-se algumas dúvidas quanto ao enquadramento desta garantia no âmbito do penhor, sobretudo porque ao credor não assiste a faculdade de requerer a venda executiva do jogador (embora possa requerer à Liga a activação de um procedimento destinado à recuperação do seu crédito): assim sendo, não lhe repugna a qualificação desta figura como garantia atípica. Todavia, Barbara Cusato, *ob. cit.*, págs. 146 a 148, defende que a constituição de penhor sobre os chamados direitos de utilização desportiva dos jogadores (que conferem aos clubes um direito de utilização exclusiva dos atletas), ou melhor, sobre o produto da respectiva venda, coloca dúvidas, porquanto esses direitos apenas são alienáveis durante um curto período de tempo que medeia entre o encerramento de uma época desportiva e o início da seguinte (parece-nos, porém, que tal facto não será impeditivo da constituição da garantia, podendo apenas suceder que o credor pignoratício tenha que aguardar por aquele momento para proceder à execução da garantia).

<sup>693</sup> No direito francês, esta hipótese encontra-se expressamente contemplada nos art.ºs 106.º e segs. do *Code des Marchés Publiques*, na redacção introduzida pelo Decreto n.º 2008-1334, de 17 de Dezembro, nos termos dos quais a entidade pública adjudicante fornecerá ao empreiteiro empenhante um certificado comprovativo do contrato de empreitada, devendo o credor pignoratício notificar aquela entidade adjudicante da constituição do penhor, embora surjam dúvidas acerca da natureza pignoratícia desta garantia, respondendo afirmativamente Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 377 (rejeitando a qualificação de delegação de receitas – tendo em conta a circunstância de o credor poder receber directamente o crédito empenhado, nos termos do n.º 2 do art.º 107.º – para a qual seria necessária a existência de um mandato, o que não acontece neste caso) e negativamente Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *Economica*, 1986, pág. 200 e segs. (sobretudo tendo em conta que o credor pignoratício se encontra habilitado para, por si só, cobrar directamente o crédito garantido, de modo que *“C’est en effet l’État (...) qui devient le débiteur principal du créancier. Le droit pour ce dernier de recevoir son paiement n’est pas soumis à la condition de non-paiement de la créance par le débiteur initial. Il y a là plus qu’une dérogation à la prohibition du pacte comissoire. Le recours du créancier contre le débiteur initial n’est même pas organisé par le texte (...). Un tel nantissement de créance qui a pour effet de transférer la charge du paiement du débiteur initial au débiteur de la créance nantie n’est pas un véritable nantissement”*, concluindo estarmos perante uma cessão de créditos). Quanto aos principais efeitos da garantia, antes do vencimento do crédito garantido discute-se se o credor pignoratício poderá ceder o crédito recebido em garantia (admitem esta possibilidade Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial*

Relativamente ao primeiro, a interrogação advém das dúvidas acerca da sua natureza real ou obrigacional e mobiliária ou imobiliária;<sup>694</sup> no caso das apólices e das concessões, as dúvidas prendem-se, respectivamente, com a própria natureza da própria operação<sup>695</sup> e da concessão.<sup>696</sup>

#### 4 - Obrigações garantidas pelo penhor ou créditos garantidos<sup>697</sup>

cit., pág. 379, mas apenas se o cessionário for um estabelecimento de crédito, à imagem do que sucede com a Loi Dailly); após o vencimento, o credor pignoratício, desde que tenha notificado a entidade adjudicante da constituição da garantia, pode cobrar e encaixar directamente o crédito onerado.

<sup>694</sup> Hardel, ob. cit., pág. 99 e segs., destaca como a jurisprudência francesa da época já admitia um penhor com este objecto, realçando que o mesmo recai sobre o crédito do locatário contra o proprietário, nos termos do qual este deve facultar àquele o gozo do imóvel, em contrapartida do pagamento das rendas (em consequência, o modo de constituição da garantia será o vigente para o penhor de créditos, embora o Autor reconheça ser mais fiável um sistema que exija a inscrição, à margem, no registo predial do imóvel). No entanto, não deixa de reconhecer que tal solução apenas será possível caso se qualifique o direito de arrendamento como um direito de natureza pessoal (e não real) e, por isso mesmo, mobiliário: ora, entre nós coloca-se um problema análogo, porquanto se o arrendamento for considerado um direito real e por força do disposto no art.º 204.º, n.º 1, alínea d), tal direito será insusceptível de penhor (porquanto a lei o qualifica como imóvel); se, ao invés e na linha da doutrina dominante, tal direito for qualificado como obrigacional, tal obstáculo deverá ter-se por superado, incidindo a garantia que o locatário dispõe, face ao senhorio, de ocupar o imóvel arrendado (bem como às demais prestações inerentes a tal contrato).

<sup>695</sup> Hardel, ob., cit., pág. 103 e segs. (e depois de mencionar que a lei admite um penhor com tal objecto, cuja constituição pode ocorrer nos mesmos termos do penhor de créditos – com a nuance de, quando o contrato de seguro tenha sido subscrito a favor de um terceiro, ser exigível o consentimento deste - ou, alternativamente, através de endosso), destaca que o efeito deste penhor é o de *“le créancier est payé sur le capital assuré, les primes doivent avoir été acquittées par le débiteur. Si le créancier ne veut pas verser les primes que ce dernier ne paie plus ou si la créance vient à échéance avant celle de la police, il pourra obtenir la valeur de rachat de celle-ci, qui peut ne pas être élevée, cela rend bien fragile la garantie du créancier nanti d’un tel titre”*. Na opinião do Autor, as interrogações decorrem da configuração jurídica da operação de empréstimo garantido por um penhor com este objecto, sugerindo não se tratar de um verdadeiro penhor, mas antes de um simples empréstimo (mais concretamente, em caso de não pagamento do crédito garantido *“la compagnie ne vend, ni ne se fait attribuer les bénéfices de la police. Par le rachat d’office, c’est elle qui au contraire acquitte le solde de la dette déduction faite de l’avance. S’il y avait gage, la clause autorisant le rachat d’office devrait s’analyser en un véritable pacte commissoire qui est interdit par la loi”*) garantido através de uma compensação legal de créditos.

<sup>696</sup> Entre nós, será admissível, pelo menos (e, na medida em que a parte geral do regime substantivo do Código dos Contratos Públicos, doravante CCP – cfr. art.º 280.º, n.ºs 1 e 2 do Código - se aplica aos demais contratos administrativos dispersos noutra legislação – cfr. art.º 1.º, n.º 6, do mesmo Código -, a solução poderá ser transposta para as demais concessões), a oneração de uma concessão de obras públicas ou de serviços públicos, na dupla modalidade de penhor de direitos (no qual o objecto da garantia é a própria concessão) ou de créditos (quando o penhor recaia sobre os que decorram daquele contrato de concessão), uma vez que tais direitos são cedíveis pelo concessionário, mesmo na ausência de cláusula contratual nesse sentido (art.º 316.º do CCP), excepto nos casos pontuais previstos no art.º 317.º (porém, na falta de cláusula contratual e se a cessão ocorrer já no decurso da execução do contrato, será necessário o consentimento do concedente – art.º 319.º, n.º 1). Por seu turno Hardel, ob. cit., pág. 107 e segs., desvaloriza a controvérsia acerca da natureza jurídica das concessões administrativas, aceitando a empenhabilidade das mesmas, com base no facto de o concessionário ser titular de um ou mais créditos contra a entidade concedente, configurando a garantia como um penhor de créditos (ou melhor, admitindo que *“Si la concession administrative d’un marché ne peut former directement l’objet d’un nantissement, à cause de l’agrément facultatif du concessionnaire par l’administration, du moins les avantages et bénéfices en résultant sont susceptibles d’être cédés ou donnés en gage”*).

<sup>697</sup> Não se ignora que, nos termos do art.º 602.º, é lícito às partes acordar na limitação da responsabilidade do devedor a algum dos seus bens e, nomeadamente, ao bem dado em penhor, ficando o valor do crédito limitado ao valor da coisa dada em garantia, a qual, por essa razão terá de ser avaliada (relativamente a este último aspecto, vide Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 229 e 230 e Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 17, dando conta que a jurisprudência já teve oportunidade de qualificar esta situação como sendo uma dação

Conforme resulta da própria noção legal (cfr. n.º 1 do art.º 666.º) e como sucede com a generalidade das garantias, o penhor pressupõe um crédito cujo cumprimento visa assegurar, sendo que, por força do princípio da acessoriedade da garantia que adiante se escarpelizará,<sup>698</sup> tal obrigação deverá, em princípio, ser válida no momento da constituição da oneração pignoratícia.

Como melhor ser verá adiante, o carácter acessório do penhor produz determinadas consequências, de entre as quais avulta o facto de as características e os eventuais vícios do crédito se repercutirem sobre a garantia e, por outro lado, de a extinção do crédito garantido acarretar, em princípio, o mesmo efeito relativamente ao penhor.

Relativamente ao seu titular, exigir-se-á, em regra, que o crédito seja do credor pignoratício, porquanto crédito e penhor não poderão pertencer a pessoas diversas,<sup>699</sup> mas não será forçosa a respectiva identificação, como se depreende da possibilidade de garantir com penhor o crédito incorporado num título à ordem ou ao portador.<sup>700</sup>

Normalmente, tratar-se-á de garantir um crédito em sentido estrito, ou seja, uma pretensão resultante de uma relação obrigacional, mesmo que complexa,<sup>701</sup> mas não falta quem admita que o penhor possa garantir igualmente pretensões de outra índole, desde que autónomas, designadamente as denominadas pretensões reais.<sup>702</sup>

Em sentido oposto, parece que direitos de natureza não creditícia não poderão ser assegurados através do penhor, pois só os direitos que se possam fazer valer através da acção executiva são passíveis de ser tutelados por esta garantia e estes são apenas os direitos de crédito.<sup>703</sup>

No que concerne aos créditos propriamente ditos e para além daqueles de carácter pecuniário, nada parece obstar a que possam ser garantidos por penhor outros de diversa natureza,<sup>704</sup> contanto que, na data da realização da garantia, possa ser determinado o montante pelo qual responde o *pignus*.<sup>705</sup>

---

em pagamento, qualificação esta que os Autores rejeitam, argumentando que, na dação, o devedor não pode remir a coisa dada, que este mecanismo extingue imediatamente a dívida – não havendo, por isso, lugar ao pagamento de juros – e, finalmente, que a propriedade e os riscos da coisa passam para o credor).

<sup>698</sup> Vide infra n.º 6 do Capítulo I.

<sup>699</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 84, acrescentando que se alguém prometer um penhor ao seu credor e, no momento em da constituição da garantia, o credor originário já tiver cedido o crédito a terceiro, não se constitui nenhum penhor a favor do cedente (uma vez que este já não é credor), nem do cessionário (por não ter sido a favor deste que a garantia havia sido constituída).

<sup>700</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 85. No que respeita à pessoa do devedor, a sua irrelevância é também aceite, podendo ser o proprietário do bem a empenhar, o constituinte da garantia ou um terceiro.

<sup>701</sup> A propósito da hipoteca, Meneres Campos, ob. cit., págs. 97 e 98, escreve que “*Se a relação complexa compreende uma pluralidade de deveres a cargo do devedor, em regra, o vínculo hipotecário, entendido como uma relação de carácter unitário, cobre o cumprimento de todos esses deveres, embora as partes possam convencionar o contrário*”.

<sup>702</sup> Neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 190 (admitindo também o penhor em garantia de uma obrigação fideiussória) e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 84, especialmente nota 143, apontando como exemplo o penhor constituído em garantia das obrigações *propter rem*.

<sup>703</sup> Neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 191, considerando que eventuais penhores constituídos para garantir outros direitos (que, em todo o caso, deverão ser direitos a uma prestação, pois os direitos potestativos estão excluídos, por serem insusceptíveis de incumprimento) devem considerar-se penhores para assegurar os créditos que poderão surgir do incumprimento do direito originário.

<sup>704</sup> No que respeita às obrigações alternativas, coloca-se a questão de saber se a garantia pode dizer respeito a apenas um dos objectos. Responde negativamente Rubino, Il pegno cit., pág. 190, alegando a unidade da relação, considerando, por isso, que o penhor deve abranger todos os objectos, consolidando-se a favor da prestação em que se verifica a concentração. Pelo contrário, admite-o Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 86 e 87, nota 150, apontando como exemplo o caso se uma das prestações ser

Todavia, não se ignora que a segurança conferida por uma garantia não se projecta da mesma forma relativamente às obrigações de cariz não pecuniário, podendo até afirmar-se que, relativamente a estas, a garantia assegura, não tanto o cumprimento da obrigação, mas antes a responsabilidade pelo incumprimento.<sup>706</sup>

Se assim é, não se avistam obstáculos à constituição de um penhor para garantia de uma obrigação de *dare, facere* ou *non facere*, desde que a mesma seja válida,<sup>707</sup> sendo mais duvidosa a empenhabilidade de direitos potestativos.<sup>708</sup>

Não contestando a validade de um penhor em garantia de obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, não ignoramos que a viabilidade das mesmas enfrenta algumas especificidades e diversos obstáculos.

As especificidades residem na circunstância de, nestes casos, o penhor não garante o cumprimento exacto da obrigação assegurada, uma vez que perante o incumprimento do devedor e caso o credor opte por executar o penhor, este não se extingue como consequência de um pagamento, mas antes porque a quantia obtida com a alienação do bem dado em garantia se aplica à satisfação do crédito afiançado.

Daí que a garantia assegura o êxito da execução forçada da obrigação não cumprida ou, noutros termos, que “*si bien la obligación garantizada no tiene por qué ser necesariamente pecuniaria, la garantía siempre lo es, dado que lo único que asegura en último término es el cobro de la cantidad de dinero obtida de la realización*”.<sup>709</sup>

---

particularmente precária, de modo que se deva considerar vantajoso ou necessário assegurá-la com uma garantia.

<sup>705</sup> Neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 27 (acrescentando que, de outro modo, não seria possível atribuir o produto da venda ao credor pignoratício) e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1483 (“*La deuda no ha de ser de dinero, sino que es suficiente que pueda transformarse en una deuda dineraria*”). Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 229, considera só poderem ser garantidas por penhor “*as obrigações avaliáveis em dinheiro*” (nos mesmos termos se exprime Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 17), em virtude de o destino final ser a sua venda (muito embora o Autor não esclareça se esta avaliação terá de ocorrer no momento da constituição da garantia ou apenas no da respectiva execução). Alguns Autores franceses vão ainda mais longe e admitem a constituição de penhor em garantia de qualquer tipo de obrigação (cfr. Troplong, ob. cit., pág. 23 - impondo como única condição a validade da mesma - Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 537, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 197 - apontando como exemplos os empréstimos, as vendas, os mandatos, as locações e as obrigações delituais, fiscais e sociais - Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 257 e Philippe Simler e Philippe Delbecque, Droit civil cit., págs. 452 e 453), entendimento este também perfilhado em face do direito catalão (cfr. Barrada Orellana, ob. cit., pág. 53, com apoio no art.º 13.º da LDRG - actual art.º 569-14, n.º 1, do Código Civil da Catalunha - que estabelece que “*La prenda puede garantizar cualquier obligación*”, norma da qual a Autora retira suporte para admitir poderem ser garantidas as obrigações de dar, fazer e não fazer, impondo como único limita a licitude da prestação).

<sup>706</sup> Assim, Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 418 e 419, rematando que se a obrigação garantida não for pecuniária “*en última instancia no tiene sino la seguridad de poder obtener una suma de dinero que le resarza del incumplimiento de aquella in natura*”.

<sup>707</sup> Admitindo o penhor em garantia de obrigações de *dare* e *facere*, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 341, Jacques Ghestin e outros., Droit commun cit., pág. 315, Alex Weil, ob. cit., pág. 77, Laurent Aynés e Pierre Crocq, ob. cit., pág. 198, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 31, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 72 (Guillouard, ob. cit., pág. 27, apenas se refere à segunda hipótese) e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 471 (acrescentando que tal empenhabilidade prescinde da natureza fungível ou infungível da prestação).

<sup>708</sup> Nega a empenhabilidade de tais direitos Rubino, Il pegno cit., pág. 191, nota 4, fundamentando a sua posição na insusceptibilidade de incumprimento dos mesmos.

<sup>709</sup> Neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 54. Em termos aproximados Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1871, para quem, nesta eventualidade e em caso de incumprimento da obrigação garantida, a garantia passa a incidir sobre “*una cantidad de dinero, la alcanzada con la venta de la cosa, que servirá para satisfacer la obligación pecuniaria en que forzosamente, a estos efectos, se convierte la inicial, ante la imposibilidad de su cumplimiento específico, que abre paso a la satisfacción por equivalência (...) lo*

A principal dificuldade relaciona-se com a dificuldade de avaliação pecuniária da obrigação garantida, a qual poderá ser contornada considerando que, no momento da execução, o objecto da prestação ter-se-á convertido no montante pecuniário correspondente aos danos provocados pelo incumprimento da obrigação inicialmente assumida.<sup>710</sup>

Todavia, tal constatação poderá não bastar, na medida em que alguns ordenamentos jurídicos exigem, como vimos, a indicação, no momento da constituição da garantia, do montante do crédito assegurado:<sup>711</sup> quando não exista tal imposição legal, a garantia responderá, sem limite, pelo valor total que o crédito garantido apresente no momento da execução,<sup>712</sup> embora se possa igualmente defender que, sobretudo no caso de prestações periódicas, se deva indicar o montante provável que poderá vir a ser garantido.<sup>713</sup>

Por último e no que concerne às obrigações de dar, o assegurar do seu cumprimento através de um penhor afigura-se de menor importância em sistemas jurídicos, com o nosso, em que a transferência da propriedade se dá por mero efeito do

---

*que se asegura es, en realidad, las consecuencias de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación garantizada*” (acrescentando que as partes podem pré-quantificar, no momento da constituição da garantia, o valor pelo qual esta responde em caso de incumprimento da obrigação principal, sendo esse o montante máximo que, em sede de execução, o credor poderá reclamar e obter). Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 471, acrescenta que, nas obrigações pecuniárias, a execução produzirá os mesmos resultados que o cumprimento voluntário, enquanto nas demais os montantes obtidos em sede de execução servirão para, perante a impossibilidade de um cumprimento específico, ressarcir a responsabilidade pelo incumprimento.

<sup>710</sup> Assim, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 190, sustentando que o montante do crédito assegurado deverá ser, pelo menos determinável, o que se conseguirá através da remissão para a futura transformação num crédito a uma indemnização pelo dano de incumprimento da obrigação inicial (em sentido análogo, Guillaouard, *ob. cit.*, pág. 27, considerando que a obrigação de fazer, quando incumprida, se transforma numa obrigação de pagamento de uma indemnização e de juros, os quais serão garantidos pelo penhor). Jacques Ghestin e outros, *Droit commun* cit., pág. 315, advogam que a avaliação com base no preço ou na contrapartida devida será válida para os contratos sinalagmáticos, mas admitem existir prestações de muito difícil avaliação, como sucede com os casos em que o penhor assegure uma obrigação de garantia (como o penhor dado como segurança de uma garantia contra os vícios de uma determinada coisa). Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 27, por seu turno, notam que, ao contrário do que sucede para a hipoteca, nenhum preceito impõe – sempre que o objecto do crédito garantido seja diverso de dinheiro – a liquidação aproximada no momento da constituição do penhor, pelo que subsiste a dúvida se tal menção também será exigível no caso do penhor (muito embora não ignorem a obrigação, imposta para o penhor pelo n.º 3 do art.º 2787.º, de indicação suficiente do crédito garantido). Finalmente, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 472, admite que as partes possam, no momento da constituição da garantia, definir a quantia exacta ou o montante máximo pelo qual a garantia responde: se o não fizerem, caberá ao credor alegar e provar quais os danos resultantes do incumprimento de tal obrigação não pecuniária, pelos quais responderá o bem onerado.

<sup>711</sup> Face a esta imposição, Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 38, considera que não bastará a designação do crédito garantido, sendo ainda necessária a indicação da soma que a garantia assegura, exigência esta válida para as obrigações pecuniárias e de fazer (apontando o exemplo da abertura de crédito, o Autor sustenta a obrigatoriedade de menção da soma até à qual o crédito poderá ascender). Ao invés, não reputa indispensável a indicação da natureza do crédito, do título que o comprove e a data do seu vencimento. No direito catalão, Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 54, apesar da inexistência de tal obrigação, considera aconselhável – no caso de a obrigação garantida ser de natureza não pecuniária – a indicação, no momento da constituição do penhor, do montante da responsabilidade em caso de incumprimento pois, caso contrário, terão de sujeitar-se à decisão judicial que quantifique os prejuízos causados pelo incumprimento.

<sup>712</sup> Albaladejo, *Derecho Civil III* cit., págs. 699 e 700, defende esta solução para o penhor (comum) no direito espanhol, apesar de a lei impor a indicação do montante da obrigação garantida no momento da constituição da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento, considera tais normas como excepcionais e, como tal, insusceptíveis de aplicação a outras garantias reais.

<sup>713</sup> Para a hipoteca, Meneres Campos, *ob. cit.*, pág. 100.

contrato (cfr. art.º 408.º, n.º 1), por comparação do que sucede naqueles outros nos quais, em ordem à transferência da propriedade, se exige a tradição do bem: por ser assim e em face deste carácter instantâneo da transmissão da propriedade, alguns Autores afixam inclusivamente que a prestação de garantia para assegurar obrigações desta índole se torna previsivelmente inútil.<sup>714</sup>

Noutro plano, nada parece impedir que o penhor garanta obrigações genéricas ou alternativas, consolidando-se a prestação a garantir com concentração ou a escolha do devedor.<sup>715</sup>

Dúvidas existem relativamente às obrigações naturais, em razão da impossibilidade de o cumprimento das mesmas ser judicialmente exigido, facto que conduz alguns autores a negar a constituição de penhor para tutelar este tipo de créditos, argumentando ser da natureza do penhor a conservação de um bem móvel em vista da sua (eventual) execução forçada, destinando-se a garantia, precisamente, a reforçar a eficácia daquela.<sup>716</sup>

De facto, se o devedor não pode ser coagido judicialmente ao cumprimento da dívida, como se poderá equacionar a existência de uma garantia de uma potencial execução a mover contra ele?<sup>717</sup>

Todavia, não falta quem sustente posição inversa,<sup>718</sup> designadamente argumentando que a acessoriedade apenas implica que o penhor não se possa constituir

---

<sup>714</sup> Assim, Jacques Ghestin et outros, *Droit commun* cit., pág. 315.

<sup>715</sup> Defendem a mesma solução para a hipoteca, Meneres Campos, ob. cit., págs. 97 e 98 e Entre nós, Antunes Varela, *Das obrigações* cit., pág. 762, considerando estes últimos que a incoercibilidade jurídica da obrigação natural obsta a que o seu cumprimento possa ser assegurado através de qualquer garantia pessoal ou real – prestada pelo devedor ou por terceiro –, porquanto o devedor conserva, até ao momento do cumprimento, a plena liberdade de não cumprir

<sup>716</sup> Neste sentido, Meneres Campos, ob. cit., pág. 97, a respeito da hipoteca, mas com plena aplicação ao penhor (alegando que “*Consistindo em deveres jurídicos, traduzidos num simples poder de pretender, não permitem ao titular activo da relação jurídica hipotecária lançar mão da acção executiva com o fim de realizar e assegurar o seu direito*”). Esta posição é igualmente assumida por Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., págs. 96 e 97 (com base na ausência de uma relação jurídica a assegurar entre credor e devedor – razão pela qual o incumprimento não pode ser juridicamente produtor de efeitos, dada a incoercibilidade da obrigação – e alegando que a solução contrária passaria por atribuir às obrigações naturais um efeito jurídico adicional, para além do único que a lei lhes reconhecer – a *solutio retentio*), Chiorni, ob. cit., pág. 437 (afirmando que “*la sicurtà reale non può accedervi validamente: non vi si adatta il concetto di esecuzione reale, perchè questo suppone un vincolo eseguibile coattivamente per sé; non il concetto di garanzia, non potendosi ottenere coattivamente in tal modo l’esecuzione del rapporto principale non eseguibile per via diretta*”), Rubino, *Il pegno* cit., pág. 191, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 27, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 634 e Montel, *Pegno* cit., pág. 791 e, de acordo com Barbara Cusato, ob. cit., pág. 42, pela jurisprudência tradicional italiana. Questão diversa, à qual o primeiro Autor dá resposta negativa, é a de saber se a constituição de um penhor em garantia de uma obrigação natural, por parte do respectivo devedor, se traduz na vontade de criar uma obrigação civil em detrimento da natural (contra, Jacques Ghestin et outros, *Droit commun* cit., págs. 316 e 317, argumentando que a prestação de uma garantia para assegurar uma obrigação de honra deverá transformar esta última numa obrigação jurídica e executável).

<sup>717</sup> Colocam a questão nestes termos, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 72 e Alex Weil, ob. cit., pág. 77 (textualmente “*une obligation naturelle ne peut être garantie par un gage: celui-ci procure au créancier une garantie d’exécution, alors que la caractéristique de l’obligation naturelle réside dans l’absence de toute exécution forcée à l’encontre du débiteur.*”) e à mesma conclusão chegam Simler e Delebecque, *Droit civil* cit., pág. 453. Para além disso, também se poderá questionar em que medida será razoável, tendo em conta o princípio da acessoriedade, que a garantia possa ser mais forte ou mais eficaz que a obrigação principal – cfr. Faggella, ob. cit., pág. 28.

<sup>718</sup> Cfr. Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 228, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 17, Troplong, ob. cit., pág. 23, Ghestin et outros, *Droit spécial* cit., pág. 199 (por assumirem que a concessão do penhor converte a obrigação garantida de natural e civil, pois tal facto significará “*l’acceptation des moyens de contrainte que le doit entraîner*”) e, principalmente, Faggella, ob. cit., págs. 28 e 29.

na ausência de uma obrigação principal existente, não devendo a obrigação natural considerar-se como inexistente, mas antes como um dever ético a que a própria lei reconhece determinados efeitos (o mais visível dos quais é a *soluti retentio*), alvitando alguns até que a prestação de garantia origina a conversão da obrigação de natural em civil, podendo o credor satisfazer-se através dos meios que aquelas garantias facultam.<sup>719</sup>

Partindo destas premissas e tendo, ainda, em conta a veleidade de o devedor reconhecer a sua obrigação natural e transformá-la em civil, consideramos admissível a constituição de um penhor em garantia da obrigação natural inicialmente assumida.<sup>720</sup>

Um caso particular de obrigação natural diz respeito às obrigações prescritas,<sup>721</sup> uma vez que, nesta hipótese, topamos com uma norma legal – cfr. art.º 304.º, n.º 2, que vem impedir a repetição de uma obrigação prescrita voluntariamente cumprida, independentemente do modo de satisfação do credor, do reconhecimento do direito prescrito e da eventual prestação de garantias -,<sup>722</sup> discutindo-se, porém, se o seu alcance se circunscreve às garantias prestadas pelo devedor ou, pelo contrário, abarca igualmente as outorgadas por terceiros.<sup>723</sup>

No caso da prescrição e como esta tem que ser invocada, não sendo de conhecimento oficioso (cfr. art.º 303.º), se tal invocação não tiver ocorrido será de admitir a validade do penhor, o mesmo sucedendo, por maioria de razão, caso a

---

<sup>719</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Obrigações naturais*, in *BMJ* n.º 53 (1956), pág. 158, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 330 e segs. (alegando que “*Ao oferecer uma garantia ao credor (...) o devedor reconhece o crédito do credor como crédito civil: confere-lhe a força de que estava despojado*” e “*Aceitando-se que a obrigação natural é uma autêntica obrigação jurídica, embora com a especificidade de impossibilidade de realização coactiva da prestação, não vemos razão para recusar a possibilidade de o crédito do credor de obrigação natural ser objecto de uma garantia de terceiro (...) embora com a óbvia advertência de que, tratando-se de uma garantia acessória, a mesma não pode deixar de sofrer, na sua configuração e no seu regime influência (...) da obrigação principal*”), Almeida Costa, *Direito das obrigações cit.*, pág. 186 (escrevendo que “*uma vez que se admite a validade de um reconhecimento ou promessa de cumprimento, também parece de admitir, em tese geral, que as obrigações naturais possam ser asseguradas mediante fiança, penhor ou hipoteca, conquanto que essas garantias não se mostram incompatíveis com os motivos por que a dívida é incoercível*”) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 61 e segs. (considerando, em razão daquela conversão da obrigação de natural em civil, que o devedor não pode deixar de cumprir sem sofrer quaisquer sanções, acrescentando ainda, em abono da sua posição, que a mesma é confortada pelo reconhecimento legal da promessa de cumprimento).

<sup>720</sup> Nesta conformidade, Faggella, ob. cit., pág. 29, muito embora considere que a constituição de penhor em garantia de uma obrigação natural não produz, por si só, o efeito de transformar a aquela num vínculo de natureza civil (para além de reconhecer que, enquanto a obrigação não for de carácter civil, o credor não poderá coagir o devedor ao cumprimento).

<sup>721</sup> No sentido em que as obrigações prescritas se enquadram na categoria das obrigações naturais, vide Januário da Costa Gomes, ob., cit., pág. 332. No direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1501, aceitam a constituição de um penhor em garantia de uma obrigação prescrita. Em Itália, Protetti, ob. cit., pág. 16, elenca algumas decisões judiciais admitindo que o penhor poderá ser constituído em garantia de um crédito já prescrito, sendo a mesma solução defendida, no nosso ordenamento, a propósito da hipoteca por Meneres Campos, ob. cit., pág. 98.

<sup>722</sup> De acordo com Januário da Costa Gomes, ob., cit., págs. 332 e 333, esta norma tem sido invocada como argumento para sustentar que a prestação de garantia opera a civilização das obrigações naturais em geral.

<sup>723</sup> Inclina-se nesta segunda direcção Januário da Costa Gomes, ob., cit., págs. 335 e 336, assegurando que “*Não há, na verdade, razão para distinguir, a nível de regime, entre uma garantia prestada pelo devedor e uma garantia consentida pelo devedor e que se destina a ser, afinal, pelo mesmo suportada*”.



obrigação não se encontrasse prescrita no momento da constituição da garantia, mas venha a prescrever antes de ser exigido o cumprimento daquela.<sup>724</sup>

Pressupondo o penhor um crédito a garantir, será legítima a respectiva constituição para assegurar o adimplemento de uma obrigação futura<sup>725</sup> ou condicional?<sup>726 727</sup>

Estas *fattispecie* podem ser enquadradas nas chamadas “*garantias de segurança*”, caracterizadas por assegurarem o cumprimento de obrigações não totalmente determinadas - ou relativamente às quais apenas se encontram definidos os traços gerais - no momento da respectiva constituição.<sup>728</sup>

Por ser assim, poderemos estar perante um enviesamento ao o princípio da especialidade (ao menos para quem não o acantone, enquanto traço definidor dos direitos reais, ao objecto da garantia – impondo a sua determinação - , projectando a sua

---

<sup>724</sup> Em termos concordantes, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 98, esclarecendo que apenas se a obrigação garantida já se encontrar prescrita e tal prescrição tiver sido declarada é que garantia não pode surgir, em razão do princípio da acessoriedade, uma vez que a obrigação principal já desapareceu.

<sup>725</sup> Faggella, ob. cit., pág.34, considera como penhor constituído em garantia de uma obrigação futura aquele que é concedido, no momento da celebração de um contrato-promessa, mas tendo em vista garantir o contrato definitivo, nomeadamente quando a promessa não seja cumprida (de acordo com este Autor, neste caso o penhor surge em garantia, não da execução da promessa, mas sim do crédito que derivaria da concretização do contrato prometido).

<sup>726</sup> Não confundir esta hipótese com outra, diversa, respeitante à constituição do penhor, enquanto direito, sob condição ou a termo, caso em que a vida do direito depende directamente da verificação de algum dos dois factos (nestes casos, Faggella, ob. cit., págs. 32 e 33, advoga que o direito do credor pignoratício nasce com a constituição da obrigação garantida, invocando o princípio da retroactividade da condição e da existência imediata do direito a termo. Pelo contrário, quando o penhor seja constituído em garantia de um direito condicional, o mesmo Autor sustenta que o direito não é condicional em si mesmo, mas em virtude do seu carácter acessório, existindo em toda a sua eficácia, embora possa extinguir-se em resultado da extinção do direito que asseguram). A susceptibilidade de o penhor garantir obrigações condicionais era já defendida por Troplong, ob. cit., pág. 23, embora o mesmo Autor pareça não admitir que o mesmo suceda com os créditos futuros (pois considera que a garantia se deve sempre juntar a uma dívida anterior). De acordo com Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 99 e 100, a possibilidade de garantia de obrigações condicionais não oferece quaisquer dúvidas, porquanto estas possuem uma existência actual, mesmo tratando-se de condição suspensiva e quando os seus efeitos estiverem dependentes da verificação de um acontecimento futuro (concluindo que, neste caso, a garantia produz efeitos desde a data da sua constituição e, sendo suspensiva, se não se verificar a garantia desaparece e, verificando-se, os efeitos retroactivos sobre a obrigação principal contaminarão também a garantia; sendo resolutiva, a garantia produzirá os seus efeitos até à verificação de tal condição)

<sup>727</sup> Nestes casos, poder-se-á afirmar, com Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 196, que o autor do penhor transmite a posse do bem a outrem na expectativa de que este se venha a constituir seu credor ou, nas palavras de Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., págs. 307 a 309, “*La chance de créance est déjà un bien qui mérite d’être préservé. Ansi, bien souvent, le créancier se fait-il garantir d’abord et prête-t-il ensuite.*”, acrescentando que, no ordenamento francês, a constituição de garantias (em geral e não especificamente de penhores) para assegurar de créditos futuros pode resultar, não apenas de contrato, mas também da lei (apontando como exemplo a hipoteca legal a favor dos menores, que poderá ser inscrita desde o início da relação tutelar e, por isso, mesmo antes da existência de qualquer crédito) ou de uma decisão judicial (as chamadas garantias judiciais conservatórias, que serão decretadas a favor de um crédito “*paraissant fondée en son principe*”). Já anteriormente, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 31, admitia a constituição de um penhor em garantia de uma dívida meramente eventual, apontando como exemplo a abertura de crédito garantida por penhor.

<sup>728</sup> Dá conta da existência desta categoria Barrada Orellana, ob. cit., pág. 59 (admitindo que a mesma terá sido criada pela doutrina alemã) e sustentando que, no caso das obrigações futuras e condicionais, o aspecto carecente de determinação é a própria existência e efectividade do crédito assegurado. Dentro desta categoria incluem-se ainda o denominado penhor de máximo (destinado a assegurar obrigações cujo montante definitivo se desconheça no momento da constituição da garantia, exigindo-se, por isso, que as partes fixem, nesse momento, o limite máximo pelo qual a garantia responde) e o penhor em garantia de valores não nominativos (caso em que é a titularidade do credor que é desconhecida no momento da constituição da garantia).

eficácia igualmente sobre a obrigação assegurada), e da acessoriedade (no sentido em que a garantia prescinde, neste caso, de uma obrigação presente e válida cujo cumprimento assegure),<sup>729</sup> podendo mesmo afirmar-se que apenas se atesta que a garantia subsiste se vier a comprovar-se definitivamente a existência do crédito, mas não se presume a existência deste último.<sup>730</sup>

O nosso Código Civil<sup>731</sup> admite inequivocamente que o penhor possa garantir obrigações condicionais ou futuras (cfr. n.º 3 do art.º 666.º),<sup>732</sup> muito embora

---

<sup>729</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 102, relativiza esta questão, alegando que daquele princípio resulta que será sempre necessária, senão para o nascimento da garantia ao menos para a sua efectividade, a existência de uma obrigação assegurada, que poderá ser actual, condicional ou futura.

<sup>730</sup> Neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 59 e 60, concluindo que apenas aquando do surgimento e da exigibilidade da obrigação garantida o “penhor de segurança” se transforma num penhor ordinário e só então será possível proceder à respectiva execução.

<sup>731</sup> Defendendo a mesma solução em face do Código de Seabra, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 18, apontando como exemplo a abertura de crédito.

<sup>732</sup> Diversamente, o CCI não contém nenhum preceito a este respeito. Todavia, o art.º 2852.º - ditado para a hipoteca, mas extensível, segundo alguns (cfr. Rubino, Il pegno cit., pág. 189, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 25 e Andrea Magazzù, L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito su pegno, in BBTC, 1956, II, pág. 450) ao penhor – admite a possibilidade de constituição da garantia para créditos sujeitos a condição suspensiva ou que possam resultar de uma relação jurídica já existente. De acordo com o primeiro Autor, a diferença entre estas duas hipóteses reside na circunstância de, na condição suspensiva, a verificação desta e a respectiva retroactividade, fazer com que o penhor se considere constituído quando o crédito já existia, ao passo que na outra hipótese o crédito nasce sempre apenas para o futuro. Pelo contrário Montel, Pegno cit., pág. 792, considera a disposição do art.º 2852.º (juntamente com algumas outras que enumera) como excepcional e, por isso, postula a existência de “*un divieto generale della costituzione di una garanzia reale per una obbligazione futura*”. Já antes da entrada em vigor do CCI, Chironi, ob. cit., págs. 433 a 435, admitia o penhor em garantia de obrigações condicionais (uma vez que, não obstante a condição, a obrigação se encontra constituída, embora com eficácia suspensa, retroagindo, com a verificação da condição, o nascimento da obrigação à data do negócio, o mesmo efeito de produzindo relativamente à garantia dessa obrigação: todavia, o Autor excepciona as condições meramente potestativas – cuja verificação depende unicamente da vontade do obrigado – as quais apenas se deverão considerar existir no momento em que tal vontade se manifeste, o mesmo sucedendo com o penhor que as garante) ou a termo (uma vez que este não suspende a existência da obrigação, mas apenas o seu exercício). Em França, o art.º 2071.º do Código de Napoleão dispunha que o penhor se destina a garantir o cumprimento de uma dívida (sem mais), pelo que, perante esta ausência de distinção por parte do legislador, já alguns Autores clássicos admitiam que a garantia pudesse ser prestada para assegurar uma dívida futura, condicional ou indeterminada (Guillouard, ob. cit., pág. 28 e outros autores por ele citados e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 72, apontando como exemplos o penhor constituído em garantia de uma abertura de crédito e ainda casos em que o penhor é exigido, não pelo credor, mas antecipadamente por um terceiro, actuando como gestor de negócios de credores eventuais, desconhecidos no presente e cujo créditos poderão nunca vir a nascer – é o que sucede quando o Estado obriga um funcionário a depositar uma caução para garantir eventuais despesas originadas por actos culposos por ele praticados), sendo o mesmo entendimento perfilhado por outros estudiosos mais recentes, como Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 537 (que se referem às obrigações condicionais e eventuais), Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 197 (apontando como exemplos as aberturas de crédito e de contas correntes), Alex Weil, ob. cit., pág. 77 (referindo-se às obrigações condicionais, a termo ou eventuais e indicando como incluídas nesta última categoria as aberturas de crédito), Philippe Simler e Philippe Delbecque, Droit civil cit., págs. 452 e 453 (adiantando ser suficiente que o crédito existe em germen), Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 51, Philippe Thèry, ob. cit., pág. 295 e Stéphane Piedlièvre, Les sûretés cit., págs. 175 e 176 (aludindo os quatro últimos autores à constituição de penhor em garantia de aberturas de crédito). Actualmente e depois da reforma de 2006, o art.º 2333.º, n.º 2, afirma reconhece expressamente que o penhor possa garantir créditos futuros, embora o preceito em questão advirta que esses créditos futuros garantidos terão que ser determináveis. Segundo Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., págs. 534 e 536, a possibilidade de o penhor garantir créditos futuros constitui uma atenuação significativa do princípio da especialidade do crédito garantido, muito embora a exigência de determinabilidade deste imponha a indicação de elementos capazes de a identificar, tais como o devedor, o credor e a natureza da operação geradora do crédito No direito espanhol, o art.º 1861.º do CEE dispõe que o penhor pode assegurar o cumprimento de qualquer

---

obrigação, incluindo as sujeitas a condição suspensiva ou resolutória, preceito que fundamenta a admissibilidade (desde logo jurisprudencial – vide a Sentença da Audiência Provincial de Huelva n.º 47/2006, de 21 de Março, citada por Lerena Cuenca e outros., ob. cit., págs. 511 e 512) de a garantia assegurar obrigações futuras e créditos ilíquidos - neste sentido, Puig Brutau, ob. cit., pág. 24 (apontando como exemplo as aberturas de crédito, muito embora reconheça a necessidade de uma fórmula que permita conhecer o montante do crédito exigível na data do seu vencimento), – Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1860, 1871 e 1872 - aceitando igualmente a licitude de um penhor constituído em garantia de obrigações futuras, escrevendo que o princípio da acessoriedade “*no implica, a mi juicio, que el crédito a garantizar deba existir necesariamente en el momento de la constitución de la garantía, sino que puede nacer en momento posterior y, no obstante, resultar válida, en principio, la carga acesoria, aunque siempre subordinada a la efectiva existencia de la principal*” e, por outro lado, que do art.º 1861.º do CCE resulta que o penhor pode garantir créditos futuros, ficando a garantia, dado o seu carácter acessório, submetida às mesmas vicissitudes da obrigação principal –, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 473 e Codero Lobato, Comentario cit., pág. 2142 (salientando como desta consagração legal decorre que não se exige a existência de uma prévia relação jurídica, da qual brotará a obrigação garantida, como condição de prestação da garantia, mas não sem registar a posição contrária da Direcção dos Registos e Notariado – que exige, como condição da prestação da garantia hipotecária, a pré-existência de uma relação jurídica entre as partes – posição criticada pela Autora, “*dado que las garantías no son accesorias de relaciones jurídicas, sino de obligaciones, hay que afirmar que siempre que la obligación futura esté suficientemente determinada, la existencia de una relación jurídica antecedente no determina más la obligación ni evita que el nacimiento de la obligación sea totalmente aleatorio y eventual*”); já Olivencia Ruiz, ob. cit., págs. 46 e 47, destaca que o problema da determinação quantitativa da obrigação principal – que inicialmente era remetida para o livre arbítrio do credor – passou, por determinação legal e para os penhores constituídos por valores que garantam estas aberturas de crédito, a fazer-se por acordo das partes, podendo este, contudo, remeter “*la fijación de la cantidad exigible a la certificación de la entidad de crédito acreedora*”), aceitando De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 61, a constituição de um penhor em garantia de uma abertura de crédito bancário (esclarecendo que “*no hay dificultad en admitir que en la apertura de crédito la obligación del acreedor está sometida a la condición de que llegue a utilizar el crédito concedido*” e “*Con el fin de poder conocer la cuantía del crédito exigible en el momento del vencimiento, es práctica totalmente generalizada en la operativa bancaria la inclusión de una cláusula que establece que el acreditado se somete a la liquidación practicada por el Banco*”). Finalmente, García Vicente, La prenda cit., pág. 79 e segs., realça como do regime civilístico do penhor não ressaltam quaisquer dúvidas relativamente à possibilidade de o penhor assegurar obrigações condicionais, a termo ou futuras (ou até um conjunto global de obrigações, umas presentes, outras futuras), esclarecendo que a garantia produz efeitos retroactivos à data da sua constituição, em prejuízo dos credores intermédios, cuja garantias sejam formalizadas antes do nascimento efectivos dos créditos futuros onerados (sobretudo considerando a insuficiência dos mecanismos de publicitação do penhor) e até do próprio devedor (que compromete, de uma só vez e para o futuro, uma fatia relevante do seu património): todavia, esta não é uma possibilidade ilimitada, porquanto há que respeitar a obrigação de determinação da obrigação assegurada (art.ºs 1271.º e 1273.º do CCE), a qual impõe a identificação das partes da relação obrigacional, dos negócios ou relações das quais poderão brotar os créditos a onerar, bem como limitações temporais (por exemplo, para créditos que nasçam de contratos duradouros, estabelecer um limite temporal até ao qual ficarão onerados) e quantitativas (ainda que esta exigência, na óptica do Autor, se destine sobretudo à protecção do próprio devedor), mas sem que se exija necessariamente que o crédito futuro resulte de uma relação jurídica pré-existente no momento da constituição da garantia. Também no direito catalão se admite o penhor em garantia de créditos futuros e/ou condicionais, possibilidade expressamente admitida pelo art.º 569-14, n.º 1, do Código Civil da Catalunha. Por fim, o § 1204, n.º 2, do BGB, admite igualmente que o penhor possa constituir-se em garantia de créditos futuros ou condicionais, acrescentando o §1209 que, mesmo neste caso, a graduação do direito de penhor é aferida em função da data da constituição da garantia (de acordo com este regime legal, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1501 e 1502, vaticinam que será necessário apenas que o crédito a garantir seja determinável – embora possa ser futuro ou condicional, desde que se possa identificar com clareza qual é o crédito –, não sendo forçosa a sua quantificação e, por outro lado, que a preferência que ele assegura apenas poderá ser exercida se o crédito garantido vier a nascer e se encontre vencido no momento da execução: em suma, os Autores sustentam que “*la prenda no depende entonces del crédito, sino de la finalidad de garantía; y se extingue en el mismo momento en que consta que el crédito al que se refería el acuerdo real no va a llegar a nacer*”).

seja necessário identificar os efeitos desta relativa aleatoriedade do crédito assegurado sobre a garantia pignoratícia.

Enquanto o crédito não nascer, o penhor produz como efeito principal o afastamento do risco de deterioração ou perecimento do bem (na medida em que o credor adquire, desde logo, a posse do mesmo)<sup>733</sup> e, simultaneamente, assegura ao credor pignoratício, no confronto com outros credores preferentes, o grau resultante da data da constituição do penhor e não o do nascimento ou da plena eficácia do crédito (caso contrário, seria preterido face aos direitos constituídos *medio tempore* sobre o objecto do penhor).<sup>734</sup>

Relativamente ao enquadramento jurídico da posição do credor entre a data da constituição da garantia e o surgimento efectivo do crédito, duas posições se vislumbram.

Uma primeira perspectiva, considera que o direito do credor pignoratício é, desde o momento da respectiva constituição e da consequente entrega do bem ao referido credor, um direito actual, não dependente da verificação da condição ou do nascimento do crédito a garantir.<sup>735</sup>

Em razão da actualidade do seu direito, o credor disporia do poder de agir contra terceiros que ofendessem o penhor, não se encontraria sujeito às acções possessórias e, tratando-se de penhor com pacto anticrético, do direito de gozo da coisa, apenas lhe sendo vedado o direito de alienação do bem empenhado, excepto em caso de risco de perda ou deterioração do mesmo.<sup>736</sup>

Deverá, assim, considerar-se o ónus pignoratício como existente desde a data da respectiva constituição, não do nascimento do crédito que asseguram, salvo quando as partes acordem em sentido diverso, a tal não se opondo qualquer princípio lógico ou jurídico, nomeadamente o relativo à acessoriedade da garantia.<sup>737</sup>

---

<sup>733</sup> Ao contrário do que sucede naqueles ordenamentos, como o alemão, em que a entrega do bem é necessária para a transferência do direito, no nosso sistema o penhor de obrigações futuras ou condicionais não pode precaver o credor pignoratício contra as eventuais alienações futuras da coisa empenhada, na medida em que a posse desta pelo credor pignoratício não obsta a tal efeito (embora tal não signifique a ausência de protecção do credor pignoratício face a esses actos de disposição, nos termos adiante expostos no texto).

<sup>734</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 87 e 89. Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 25, salientam que, no penhor em garantia de créditos condicionais e quando estes venham a surgir, o direito de preferência do credor pignoratício e a indisponibilidade do bem empenhado produzem efeitos desde a data do momento da constituição do penhor e não do nascimento dos créditos (no mesmo sentido, Faggella, ob. cit., págs. 37 a 39).

<sup>735</sup> Defende a concepção segundo a qual o direito de penhor, quando o crédito garantido for futuro ou condicional, existe desde o momento da constituição da garantia, Faggella, ob. cit., págs. 30 a 42, não podendo, por isso, seus efeitos ser destruídos ou afectados por actos de disposição do devedor. Em termos aproximados, Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2142, adiantando que a garantia real que assegura obrigações futuras ou sujeitas a condição suspensiva produz efeitos relativamente a terceiros desde a data da sua constituição, embora apenas possa ser executada se a condição se vier a verificar ou a nascer antes de iniciada tal execução.

<sup>736</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 88 a 90 e Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 16 e 17. Se ao penhor for junto um pacto anticrético, o primeiro Autor aponta (cfr. pág. 89, nota 158), como soluções alternativas ao gozo do bem por parte do credor pignoratício e sempre que o nascimento do crédito for incerto, o dever deste entregar aos proprietário os frutos percebidos, a percepção dos frutos por parte do titular do bem empenhado ou, caso se trate de bens não perecíveis, a sua guarda por esse mesmo sujeito. Todavia, julga preferível atribuir ao credor pignoratício o poder de recolha dos frutos, embora, enquanto não for seguro o surgimento do crédito, este deverá guardá-los ou, se forem deterioráveis, vendê-los (admitir a solução contrária - a entrega dos frutos e, por maioria de razão, a sua percepção pelo proprietário - significaria desfalcar o direito de penhor).

<sup>737</sup> Socorrendo-nos das palavras elucidativas de Faggella, ob. cit., págs. 37 e 38, “*Il diritto di pegno, per quanto accessorio, è sempre un diritto a sè, diverso, nella sostanza e nella forma, dal diritto che deve*

Este direito de penhor, nascido nos termos acabados de expor, extinguir-se-ia, sendo um crédito condicional, quando a condição não se verifica ou se torna seguro que se não pode verificar ou, tratando-se de crédito futuro, se o direito não nasce ou se constata não poder vir a nascer.<sup>738</sup>

Em alternativa, poder-se-á considerar o direito do credor pignoratício, entre o momento da constituição da garantia e o nascimento do crédito garantido, como condicional, permanecendo a sua eficácia suspensa até ao surgimento (eventual) do crédito.<sup>739</sup>

No entanto, como bem salienta VAZ SERRA,<sup>740</sup> as consequências que advêm da opção por esta segunda concepção, em comparação com a anterior, não são relevantes, na medida em que todos os direitos atribuídos ao credor pela consideração do direito do credor como actual desde a constituição da garantia também lhe seriam concedidos de acordo com este segundo entendimento, pois também ao titular de um direito condicional deverão ser outorgados os meios para a sua conservação, uma vez que a verificação da condição ou o surgimento dos créditos futuros terá efeitos retroactivos à data da constituição da garantia.

Nesta conformidade, em caso de concurso entre um penhor constituído em garantia de créditos futuros e de outro, posterior, surgido para assegurar créditos actuais, o direito do primeiro prevalecerá (desde que o crédito futuro nasça antes da abertura do concurso de credores ou não se tenha extinto entretanto), do mesmo modo que

---

*garantire, e la sua esistenza non à logicamente e giuridicamente impossibile prima del diritto garentito. Cadrà, se questo non sorgerà, ma non à impossibile che abbia una vita anteriore. Il legame deve esistere, ma non è assolutamente necessário che sia coevo al diritto assicurato. Non è giuridicamente impossibile un'assicurazione anteriore alla nascita del diritto assicurato, vale a dire una sfera di limitazione dei poteri del debitore anche di fronte ai terzi sulle cose che sono oggetto del diritto di pegno.”*, acrescentando que as reticências a esta posição derivam de um erróneo entendimento do princípio da acessoriedade, o qual “*non importa una inerenza assoluta del diritto accessorio al diritto principale, per modo che il diritto accessorio non possa esistere che dal momento della vita del diritto principale. La sua esistenza può incominciare in un período anteriore e assicurare un diritto futuro da anteriori pericoli di una diminuzione del patrimonio del debitore (...)*”, apontando como exemplo paradigmático a abertura de crédito por parte das instituições bancárias aos seus clientes. No mesmo sentido, Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 171 e segs. (distinguindo entre os penhores constituídos em garantia de créditos futuros – “*la cui efficacia rimarrebbe semplicemente sospesa fino alla venuta ad esistenza del credito*” - ou de créditos condicionais ou a termo, mas assegurando que, relativamente a todos eles, “*allorquando il credito venga ad esistenza, il diritto di prelazione, nonché la indisponibilità del bene rispetto a terzi acquirenti, prenderanno data dal momento della costituzione del pegno, e non dal momento della nascita del credito*”, para além do surgimento, *ab initio*, de um direito de retenção “*a favore del creditore cui venga consegnata la cosa corporale: nel senso che il costituente non potrà chiedere la restituzione della cosa per tutto il tempo stabilito per la eventuale nascita di un qualsiasi credito fra le stesse parti*”). Considerando, igualmente, que o princípio da acessoriedade não colide com a possibilidade de um penhor garantir obrigações futuras, vide Barrada Orellana, ob. cit., págs. 56 e 57, que afirma “*no cabe impedir que la voluntad de los interesados aprecie, anticipadamente, el interés a satisfacer y su eventual protección refiriéndolo a la deuda futura y alterando el orden cronológico de la formación del negocio jurídico*”.

<sup>738</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 90 e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 685 e 686.

<sup>739</sup> Neste sentido, Realmonte, Il pegno cit., págs. 635 e 636, bem como outros autores aí citados e, parcialmente, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 57, que sugere existir uma situação de pendência, no aguardo da verificação dos elementos complementares necessários à formação do negócio jurídico, mas considera esta situação diversa da condição suspensiva.

<sup>740</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 91. Por esse motivo e também por não competir ao legislador tomar partido entre discussões de natureza meramente conceptual, entende o citado Autor não caber à lei pronunciar por nenhuma das concepções em detrimento da outra.

prevalecerá, em termos análogos, sobre os direitos de outros terceiros entretanto constituídos sobre o bem onerado).<sup>741</sup>

Porém, a admissibilidade de o penhor garantir créditos futuros e eventuais não desonera as partes da necessidade de, até por força dos requisitos gerais dos negócios jurídicos (cfr. art.º 280.º), determinar a obrigação garantida pois, caso contrário, não seria possível identificar a obrigação a certificar.<sup>742</sup>

Importa, ainda, esclarecer que a circunstância de o penhor assegurar uma obrigação previamente garantida – por exemplo através de fiança – em nada impede a constituição da garantia pignoratícia, nem tão pouco o surgimento desta implica, salvo acordo das partes em contrário, a extinção da garantia pessoal.<sup>743</sup>

Noutra ordem de considerações, o crédito garantido pode encontrar-se sujeito a exceções peremptórias ou dilatórias.<sup>744</sup>

VAZ SERRA<sup>745</sup> considera, em razão do carácter acessório da garantia, que o empenhador ou o proprietário do bem empenhado (se for pessoa diversa do empenhador)<sup>746</sup> poderão, em regra,<sup>747</sup> opor ao credor as exceções que o devedor possua contra o crédito.

---

<sup>741</sup> Nesta conformidade, Francesco Pellegrini, *Il pegno costituito a favore di piu creditori*, Stab. Tip. Popolare G. Abramo, Catanzaro, 1927, págs. 164 a 171. Segundo este Autor, “*il pegno è la costituzione di un diritto reale sulla cosa altrui e si risolve in una alienazione condizionata mediante la controprestazione che può essere passata, presente e futura (...) I creditori posteriori non possono avere acquistato sulla cosa se non i diritti superstiti alla alienazione condizionata*”. Assim sendo, a verificação da condição produz efeitos retroactivos, de modo que os posteriores adquirentes de direitos sobre o bem empenhado devem respeitar o penhor anteriormente constituído, o mesmo sucedendo com os credores quirografários. Se, porém, algum dos credores posteriores, legitimamente, desencadeie a venda do bem previamente empenhado em tutela de um crédito futuro, sem que este ainda se tenha vencido, este último credor apenas poderá exigir do empenhante o ressarcimento dos danos decorrentes da impossibilidade de sobrevivência do contrato, mas não considerar esta circunstância como um incumprimento culposo da parte deste.

<sup>742</sup> Acerca deste aspecto, vide infra n.º 2.1 do Capítulo II.

<sup>743</sup> Assim, para o direito italiano, Francesco Caringella, ob. cit., págs. 3550 e 3551.

<sup>744</sup> Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 90, entende que o devedor do crédito não pode opor ao credor pignoratício os créditos que detenha sobre o seu próprio credor: todavia, admite que, quando não tenha consentido na constituição da garantia, pode opor todos os créditos anteriores à constituição desta (e se o penhor nem sequer lhe for notificado, pode opor a compensação relativamente a qualquer crédito). Finez Ratón, ob. cit., págs. 215 e 216, entende que, uma vez celebrado o contrato de penhor de crédito, todos os negócios sobre este celebrados entre o empenhante e o devedor do crédito empenhado serão ineficazes face ao credor pignoratício, podendo o terceiro devedor fazê-los valer contra este último quando sejam anteriores ao conhecimento do negócio de garantia (porém, descarta que, perante a cobrança por parte do credor pignoratício, o terceiro devedor possa opor a compensação dos crédito que possua contra aquele – por falta de reciprocidade entre ambos os créditos – excepto se o empenhante o consentir ou quando tenha havido uma cessão do crédito garantido em benefício do credor; ao invés, o terceiro devedor poderá opor ao empenhante, quando este pretenda cobrar o crédito onerado, as exceções relativas à validade do penhor, evitando assim pagar a um sujeito não legitimado para o efeito).

<sup>745</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág.93, acrescentando que este direito deverá existir mesmo que o devedor haja renunciado à invocação das exceções (caso contrário, ficaria nas mãos do devedor prejudicar o empenhador ou o proprietário).

<sup>746</sup> Relativamente ao terceiro empenhante e na senda do que foi referido anteriormente, este garantirá a obrigação principal nos termos em que esta subsista em determinado momento. Ao invés, não poderão ser opostas por outros eventuais interessados, como sejam os titulares de outros direitos reais sobre a coisa empenhada (neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 96 e 97, considerando que, sendo exceções do devedor, não terão aqueles sujeitos qualquer título que legitime a sua invocação).

<sup>747</sup> Aponta como desvios à regra, na senda do direito alemão, a excepção da prescrição e da limitação da responsabilidade do herdeiro, entendendo que a invocação destas deve depender exclusivamente do devedor, o qual poderá preferir, por motivos válidos, delas não se fazer valer. Para além disso, considera, dada a analogia das situações, não dever o empenhador (ou o proprietário) poder opor as exceções que são recusadas ao fiador. Por força desta analogia, deverá ser atribuído ao empenhador (e ao proprietário) a

A principal dúvida, porém, diz respeito às exceções pessoais do devedor, sustentando alguns que estas poderão ser opostas pelo proprietário ou pelo empenhador, nomeadamente as relativas a vícios de capacidade ou de vontade do devedor (pelo menos no caso do terceiro garante, uma vez que este assegura a obrigação principal, nos termos em que esta subsista em cada momento),<sup>748</sup> enquanto VAZ SERRA se pronuncia em sentido contrário, recusando a analogia com a posição do fiador.<sup>749</sup>

Quando seja legítimo ao empenhador ou proprietário do bem dado em garantia opor ao credor da obrigação principal determinadas exceções (sejam as que resultam das respectivas relações directas com o credor, sejam as decorrentes das relações entre o credor e o devedor que por aqueles possam ser invocadas), importa distinguir consoante sejam de cariz dilatatório ou peremptório.

No que às primeiras diz respeito, serão opostas à venda executiva do objecto do penhor, mas não a outros direitos do credor pignoratício (como a legitimidade que assiste a este último para deter a coisa até integral pagamento), por ser para fazer face a esse prejuízo que se visa acautelar.

Quando a excepção for de natureza peremptória, ao invés, ao empenhador ou ao proprietário assiste legitimidade para exigir a entrega da coisa, uma vez que o penhor, atento o carácter peremptório desta excepção que afecta o crédito, fica sem razão de existir.

Estas excepções, que terão de ser alegadas pelos interessados, não constituem direitos de recusar uma prestação, mas apenas faculdades ao dispor dos seus beneficiários para se oporem ao exercício do penhor, nenhuma delas operando a extinção da garantia.

A resposta a dar à interrogação relativa à possibilidade de invocar as exceções pessoais do devedor, por parte do terceiro dador da garantia ou do proprietário não empenhante, encontra-se no art.º 698.º (aplicável ao penhor por remissão do art.º 678.º), consentindo a qualquer destes sujeitos opor ao credor pignoratício os meios de defesa que o devedor possua contra o crédito, ainda que o devedor a eles tenha renunciado, com exclusão das excepções que são recusadas ao fiador (n.º 1), dispondo ainda da faculdade de se opor à execução quando o devedor puder impugnar o negócio de onde provém a obrigação garantida (ou o credor puder satisfeito por compensação com um crédito do devedor ou este tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do credor - cfr. n.º 2).

Significa isto que, para este efeito, aqueles terceiros são equiparados ao fiador (cfr. art.ºs 637.º, n.ºs 1 e 2 e 642.º, n.ºs 1 e 2), podendo invocar não apenas os meios de defesa próprios, como os do devedor, com excepção, relativamente a estes últimos, dos que sejam incompatíveis com a obrigação assumida pelo terceiro<sup>750</sup> (restrição esta que, naturalmente, vigora apenas para o terceiro dador da garantia, mas não para o terceiro proprietário não empenhante).

---

possibilidade de invocar, na medida em que o devedor o possa fazer, o direito de compensar ou de impugnar, assim impedindo colocar no livre arbítrio do devedor um eventual prejuízo para o empenhador ou para o proprietário (muito embora recuse atribuir o direito de invocar tais excepções ao devedor na hipótese inversa, isto é, baseadas na relação entre o empenhador ou o proprietário e o credor, visto a obrigação do devedor ser independente dessa relação).

<sup>748</sup> Assim, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 229 e Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 17

<sup>749</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 96, por não ser de presumir, ao contrário do que sucede com o fiador, que o empenhador ou proprietário tenham querido garantir a pretensão do credor mesmo contra a falta de capacidade ou os vícios da vontade do devedor

<sup>750</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 655, exemplificam com a anulabilidade resultante da falta de capacidade ou vícios de vontade, quando o terceiro garante conhecesse a causa da invalidade.

Questão diversa respeita à extensão do penhor aos acessórios do crédito assegurado, ou seja, determinar se a garantia é passível de alargamento aos juros, coimas, penas convencionais e despesas judiciais destinadas a obter o ressarcimento do crédito.

De entre todos estes acessórios, o n.º 1 do art.º 666.º apenas faz alusão aos juros, os quais, por isso, se encontram inequivocamente abrangidos pela garantia.<sup>751</sup>

Mais ainda, se relativamente a outras garantias (vejam-se os casos da hipoteca e dos privilégios creditórios)<sup>752</sup> a lei impõe um limite temporal quanto aos juros assegurados, no que concerne ao penhor o Código limita-se a afirmar que a garantia pignoratícia a eles se estende, sem mais.

Deste modo, afigura-se que a garantia se amplia por forma a compreender a globalidade dos juros vencidos pelo crédito assegurado, com o único limite de 5 anos, resultante do prazo da respectiva prescrição (cfr. art.º 310.º, alínea d)).

No entanto, várias vezes contestam esta solução, propondo uma restrição da dimensão dos juros, como sucede com VAZ SERRA, para quem “*Parece razoável que abranja os juros respeitantes ao ano contratual em curso à data da penhora ou da citação para venda ou adjudicação do penhor, ao tempo anterior a esse ano, decorrido após a constituição do penhor, e ao posterior a ele. Mas, quanto a este último período, não excederia o montante do juro legal*”.<sup>753</sup>

Referindo-se a lei à dilatação da garantia pignoratícia de modo a abranger os juros, é admissível questionar se todos os montantes devidos àquele título estarão cobertos pelo penhor.

Ao debruçarmo-nos sobre outra garantia, os privilégios creditórios, e perante um preceito que, em termos similares ao n.º 1 do art.º 666.º (cfr. art.º 734.º), se refere, sem mais, à extensão aos juros, propusemos a restrição da garantia aos remuneratórios, excluindo os moratórios e indemnizatórios.<sup>754</sup>

---

<sup>751</sup> Diferentemente, o §1210 do BGB prevê que o penhor responde pelo crédito no respectivo estado, nomeadamente pelos juros e cláusulas penais (n.º 1), bem como pelos direitos do credor pignoratício por indemnização por benfeitorias e pelas despesas de rescisão e de reclamação judicial, bem como pelos custos da venda do penhor (n.º 2). Interpretando estes dados, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1511 e 1512, entendem que o penhor abrange todo o tipo de juros (embora como os limites, decorrentes da proibição da usura), bem como as eventuais despesas e penas convencionais, excepto quando se dê uma ampliação do crédito e a garantia tenha sido constituída por um não proprietário ou quando o originário devedor e empenhante aliena o bem e, posteriormente, acorda com o credor pignoratício um aumento da responsabilidade assegurada: nestes casos, aquela ampliação não importa ampliação do âmbito de cobertura da garantia (por outro lado, os Autores recusam a validade de um convénio celebrado entre o empenhante e o credor pignoratício, em data posterior à da constituição da garantia, no sentido de ampliar esta em prejuízo dos demais credores do empenhante).

<sup>752</sup> Nos termos do art.º 693.º, n.º 2, a hipoteca nunca abrange, mesmo com convenção em contrário, os juros de mais de três anos (acrescentando o n.º 3 que isso não impede o registo de nova hipoteca relativamente aos juros em dívida), dispondo o art.º 734.º que os privilégios creditórios apenas abrangem os juros relativos aos últimos dois anos. Salienta a diferença face a estas outras garantias Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 233 (embora, ao afirmar que os juros não sofrem de qualquer limitação temporal, pode induzir em erro e fazer esquecer o regime de prescrição dos mesmos).

<sup>753</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 100, justificando esta restrição com a duração longa das execuções, muitas vezes por responsabilidade dos próprios credores pignoratícios e apontando como exemplo o art.º 2788.º do CCI. Na hipótese de os juros convencionais serem inferiores aos legais, o Autor afirma dever atender-se ao montante dos primeiros.

<sup>754</sup> Vide o nosso Dos privilégios cit., págs. 69 a 71, onde citamos opiniões concordantes, maioritárias (nota 142), e discordantes (nota 143). Acerca da distinção dos juros, consoante a respectiva função, em remuneratórios (tendentes a exprimir o rendimento do capital em termos financeiros, o capital como factor produtivo), compensatórios (visam corresponder à simples privação do capital) moratórios (devidos, a título de reparação, pelo não cumprimento atempado de uma obrigação pecuniária) e



No entanto, os dois principais argumentos então aduzidos para sustentar a nossa posição – o carácter excepcional da figura do privilégio creditório e a sua concessão tendo em conta unicamente a qualidade do crédito por ele tutelado<sup>755</sup> – não valem para o penhor, razão pela qual nos inclinamos para a inclusão no âmbito da garantia pignoratícia de todos os juros devidos, independentemente da respectiva função específica.

Aludindo o já mencionado n.º 1 do art.º 666.º apenas aos juros, omitindo qualquer referência aos demais acessórios, deverão estes últimos considerar-se, por isso, não abrangidos pelo penhor?<sup>756</sup>

Noutra sede e perante um preceito idêntico,<sup>757</sup> propugnámos a restrição da garantia aos juros, com exclusão dos demais acessórios do crédito, nomeadamente confrontando este silêncio do legislador com a norma que, a respeito da hipoteca, admite a extensão da garantia aos acessórios do crédito, para além dos juros, que constem do registo (art.º 693.º, n.ºs 1 e 2).<sup>758</sup>

VAZ SERRA<sup>759</sup> advoga a solução contrária, por considerar que o penhor garante o crédito nos exactos termos e montante que este assumir em cada momento e, ademais,

---

indemnizatórios (relacionados com o não cumprimento definitivo de uma obrigação), vide, por todos, Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 696.

<sup>755</sup> Relativamente a este aspecto e no que concerne aos juros moratórios, acrescentamos outro fundamento, realçando que “os juros devidos em consequência do não cumprimento ou da mora são prestações derivadas de circunstâncias alheias à causa do crédito motivadora da concessão do privilégio.” – cfr. ob. cit., pág. 69.

<sup>756</sup> Não parece que o art.º 672.º, n.º 1, – na parte em que estabelece o pacto anticrético e determina a imputação dos frutos às despesas efectuadas com o bem onerado – resolva a questão, porquanto uma coisa é afirmar que o credor pignoratício tem direito ao reembolso dessas despesas e outra, bem diferente, é declarar que tal crédito se encontra garantido pelo penhor que garante a obrigação principal. Em termos análogos, para o direito espanhol (em cujo art.º 1867.º expressamente se afirma o direito do credor pignoratício ao reembolso das despesas havidas com a conservação do bem empenhado), Arnau Raventós, ob. cit., pág. 479, esclarece que tal preceito se limita a atribuir ao credor o direito ao pagamento de tais despesas, sem responder à questão de saber se o penhor as garante (questão à qual o Autor responde negativamente, argumentando que a lei distingue claramente dívida, juros e despesas, parecendo, por isso, difícil que estas última caibam no âmbito da dívida garantida).

<sup>757</sup> Cfr. o nosso Dos privilégios cit., págs. 68 e 75, onde, a propósito do art.º 734.º, o qual, de entre os diversos acessórios do crédito privilegiado, também se refere apenas aos juros.

<sup>758</sup> Curiosamente, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 100, entende, de *jure condendo*, que as restrições ao alargamento da garantia aos acessórios do crédito deverão ser mais reduzidas no caso do penhor do que na hipoteca, porquanto esta última afecta, em regra, mais gravemente os interesses de terceiros.

<sup>759</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 97 e 98 e, em termos análogos, Rubino, Il pegno cit., pág. 192, considerando que “Il pegno garantisce anche qualsiasi aumento del credito che si determini dopo la costituzione della garanzia” (apontando como exemplo os danos resultantes do incumprimento da obrigação principal), Faggella, ob. cit., págs. 28 e 29 (pugnando pela inclusão no domínio da garantia dos juros e das despesas, salvo convenção das partes limitando a garantia ao capital) e Chironi, ob. cit., pág. 443 e segs. (fundando-se no princípio geral segundo o qual a garantia “segue l’obbligazione nei vari modi con cui s’atteggia (...)”. *L’obbligazione, senza mutar neppure nel modo di essere, può mutare di comprensione a causa dell’accedervi di qualche ragione di credito, ch’esista in dipendenza assoluta di essa*”, desde que não exista novação daquela obrigação, apontando como exemplo a transformação da obrigação inicial incumprida numa obrigação de indemnização e, inequivocamente, os juros moratórios – já quanto aos juros entendidos como frutos civis e embora sejam acessórios do crédito garantido, “non vi accedono di necessità seconde accade per i danni-interessi (legali), ed occorre perciò vi sia estesa manifestamente” - e as despesas destinadas à execução específica ou na forma de ressarcimento do dano: todavia, o Autor admite que, por vontade, das partes, alguns acessórios podem ser excluídos da órbita da garantia). Para Gabrielli, Il pegno cit., págs. 93 e 94, a generalidade das despesas efectuadas pelo credor e relativas ao crédito deverão estar abrangidas pela garantia (apontando como exemplos as relativas à constituição do penhor, à cobrança da dívida e à custódia do bem empenhado, excluindo, porém, as respeitantes ao ressarcimento dos danos por incumprimento), argumentando que, nos termos do art.º

por entender que tal corresponde à finalidade usual do penhor, muito embora admita a possibilidade de as partes convencionarem diversamente.<sup>760</sup>

De acordo com este Autor, o penhor abrangeria, além dos juros, as designadas prestações secundárias, categoria em que se incluiriam as penas convencionais, as despesas originadas pela conservação da coisa,<sup>761</sup> as custas judiciais e os gastos com a venda da coisa empenhada.<sup>762</sup>

Todavia, mesmo optando por excluir todas estas prestações secundárias da órbita do penhor que assegure o crédito principal, muitas delas poderão ser garantidas de outra forma, nomeadamente através do privilégio mobiliário especial outorgado a quem efectuar despesas de justiça destinadas à conservação, execução e liquidação dos bens no interesse dos credores (cfr. art.º 738.º, n.º 1), sendo este graduado antes de todas as demais garantias que onerem os mesmos bens ou, tratando-se das custas judiciais, as mesmas sairão precípua do produto da venda dos bens penhorados (art.º 455.º do CPC), ou seja, neste último caso esses montantes serão satisfeitos antes mesmo da abertura do concurso de credores.

Por isso, apenas ficarão desprotegidos os créditos decorrentes de despesas não abrangidas por aquele privilégio<sup>763</sup> ou não resultantes de um processo executivo,<sup>764</sup> bem como as decorrentes da aplicação de penalidades convencionais.

---

2794.º do CCI, o constituinte da garantia apenas poderá exigir a devolução do bem senão depois de liquidado o débito garantido e as despesas relacionadas com o débito e com o penhor (muito embora este preceito apenas conceda ao credor pignoratício um direito de retenção, entende que, dada a identidade de motivos, também o direito de preferência lhe deve ser atribuído). Defende igualmente a extensão do penhor aos juros e às despesas de conservação do bem, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 556 (relativamente aos primeiros, porque se deve presumir que a garantia os abrange; quanto às despesas, por aproveitam aos demais credores).

<sup>760</sup> O Autor sustenta que destinando-se a convenção a reduzir a responsabilidade do bem dado em garantia parece que poderá ser acordada entre o credor e o empenhante, mesmo que este último não seja o devedor, pese embora para este possa resultar um prejuízo (ao invés, as convenções destinadas a ampliar a responsabilidade da coisa empenhada apenas poderão ser pactuadas pelo credor e pelo devedor se este último for o proprietário do bem empenhado e, mesmo nesses casos, essa posterior ampliação não produzirá efeitos relativamente a quem tenha direitos reais constituídos posteriormente ao do credor pignoratício).

<sup>761</sup> Distinguindo consoante se trate de despesas necessárias – em relação as quais a extensão do penhor se afigura indubitável – ou úteis, a respeito das quais admite que a solução varie em função dos casos e, designadamente, da existência ou não do direito do credor pignoratício usar a coisa dada em garantia – cfr. ob. cit., pág. 100. Em face do direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 344, entende que as despesas originadas pela conservação do bem (assim como os prejuízos resultantes dos vícios da coisa onerada) estão abrangidos, senão pela garantia pignoratícia na sua totalidade, pelo menos pelo poder de retenção.

<sup>762</sup> Sustenta, de modo geral, a extensão da preferência garantida pelo penhor a todos os acessórios do crédito, Guilherme Moreira, *apud* Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 100.

<sup>763</sup> Como referimos no nosso Dos privilégios cit., págs. 237 e segs., nem todas as despesas de justiça serão abrangidas por este privilégio, exigindo antes a verificação cumulativa de três requisitos: devem ser efectuadas no âmbito de um processo (embora não necessariamente judicial), devem ser contraídas para o pagamento de serviços prestados a pessoas ou entidades cuja cooperação seja necessária ao prosseguimento do processo e, finalmente, devem ter sido levadas a cabo no interesse comum dos credores, isto é, ser susceptíveis de aportar um benefício a todos eles, não podendo, em conformidade, o privilégio ser oposto a um credor a quem as despesas não tenham aproveitado (podendo, ainda assim, considerar-se privilegiadas as que, proporcionando um benefício a todos os credores, consagrem uma utilidade pessoal para quem as tenha efectuado, mas não naqueles casos em que os gastos se destinem unicamente a obter uma vantagem particular, a regularizar a situação de um credor para com o devedor ou a procurar obter deste uma garantia).

<sup>764</sup> Aqui o termo “*executivo*” é utilizado como antónimo de “*declarativo*” e não em contraposição com “*não executivo*”, pois esta segunda hipótese implicaria a impossibilidade de as despesas com o processo de venda não executiva (consentida pelo art.º 675.º, n.º 1) serem, de acordo com a tese mais restritiva)

Contudo, relativamente a estas últimas, a sua função de ressarcir os danos resultantes da mora ou do incumprimento definitivo do devedor levam a equipará-las, para este efeito, aos juros moratórios ou indemnizatórios, afigurando-se, por isso, legítima a sua inclusão no âmbito da garantia que protege o crédito principal.

A respeito da fiança,<sup>765</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, destaca que do princípio geral segundo o qual a garantia assegura o crédito nos termos em que este se encontra no momento da execução daquela, decorre que a garantia responde pelas consequências legais e contratuais do perturbação da obrigação principal, nomeadamente pela mora e pelo incumprimento definitivo,<sup>766</sup> como sucede em caso de cláusula penal,<sup>767</sup> de sanção pecuniária compulsória legal,<sup>768</sup> de cumprimento defeituoso,<sup>769</sup> de resolução do contrato principal por parte do credor,<sup>770</sup> de impossibilidade da prestação por facto não imputável ao devedor<sup>771</sup> e das despesas do credor para cobrança do seu crédito ao devedor,<sup>772</sup> mas já não sendo prejudicado pela perda do benefício do prazo eventualmente aplicada ao devedor.<sup>773</sup>

---

abrangidas pelo penhor (por serem um acessório não indicado por lei, e/ou pelo privilégio por despesas de justiça (uma vez que este pressupõe a realização de gastos com a execução do bem).

<sup>765</sup> A respeito da hipoteca, o art.º 693.º, n.º 1, dita que a garantia apenas abrange os acessórios (segundo Meneres Campos, ob. cit., pág. 79, todos eles, desde juros, a despesas de registo e constituição da garantia até cláusulas penais) que constarem do registo.

<sup>766</sup> Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 607 e segs., concluindo que havendo “*evolução, na esfera do devedor, do dever de prestar para dever de indemnizar, idêntica evolução ocorre a nível da obrigação fidejussória, passando o fiador a responder também pela indemnização devida*”.

<sup>767</sup> Enquadrando as cláusulas penais nas consequências contratuais do incumprimento da obrigação garantida por parte do devedor, pelo menos no que toca às cláusulas penais moratórias e compensatórias (dúvidas se suscitam relativamente às puramente indemnizatórias, propondo o Autor a mesma solução para as liquidatórias – em que é antecipadamente fixado o montante da indemnização –, mas rejeitando a sua aplicação às exclusivamente sancionatórias, por se tratar de uma verdadeira pena que acresce à prestação ou à indemnização devida).

<sup>768</sup> Nos termos do n.º 4 do art.º 829.º-A, esta sanção existe sempre que esteja em causa o não cumprimento de uma obrigação de pagamento em dinheiro corrente. Pelo contrário, nas prestações de facto infungível (art.º 829.º-A, n.º 1), a sanção terá que ser decretada pelo tribunal, a pedido do credor, impondo-se a solução contrária, porquanto não se justifica “*que a responsabilidade do fiador possa abranger, antecipadamente, as quantias pecuniárias pedidas pelo credor como técnica coercitiva de, na falta de aptidão da tutela executiva, garantir a actuação específica da condenação no cumprimento da prestação*” – ob. cit., pág. 613.

<sup>769</sup> Nos exactos termos em que se produzam as consequências desse incumprimento e que podem ser, a solicitação do credor, a rectificação do cumprimento, a substituição da prestação ou uma indemnização autónoma.

<sup>770</sup> Uma vez que a resolução integra o arsenal de mecanismos ao dispor do credor para reagir contra o incumprimento por parte do devedor, até porque “*não faz sentido algum que o credor possa ficar despojado da garantia pelo facto de, seguindo uma das vias alternativas que tem ao seu dispor, optar por resolver o contrato em vez de o executar*” – ob. cit., págs. 616 e 617.

<sup>771</sup> “*Não vemos impedimento a que, estando o devedor obrigado a responder face ao credor mesmo no caso de impossibilidade não culposa de realização da prestação, a fiança cubra essa responsabilidade; não passa, de facto, a fiança a ser mais onerosa do que a dívida principal, mantendo-se rigorosamente limitada aos termos da mesma*” – ob. cit., pág. 619.

<sup>772</sup> Distinguindo, porém, as relativas a despesas extra-judiciais (cobertas, sem mais, pela garantia), das decorrentes de processos chegados a tribunal (em que tal cobertura pressupõe uma prévia intimação ao prestador da garantia para as evitar).

<sup>773</sup> Por força do art.º 872.º, nos termos do qual a perda do benefício do prazo não se estende aos co-obrigados do devedor, nem tão pouco a terceiro que a favor do crédito tenha constituído qualquer garantia, de modo que “*se o credor pretender obter, logo, uma vez provocado o vencimento da obrigação, a totalidade do seu crédito, terá de o exigir do devedor, cujas possibilidades económicas de satisfação poderão não ser encorajantes; se, ao invés, optar por exigir sucessivamente as prestações, de acordo com o calendário traçado, tem à sua disposição, para cada uma delas, os patrimónios do devedor principal e do devedor*” (ob. cit., pág. 220).

Importa, todavia, realçar que esta última posição encontra apoio expresso no art.º 634.º, de acordo com o qual a fiança cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor, faltando disposição idêntica em sede pignoratícia.

Todavia e chamando à colação o argumento de maioria de razão, se a garantia se espria deste modo mesmo quando é prestada por terceiro e abarca todo o seu património, o mesmo efeito se deve produzir quando a garantia é fornecida por terceiro e se encontra circunscrita a determinado ou determinados bens (e, mais ainda, quando a garantia é prestada pelo próprio devedor).

De entre os acessórios do crédito garantido contam-se os decorrentes de benfeitorias efectuadas pelo credor pignoratício, as quais serão objecto de análise mais aprofundada aquando do estudo dos direitos do credor pignoratício.<sup>774</sup>

## 5 - Modos de constituição do penhor

### 5.1 - Penhor de coisas

5.1.1 - A entrega do bem ao credor e a exigência de desapossamento do credor ou a configuração do penhor como contrato real: funções e requisitos deste desapossamento

O contrato de penhor<sup>775</sup> é tradicionalmente considerado como um contrato real quanto à constituição,<sup>776</sup> isto é, cujos efeitos apenas se produzem com a entrega do respectivo objecto ao credor ou a terceiro, constituindo assim uma excepção ao princípio segundo o qual a constituição ou transferência de direitos reais se opera por mero efeito do contrato (art.º 408.º, n.º 1).

Este carácter real *quoad constitutionem* do penhor assume uma maior especificidade em ordenamentos, como o nosso, em que a tradição do bem objecto do direito real não é condição para a aquisição deste (vigorando, conforme salientado, o princípio consensualista), sendo menor naqueles direitos, como o espanhol (cfr. art.º 609.º do CCE), em que a aquisição de direitos reais obedece ao sistema do título e do modo.<sup>777</sup>

---

<sup>774</sup> Vide infra n.º 9.1 do Capítulo I.

<sup>775</sup> Juntamente com outros, como por exemplo o mútuo e o depósito.

<sup>776</sup> Entre nós, vide, por todos, Almeida Costa, Direito das obrigações cit., págs. 926 e 927 (incluindo, na nota 2, este contrato no âmbito dos contratos reais *quoad constitutionem*) e, noutras latitudes, entre muitos outros, Paz-Ares Rodriguez, ob.cit., pág. 1874 (justificando que “*su perfección exige la entrega de la cosa, la puesta en posesión de la misma en la esfera de disponibilidad del acreedor o de un tercero, sin tal entrega existirá una simple promesa de constituir prenda*”), De la Santa García, ob. cit., pág. 59, e Silvio de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 556. Para além disso, será também um contrato real quanto aos efeitos, na medida em que serve de base à criação de um direito real (muito embora também esta qualificação possa ser colocada em dúvida por todos aqueles que negam o carácter real do penhor). Um tanto divergentemente, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 486 e 487, alega que apenas se o contrato de penhor for gratuito e não reduzido a escrito terá carácter real (nos demais casos e a ainda que não se produza a entrega da coisa no momento da celebração do contrato, “*tal contrato es perfecto desde que se otorga y a partir de tal momento incumbe al pignorante la obligación de entregar la cosa empeñada, sin cuya entrega no surgirá el derecho real de garantía*”), embora o Autor reconheça que a generalidade da jurisprudência se orienta em sentido contrário, defendendo a indispensabilidade da entrega para a perfeição do contrato.

<sup>777</sup> Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 128 e segs., explica que, quando se celebra um contrato destinado à transferência de um direito real, aquela transferência não se produz no momento e por mero efeito da celebração do contrato, sendo ainda necessária a tradição (isto é, “*que, con ánimo de transmitir (por parte del que da) y de recibir (por la del que toma) se entregue al adquirente la posesión del derecho de que se trate*”), justificando Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 46, a

No entanto, esta posição tem vindo a sofrer diversas críticas, sobre as quais teremos oportunidade de nos pronunciar sucessivamente ao abordar a problemática dos possíveis modos de constituição da garantia pignoratícia.<sup>778</sup>

Seja como for, o contrato de penhor continua a ser configurado predominantemente como um contrato real quanto à constituição – pelo menos quando seja imposta a entrega material do bem ao credor ou a terceiro - no sentido em que o

---

consagração deste sistema com a tradição romanista que impunha vontade, a entrega e a causa como requisitos cumulativos de aquisição de direitos reais. Mais concretamente, o título e modo significam, respectivamente, fundamento jurídico ou acto através do qual se estipula a vontade de constituir um direito real (v.g. compra e venda) e o acto através do qual se realiza efectivamente materializa e realiza a transmissão do direito, de modo que “*Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para producir la adquisición del derecho real. Sin título previo, la entrega (el modo) no transfiere (...) el derecho real*” (ou seja, o processo de aquisição desdobra-se em duas etapas, “*En la primera, como consecuencia del título, el futuro adquirente recibe ya un derecho de crédito a que el futuro transmitente le transfiera el derecho real de que se trate (...). Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmissivo del repetido derecho*”). Todavia, o Autor salienta que este modo de constituição dos direitos reais vale apenas para os de origem contratual (embora, para estes, valha para qualquer deles, móveis ou imóveis, propriedade ou direitos reais limitados, desde que susceptíveis de posse, o que elimina do seu campo de aplicação, por exemplo, a hipoteca, para a qual se exige unicamente a inscrição no registo), com exclusão dos que se constituam por via sucessória, legal ou judicial. Finalmente, esclarece ainda o Autor que a tradição se pode transferir como facto (originando a chamada tradição real ou colocação em poder ou posse do adquirente) ou como direito (em que não se verifica aquela entrega material, incluindo aqui as figuras da *traditio brevi manu*, do constituto possessório e da tradição por mero acordo das partes): por força da admissibilidade destas formas não materiais de tradição, Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 48, recusa que, actualmente, possa ser atribuída à entrega qualquer função publicitária, atribuindo-lhe somente um papel de pressuposto jurídico da transmissão dos direitos reais.

<sup>778</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 35 a 42, destaca como a teoria clássica, que defende a natureza real quanto à constituição do contrato de penhor (admitindo, quando muito e na ausência da entrega do objecto da garantia ao credor, a existência de um contrato-promessa de penhor), tem sido contestada por aqueles que negam a natureza convencional da obrigação de restituição (considerando que “*l’obligation de restituer ne découlerait pas du contrat, mais de la loi ou plus exactement du fait juridique de la possession de la chose d’autrui: il n’y aurait donc pas à proprement parler de contrats réels*”), assim como por quem sustenta que “*la promesse de donner une chose en gage serait le contrat de gage lui-même et la remise de la chose ne serait que l’exécution de l’obligation du constituant de fournir le gage*” (enquanto a obrigação de restituição do bem decorreria simples consentimento das partes, supondo a prévia entrega ao credor e a liquidação da dívida garantida: em suma, o contrato de penhor é configurado como um contrato sinalagmático, gerando obrigações para ambas as partes). O Autor, apesar de reconhecer os méritos destas posições alternativas, especialmente da segunda, recusa-as (a primeira pois, a admitir-se, não haveria obrigações decorrentes do contrato de penhor, enquanto a segunda parte duma comparação com a locação, esquecendo que neste último contrato existe uma obrigação legal do senhorio empossar – e garantir a manutenção da posse - o locatário, ao contrário do penhor em que o constituinte se libera pela entrega do bem ao seu credor) sobretudo porque ambas são contrárias ao regime civil do penhor (anterior à reforma de 2006) no qual se estabelece inequivocamente que o contrato nasce com a entrega da coisa ao credor. Diaz Moreno, ob. cit., págs. 393 e 394, por seu turno, refere-se a esta categoria como um resquício histórico, porquanto a menção da entrega nas definições legais desses contratos deveria ser entendida “*como el reconocimiento legal de la hipótesis normal o más frecuente: que la entrega sea simultánea a la misma perfección del contrato*”, não impedindo que a perfeição de contratos como o penhor se produzisse por mero consentimento dos contraentes em momento anterior ao da *traditio*. No pólo oposto, mostra-se particularmente impressivo na defesa da categoria dos contratos reais quanto à constituição Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 285 e segs., argumentando que “*Em face do nosso direito vigente, porém, a categoria dos contratos reais afigura-se indiscutível. Daí que, nesse plano, a controversia não tenha de equacionar-se a propósito do seu reconhecimento, nem sobre se a entrega de coisa representa mero requisito de eficácia ou de forma de manifestação da vontade, dado que a lei a considera elemento constitutivo*”e, a respeito especificamente do penhor, “*a entrega da coisa tem, desde logo, o manifesto alcance de uma publicidade constitutiva para protecção de terceiros*”.

direito não nasce senão a partir da data da entrega do bem ao credor ou a terceiro<sup>779</sup> (cfr. n.º 1 do art.º 669.º),<sup>780</sup> ou seja, do desapossamento do constituinte e do empossamento de um daqueles sujeitos.<sup>781</sup>

Por isso mesmo, sem tal entrega o contrato seria inválido<sup>782</sup> (ou, pelo menos, insuficiente para o surgimento do direito real de penhor), o que, no limite, colocaria em risco a própria empenhabilidade de determinados bens, especialmente os incorpóreos.<sup>783</sup>

Antes dessa data, apenas se poderá considerar existir um contrato-promessa de penhor<sup>784 785</sup> ou um direito pessoal contra o concedente da garantia destinado a obter ou

---

<sup>779</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 217, Gino Magri, *ob. cit.*, págs. 15 e 16, Jean-François Riffard, *ob. cit.*, pág. 32, López, Montés e Roca, pág. 442, Serrano Alonso, *ob. cit.*, pág. 265 (afirmando que “*La entrega de la cosa se convierte en elemento esencial de existencia de la garantía pignoratícia de modo que sin la puesta en poder del acreedor de modo real y material de la cosa no hay derecho real de prenda*”) e, para o penhor irregular, Arturo Dalmartello, *Il pegno irregolare cit.*, pág. 333.

<sup>780</sup> Já o Código de Seabra incluía uma referência à entrega da coisa – ao credor ou a quem o represente – na definição de penhor (cfr. art.º 855.º), acrescentando que o contrato de penhor apenas produzia efeitos, entre as partes, pela entrega da coisa empenhada (cfr. art.º 858.º). Como bem nota Paulo Cunha, *ob. cit.*, pág. 179, o afirmar que a entrega se pode fazer ao credor ou a quem o represente equivale a referir apenas o primeiro, pois no segundo caso o funcionamento da representação faz com que a entrega seja, em termos jurídicos, efectuada ao representado.

<sup>781</sup> Prefere falar de transferência da detenção, e não da posse, para o credor, Dominique Legais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 29, porquanto este carece do *animus domini* e, por isso, “*ne conteste en effet nullement la qualité de propriétaire du constituant*”.

<sup>782</sup> É esta também a posição tradicional da doutrina (cfr. Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 109, “*O contrato de penhor é (...) um contrato real, isto é, dependente da entrega. Deriva daqui que, não havendo entrega, não há penhor, podendo haver um contrato-promessa de penhor*”, Oliveira Ascensão, *Direitos reais cit.*, pág. 289, alegando que sem entrega “*não há sequer nenhum válido contrato de penhor. É o que resulta do art.º 669.º, que arvora a entrega em elemento essencial. Antes disso, haverá quando muito um contrato-promessa, mas não se constituiu um direito real*” e Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 237) e da jurisprudência nacionais, conforme se alcança, entre outros, dos Acórdãos da Relação de Lisboa de 15/5/1934 (in *Gazeta da Relação de Lisboa n.º 24*, pág. 377, qualificando como nulo o penhor quando a coisa permaneça em poder do devedor), da Relação de Coimbra de 13/5/1986, (in *CJ*, 1986, Tomo III, pág. 45 e segs., afirmando que não existe penhor se o devedor não for desapossado da coisa objecto do penhor), da Relação do Porto de 6/1/2003 (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerando que o penhor de coisas não mercantil só produz efeitos pela entrega da coisa empenhada, não existindo a garantia sem o desapossamento do devedor), do STJ de 3/1/1969 (in *BMJ n.º 183*, 1969, pág. 220 e segs.), de 22/2/1990 (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e de 23/4/1992 (in *BMJ n.º 416*, 1992, pág. 664 e segs.). Em face do direito francês anterior à reforma de 2006, reconhece ser este o entendimento dominante Henri Mazeaud, *ob. cit.*, págs. 146 e 147 (embora conteste, *de lege ferenda*, esta visão, refutando os dois argumentos normalmente utilizados para sustentar a indispensabilidade da entrega do bem ao credor, a protecção deste e a necessidade de publicitação da garantia: quanto ao primeiro aspecto, alega que se o credor se encontra numa posição de supremacia contratual, mal se compreende a intervenção legislativa no sentido de proteger a parte mais forte contra a parte mais fraca, devendo este assunto ser regulado pelas partes; relativamente às exigências publicitárias, bastaria a criação de mecanismos alternativos ao desapossamento, como seja a inscrição no registo); Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 35 e segs., noticia que a posição da jurisprudência, parece mais uniforme e aponta no sentido da adesão à teoria tradicional, embora o Autor não deixe de chamar a atenção para a circunstância de algumas decisões, admitindo a validade de um contrato de penhor concluído antes do período suspeito mas em que a entrega do bem apenas tenha ocorrido dentro desse período, argumentando que a entrega da coisa constitui uma mera execução de uma convenção anteriormente acordada. No mesmo sentido aponta a jurisprudência espanhola citada por Lerena Cuenca e outros., *ob. cit.*, págs. 509 e 510 (em particular a sentença do Supremo Tribunal n.º 793/2006, de 21 de Julho, a qual deixa a salvo os regimes especiais que prescindem do desapossamento do empenhante).

<sup>783</sup> Constata este facto Dominique Legais, *Les garanties conventionnelles cit.*, págs. 29 e 30.

<sup>784</sup> Assim, expressamente, Gino Magri, *ob. cit.*, pág. 16, para quem a simples convenção das partes não acompanhada da tradição do objecto da garantia traduzir-se-á num “*contratto preliminare il quale fa sorgere un diritto del creditore verso il concedente a che questi si presti a addivenire alla conclusione del vero e proprio contratto di pegno sulla cosa determinata. In altri termini, quella convenzione è generatrice di una semplice obbligazione di dare a pegno. La nascita effettiva del rapporto personale e*

a recuperar a posse do bem para, em seguida, proceder à constituição do penhor<sup>786</sup> ou um contrato inominado cujo cumprimento poderá ser exigido pelo credor ou devedor<sup>787</sup> ou, finalmente, um contrato “*en tramitación pendiente*”<sup>788</sup> ou de formação progressiva.<sup>789</sup>

---

*reale di pegno richiede l'intervento di un nuovo atto del concedente, con cui questi, adempiendo all'obbligazione assunta nella convenzione, consegna al creditore la cosa. Questo atto di tradizione costituirà esso il vero contratto di pegno, la cui conclusione può aver luogo anche tacitamente*”. Em termos aproximados, Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 147, destacando tratar-se de um contrato meramente consensual e que “*La situation entre les parties est sensiblement la même que si le contrat de gage était valable*” (por outro lado, o Autor realça não ser exigível que a entrega do bem se faça na mesma data em que se celebra o contrato de penhor, pelo que, se tal entrega ocorrer posteriormente, o contrato celebrado foi uma mera promessa de penhor) e Almeida Costa, Direito das obrigações cit., págs. 926 e 927 (afirmando que antes da entrega “*haberá, quando muito, um simples contrato-promessa de penhor (“pactum de pignori dando”). A existência e a persistência do penhor pressupõem, sintetizando, a publicidade constitutiva que se traduz na posse ou comosse*”). Acerca da licitude e dos efeitos, especialmente em caso de incumprimento, de um contrato-promessa de penhor, vide supra n.º 2.4.2.3 do Capítulo I.

<sup>785</sup> Alguns Autores, nomeadamente italianos, fazem apelo à distinção entre título para a constituição (normalmente o contrato) e acto constitutivo do penhor, pressupondo este segundo momento necessariamente a entrega do bem ao credor (vide, neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 55 e segs., afirmando que “*dall’atto di concessione del pegno deriva pel creditore il diritto alla sua costituzione mediante imissione forzata nel possesso di lui o del terzo eletto o nella custodia comune*”), posição esta subscrita por Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 157 (escrevendo ser necessário distinguir entre “*el título para la creación de la prenda, acto jurídico en base al cual el acreedor pignoraticio accederá al bien pignorado, habitualmente mediante consenso contractual, y, de outra, el acto constitutivo del que se deriva la desposesión del constituyente y del que surge el derecho de prenda*”), concluindo que o contrato não se encontra sujeito a qualquer formalidade, ao passo que “*tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen para la perfección del contrato de prenda manual, no sólo el acuerdo entre los interesados, sino también la entrega de la cosa*”). No que especificamente respeita ao penhor de créditos, Ruscello, ob. cit., pág. 22 e segs., nega também a idoneidade do recurso à distinção entre título e constituição do penhor (no sentido em que a formação do contrato de penhor não se encontra sujeita a nenhuma formalidade nas relações entre as partes e com terceiros que não sejam credores do concedente, sendo a notificação ou aceitação do contrato do penhor necessários apenas para que o contrato produza efeitos relativamente aos terceiros credores do empenhante), considerando que “*il pegno di crediti si costituisce a tutti gli effetti nel momento in cui si vengono a perfezionare, accanto al rapporto principale tra debitore e creditore pignoraticio, una serie di altri (e talora eventuali) rapporti: il rapporto con il terzo debitore, con gli (eventuali) acquirenti del credito dato in pegno e, infine, con gli altri possibili creditori*” e acrescentando que não são estas várias relações que incidem sobre a constituição do penhor, mas antes esta que se vai reflectir naquelas (não sem excluir que a particular disciplina da relação de que emerge o crédito objecto do penhor possa influenciar a constituição da garantia, nem que assumam uma íntima conexão com os demais credores do empenhante, tendo em conta a particular situação de crédito-débito existente entre ambos): em suma, para este Autor o penhor de créditos origina um fenómeno complexo que envolve diversas relações singulares, todas elas encabeçadas pelo credor pignoraticio, encontrando-se no pólo oposto, consoante os casos, o seu devedor, o devedor do crédito empenhado ou os credores quirografários (embora reconheça que o núcleo central resulta da relação entre o credor pignoraticio e o seu devedor), não sem que algum dos efeitos do penhor de créditos possa influenciar mais do que uma destas relações (por exemplo, a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado não é indiferente à relação entre este e o credor pignoraticio, nem à que se estabelece com os eventuais credores pignoraticios, pois a sua não observância preclui o direito de preferência).

<sup>786</sup> Neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 67.

<sup>787</sup> Adota esta perspectiva Mirabelli, ob. cit., pág. 385.

<sup>788</sup> A expressão pertence a De la Santa Garcia, ob. cit., pág. 171. O Autor, depois de aludir às posições diversas relativamente à natureza real do contrato de penhor, responde afirmativamente a esta questão, recusando que, antes da entrega (ou do seu sucedâneo, como a inscrição no registo para o penhor de valores mobiliários escriturais), se possa admitir concluído inter partes o contrato de penhor, mas considerando que, na ausência de desapossamento do devedor, não existe tão pouco um contrato-promessa ou um contrato sob condição suspensiva da entrega do bem (ou do registo da garantia), uma vez que a verificação da condição produziria efeitos retroactivos (e, por exemplo, para o registo de valores

Para alguns, a imposição do desapossamento mais não é do que o corolário de um confronto de influências entre as hipotecas mobiliárias e o penhor com desapossamento, da qual este último saiu vencedor.<sup>790</sup>

---

mobiliários escriturais a lei afirma inequivocamente que o mesmo apenas produz efeitos para o futuro): nesta conformidade, afirma que, antes do desapossamento, estamos perante “*un contrato en tramitación pendiente de perfeccionarse, que aunque no es una prenda en sí, sí permite al acreedor exigir al constituyente de la prenda que proceda a la entrega de la cosa (...) y a exigir una indemnización por daños perjuicios en caso de incumplimiento*”.

<sup>789</sup> O mentor desta tese é Rubino, II pegno cit., págs. 217 e 218 (conforme já se fez alusão – cfr. n.º 2 do Capítulo I), considerando que o facto jurídico que origina o nascimento do direito de penhor é de natureza complexa, do qual terá que fazer parte inelutavelmente a entrega do bem ao credor, concluindo que o direito de penhor apenas surge no momento em que o facto jurídico complexo se completa. Se a entrega da coisa ocorrer em momento posterior à verificação dos demais elementos (nomeadamente após a celebração do contrato), apenas nessa data se terá por constituído o penhor; se, ao invés, o credor já tinha a coisa em seu poder, o penhor considera-se perfeito na data da outorga do título constitutivo - no caso do contrato, no momento da troca de consentimento dos contraentes – pois o credor já se encontrava de posse do bem (muito embora alerte para a manutenção do *corpus* – a detenção material – apesar da alteração do *animus* – enquanto antes detinha por força de outro direito próprio, agora passa a deter também em razão do direito de penhor). Em termos semelhantes, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 108, 109 e 123, afiança não ser suficiente a entrega do bem para a constituição do penhor, sendo ainda necessário o acordo das partes acerca da constituição do penhor (acrescentando que, sendo o acordo precedente e não havendo nenhuma outra manifestação de vontade até à data da entrega, aquele consentimento se mantém válido nesta última data) e, encontrando-se a coisa já em poder do credor, a entrega torna-se desnecessária, bastando, para efeitos de constituição do penhor, o acordo das partes.

<sup>790</sup> Socorrendo-se de um longo percurso histórico Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 29 e segs., evidencia como as hipotecas mobiliárias remontam ao direito grego e conheceram grande dinamismo no direito romano, conferindo poderes assinaláveis ao seu titular (como um direito de sequela sob a forma de uma acção quasi-serviana), mas com efeitos potencialmente perniciosos para terceiros (uma vez que a garantia era totalmente oculta, não estando sujeita a redução a escrito ou a inscrição em qualquer registo). Posteriormente, no Século V e na sequência das invasões bárbaras, verificou-se um retrocesso nas concepções jurídicas dominantes, para níveis mais rudimentares que os romanistas, assim se justificando o surgimento do adágio “*meubles n’ont pas de suite*” e o desaparecimento da hipoteca mobiliária do espectro jurídico gaulês. No Século XII e com a aparição de uma espécie de hipoteca imobiliária genérica, em algumas regiões de França (onde a tradição romanista se encontrava mais arraigada) assistiu-se a um ressuscitar da hipoteca mobiliária, mas a interpretação estrita da regra “*meubles n’ont pas de suite*” acabou por prevalecer. Em suma, o confronto entre a hipoteca mobiliária e o penhor sem desapossamento radica na necessidade de a primeira privilegiar os direitos do credor e o segundo atender predominantemente aos interesses dos terceiros e do comércio jurídico em geral: ora, a prevalência foi dada à protecção destes últimos interesses, tutelados pela regra “*meubles n’ont pas de suite*” (conjugada com a protecção dos terceiros adquirentes de boa fé de direitos sobre bens móveis), na medida em que a hipoteca mobiliária não garantia uma publicidade eficaz (não só pela dificuldade em organizá-la, como também pela exiguidade do valor dos bens onerados e pela sua fácil alienabilidade). Todavia, o Autor (ob. cit., págs. 56 a 59), duvida da actualidade destas considerações (apelidando mesmos os art.ºs 2118.º - restringindo a hipoteca aos bens móveis – e 2119.º - rejeitando o direito de sequela no âmbito dos bens móveis - do Code de “*texte sans portée, de curiosité juridique, faisant valoir justement que les raisons qui justifiaient la prohibition ont aujourd’hui disparu*”), sobretudo tendo em conta que o papel atribuído ao desapossamento do devedor em matéria mobiliária é o de mera condição de oponibilidade (e não de validade, o que, aliás, veio a ser acolhido na reforma do Code Civil de 2006 – cfr. infra n.º 1.2.2 do Capítulo II) destinada a publicitar a constituição da garantia, razão pela qual não se afigura impensável recorrer a outro meio de informação alternativo para lograr aquele mesmo efeito, até porque a fiabilidade da publicidade registal é incomparavelmente superior à da possessória. Por outro lado e no que concerne a inidoneidade da maioria dos bens móveis para inscrição no registo – designadamente pela dificuldade de individualização e pela obrigação de consulta dos registos antes da conclusão de qualquer negócio sobre tais bens, sob pena de os terceiros verem os seus direitos preteridos, uma vez que o registo anulária a protecção concedida aos terceiros adquirentes de boa fé – o Autor reconhece que alguns bens móveis não se prestam a este tipo de publicidade registal (e, por arrastamento, os credores com garantias não poderão beneficiar de um direito de sequela perfeito), mas sustenta que o progresso da informática tendo vindo a permitir que o número de bens nessas condições seja cada vez menor.



Resulta do exposto, que a publicidade – traduzida aqui no desapossamento do devedor - assumiria natureza constitutiva do modo de aquisição do direito real, de modo que, na ausência do cumprimento de tal formalidade, o negócio de constituição não produzirá efeitos ou, quando muito, produzirá unicamente efeitos obrigacionais.<sup>791</sup>

Em certo sentido, poder-se-á até considerar a entrega – ou, pelo menos o desapossamento do empenhante – não apenas como um elemento da constituição do penhor, mas mesmo da própria existência e subsistência do direito real de garantia.<sup>792</sup>

Apenas na hipótese de o bem empenhado já se encontrar, à data da constituição da garantia pignoratícia, na posse do credor a outro título, bastará a inversão do título de posse, resultante do penhor, para que se considere realizada a entrega.<sup>793</sup>

Contudo, mesmo em face de outras codificações europeias<sup>794</sup> que impõem a entrega como modo de constituição da garantia pignoratícia, desde cedo algumas vezes se ergueram argumentando ser o desapossamento do devedor mera condição de

---

<sup>791</sup> De acordo com Francesco Ferrara, ob. cit., pág. 18 e segs., a publicidade pode ser necessária ou não necessária (também chamada publicidade notícia): a primeira é condição de existência ou, pelo menos, de eficácia perante terceiros, do negócio jurídico; a segunda destina-se simplesmente a tornar cognoscíveis determinadas situações jurídicas (mas não negócios jurídicos) cujo conhecimento seja do interesse público – como sucede com os registos do estado civil -, pelo que a sua inobservância não contende com os efeitos da relação jurídica (gerando apenas sanções de natureza administrativa ou penal para aquela a quem era imposto o cumprimento das formalidades publicitárias). Dentro da publicidade necessária, o Autor distingue aquela declarativa (que respeita a negócios ou actos jurídicos pré-existentes para que os mesmos possam produzir efeitos relativamente a terceiros), da constitutiva (que opera como elemento essencial do modo de aquisição do direito): em termos expressivos, a distinção passa por considerar a publicidade de modo diverso consoante “*essa porti all’evidenza il diritto acquistato, oppure lo porti anche ad esistenza*”. Esta diferença projecta-se, por outro lado, no facto de a publicidade declarativa ser extrínseca ao acto (nada acrescentando a este, destinando-se unicamente a projectar os seus efeitos face a terceiros), enquanto a publicidade constitutiva é um elemento integrante do modo de aquisição (constituindo uma formalidade substancial que deve acrescer às declarações negociais das partes).

<sup>792</sup> Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 548 e segs., apontando o art.º 677.º, na parte em que estabelece a extinção do penhor em caso de restituição da coisa empenhada, como suporte desta posição (e concluindo, em conformidade, que a perda da posse do bem empenhado por parte do credor pignoratício – ainda que na sequência de furto ou esbulho – implica inexoravelmente a extinção do penhor).

<sup>793</sup> Aceitam esta forma de tradição como modo de constituição do penhor Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 64, Joaquim Bastos, ob., cit., pág. 52, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 200 (considerando que quando o credor pignoratício já se encontre na detenção da coisa antes do surgimento do penhor, bastará a *traditio brevi manu* para a constituição da garantia), Puig Brutau, ob. cit., pág. 29, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 116 e 117, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 62, Guillouard, ob. cit., págs. 103 e 104, (este último descreve a *tarditio brevi manu* como aquela em que as partes no contrato de penhor acordam que a coisa, já em poder do credor pignoratício a outro título, aí permanecerá agora a título de penhor - assim se ficcionando que o credor devolveu a coisa ao devedor e, instantaneamente, a recebeu de volta - considerando que a ausência de publicidade desta forma de constituição do penhor não será diversa da que resultaria da devolução efectiva ao devedor e de uma nova entrega ao credor) e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 86 (precisando que a inversão do título de posse decorre do consentimento do devedor aquando da celebração do contrato de penhor). Em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1494, entendem que basta que o credor seja possuidor mediato, desde que o possuidor imediato não seja o empenhante, pelo que sendo suficiente um simples acordo para fazer nascer o penhor, não relevando o modo através do qual o credor tenha adquirido a posse do bem onerado.

<sup>794</sup> Cfr. art.º 2786.º do CCI, art.º 2076.º do CCF (na versão anterior à reforma do direito das garantias de 2006), art.º 1863.º do CCE, §1205, n.º 1, do BGB (acrescentando, porém, o n.º 2 do mesmo preceito que a entrega de uma coisa de que o proprietário seja apenas possuidor indirecto pode ser substituída, de modo que o proprietário transfira apenas a posse indirecta para o credor pignoratício, devendo a constituição do penhor ser notificada ao possuidor) e art.º 12.º, n.º 1, alínea b), da Lei Catalã sobre os Direitos Reais de Garantia).

oponibilidade do penhor face a terceiros,<sup>795</sup> considerando a garantia perfeita entre as partes a partir da data do acto constitutivo da mesma,<sup>796</sup> enquanto outros sustentam que

---

<sup>795</sup> Opinião esta sufragada por Faggella, ob. cit., págs. 98 a 100 (por considerar que, na senda do direito romano, a posse do bem respeita apenas à publicidade da garantia e, portanto, à sua eficácia face a terceiros, não sendo essencial para a existência do direito de penhor) Enrico Poggi, *Il pegno costituito a favore di piu creditori*, in *Rivista di diritto civile*, n.º 5, 1927, pág. 438 e segs. (para quem, tendo em conta que a finalidade do desapossamento é a protecção de terceiros como consequência da visibilidade que aporta à constituição do penhor, “*la costituzione di questo, per quanto attiene ai rapporti fra le parti, può quindi prescindere*”) e, em face do direito francês, por Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 455 (dando conta que a admissibilidade de penhores sem desapossamento faz com que seja ainda mais difícil erigir a remessa da coisa como condição essencial do penhor), Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 84 e 85 (embora reconheçam não ser a solução que melhor se coaduna com as razões que historicamente presidiram à exigência da entrega para constituição do penhor, consideram-na mais adequada tendo em conta que a finalidade principal – senão mesmo exclusiva – da entrega será a de conferir uma publicidade de facto ao nascimento da garantia), Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 61 (embora desvalorizando a relevância da controvérsia, tendo em conta a admissibilidade incontestada de um contrato-promessa de penhor, sustentam que a entrega da coisa não é senão uma medida de publicidade, podendo as vantagens inerentes à posse do bem ser alcançadas através de outros mecanismos alternativos: daí o surgimento de penhores sem desapossamento), Théry, ob. cit., pág. 298 (fundamentando a sua posição na possibilidade de o devedor ser forçado a entregar o bem ao credor), Weil, ob. cit., págs. 81 e 82 (advogando, apesar de reconhecer não ser essa a solução legal, que a consagração da entrega como simples condição de oponibilidade – e não de validade – do penhor seria suficiente para assegurar os efeitos publicitários e de protecção de terceiros visados pelo desapossamento e concluindo que “*En faisant de la dépossession une condition de validité du contrat même dans les rapports des parties entre elles, on méconnaît la raison profonde de la nécessité de la dépossession*”), Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, págs. 199 e 200 (baseando a sua posição no carácter duvidoso da execução específica do contrato-promessa de penhor) e, no direito espanhol Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2144 (assegurando que “*El contrato de prenda es perfecto y surte efectos entre las partes (...) desde que hay consentimiento, prestado en cualquier forma, sobre la cosa afecta y la obligación que se asegura. No obstante (...) el CC condiciona la oponibilidad erga omnes del derecho de prenda que regula al cumplimiento de dos requisitos: el desplazamiento posesorio (publicidad posesoria) y la certidumbre sobre la fecha en que se constituyó la garantía*”) e, em face do direito catalão, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 113. Relativizam a importância desta discussão, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, págs. 533 e 534 (depois de constatarem que a jurisprudência tende a considerar a entrega como um contrato real, de questionarem tal qualificação em face de posições doutrinárias recentes que negam a existência de tal categoria e de se inclinarem para considerar o desapossamento como condição de existência do penhor), tendo em conta a admissibilidade do contrato-promessa de penhor e a obrigação do promitente transferir a posse para o beneficiário da promessa (e, do mesmo modo que, se o contrato de penhor for válido entre as partes, acarreta a mesma obrigação) ou, caso não seja válido nem sequer *inter partes*, deve ser qualificado como contrato-promessa de penhor. Também Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 229, qualificam o debate como meramente teórico, sobretudo tendo em conta o verdadeiro significado da expressão “*oponibilidade*” como visando o reconhecimento da existência do contrato por parte de terceiros: “*L’opposabilité est destinée à faire produire au contrat tous ses effets, mais rien que ses effets; l’opposabilité ne peut donc avoir pour effet d’investir les parties à l’égard des tiers de droits autres que ceux qu’ils ont pu valablement stipuler entre elles (...). dès lors, dire que le gage est inopposable aux tiers à défaut de dépossession, c’est nécessairement reconnaître que le contrat n’est pas un gage – il ne produit pas les effets – et, réciproquement, dire que le gage est valable entre les parties mais inopposable aux tiers revient également à admettre qu’il n’y a pas de véritable gage, c’est-à-dire pas de privilège*”. Pelo contrário, Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, pág. 200, entendem que a discussão é pertinente para determinar a possibilidade de dação em penhor de objectos relativamente aos quais o desapossamento do devedor é impossível (por se tratar de um bem incorpóreo) ou inoportuna (como sucederá com os bens usados pelo devedor na sua actividade produtiva), colocando-se a questão de saber se, em tais casos, o penhor seria inviável sem intervenção legislativa ou, ao invés, seria possível através da substituição do desapossamento por outra forma de publicidade (concluindo pela primeira alternativa). Finalmente Hardel, ob. cit., pág. 36 e segs., dá conta de posições jurisprudenciais considerando o desapossamento como mera condição de oponibilidade do direito a terceiros (embora saliente que a maioria das decisões sanciona a ausência de entrega do bem ao credor ou a terceiro com a invalidade do próprio contrato de penhor, considerando que “*le dessaisement est exigé même inter partes de façon a ce que le créancier*

a entrega apenas assume um carácter imprescindível quando o contrato de penhor for gratuito.<sup>797</sup>

Nesta conformidade, não se aceita que a condição essencial (e porventura exclusiva) do surgimento do direito real resida na necessidade de entrega do bem empenhado ao credor (normalmente justificada com o facto de a manutenção da coisa em poder do devedor induzir em erro os seus credores quirografários), contrapondo que tal entrega é inúmeras vezes equívoca.<sup>798</sup>

Este entendimento, ao atribuir natureza consensual ao contrato de penhor, facilita de sobremaneira a constituição de diversas garantias desta índole sobre o mesmo bem.<sup>799</sup>

Para além disso, estabelece-se uma distinção entre o direito real de penhor (que nasce do simples consenso) e a preferência que o mesmo outorga, porquanto “*il diritto reale sorge e si fa sentire contro coloro che accampano altri diritti specifici sulla cosa, il privilegio si limita a paralizzare il pegno generico dei creditori*”<sup>800</sup> (ou seja, podendo

---

*puisse se prevaloir des effets du contrat à l'encontre même de son débiteur*”: é a chamada “*thèse du dessaisissement-fondement du contrat*”).

<sup>796</sup> Ainda recentemente Francesca Dell’Anna Misurale, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pág. 51 e segs., (principalmente nota 72), considerando que o suposto carácter real do contrato de penhor radica num erro de perspectiva, devendo antes distinguir-se entre o título da garantia (que pode ter natureza consensual e nem ser um contrato) e a constituição do direito (para a qual a entrega é essencial), pelo que “*il difetto di consegna della cosa impedisca il sorgere del diritto reale di pegno, ma non il perfezionarsi di un valido contratto di natura obbligatoria, vincolante per le parti in base al semplice consenso*” e que servirá de título para a constituição do direito real após o empobramento do credor. Em termos análogos, Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 178, considerando o desapossamento – e o respectivo carácter real – como um mero facto acessório relativamente à fattispecie de formação progressiva, cujo momento constitutivo reside no momento da celebração do contrato e que se perfecciona com a entrega.

<sup>797</sup> É o entendimento de Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, págs. 714 a 716, esclarecendo que, quando o contrato de penhor seja oneroso (entendendo-se como tal aquele que, independentemente da gratuitidade ou onerosidade da obrigação principal, implique alguma vantagem para o garante, com contrapartida da concessão da garantia) ou seja celebrado por escrito, não estaremos perante um contrato real. Nestes casos, ainda assim, pode dar-se a entrega do bem ao credor no momento da celebração do contrato (não sendo, porém, a entrega parte do contrato, podendo dissociar-se o momento da constituição da garantia – decorrente do mútuo consenso entre as partes – e o da sua execução ou cumprimento – a entrega do bem –, ainda que ambos ocorram simultaneamente) ou, como será normal, tal entrega não se produzirá (caso em que o contrato estará perfeito, surgindo para o constituinte da garantia a obrigação de entregar a coisa ao credor pignoratício, momento em que se dará a aquisição do direito real de penhor).

<sup>798</sup> Como sucederá com a entrega através de representante ou o depósito em armazéns gerais. Francesco Pellegrini, *ob. cit.*, pág. 30 e segs., aponta igualmente o caso do penhor de estabelecimento comercial, em que a garantia deverá ser inscrita num registo, como um exemplo de como a constituição da garantia passará despercebida aos credores quirografários, argumentando que estes não se ocuparão de consultar tais registos.

<sup>799</sup> De acordo com Enrico Poggi, *ob. cit.*, págs. 444 e 445, cumprirá distinguir entre os casos em que a constituição ocorra contemporaneamente e de modo que cada um deles responda pelo valor total da coisa (caso em que os vários direitos, salvo pacto em contrário, terão igual grau, aproveitando a extinção de um deles aos demais) e, pelo contrário, aqueles em que a constituição seja contemporânea mas não contextual, de modo a que cada um dos credores prescindia da posição dos demais (hipótese na qual o credor que obtenha a posse conseguirá uma primazia no concurso com os restantes).

<sup>800</sup> Francesco Pellegrini, *ob. cit.*, pág. 40. O Autor, depois de definir direito real como aquele que produz efeitos face a terceiros exteriores aos contraentes, realça que “*vi è una categoria di terzi di fronte ai quali il diritto di pegno è vivo e vitale anche prima della consegna. E si tratta appunto dei terzi che abbiano acquistato diritti reali specifici sulla cosa*”, razão pela qual, mesmo amputado do direito de preferência, o direito real de penhor – que nasce do contrato – assegura o direito de venda e de adjudicação. Por outro lado (vide págs. 50 e segs.), nega que a não entrega de um penhor previamente constituído transforme inelutavelmente a figura numa simples promessa de penhor (embora reconheça que as partes podem estipular este tipo de convenções, tratando-se de uma questão de interpretação negocial), alegando que

ser oposto, mesmo na falta de entrega, a todos os terceiros, exceptuando os demais credores do empenhante) apesar de esse direito real se encontrar duplamente limitado<sup>801</sup> e sem prejuízo de assistir ao credor pignoratício o direito de exigir a entrega do objecto da garantia e de adoptar as providências necessárias à conservação do respectivo valor.<sup>802</sup>

Levando esta perspectiva até ao limite, poder-se-á sustentar que, mesmo antes da entrega do bem empenhado e dentro de certos limites, o direito real de penhor se terá por constituído.<sup>803</sup>

---

esta perspectiva assenta em dois erros, o primeiro é aceitar que *“la mancanza di un elemento essenziale per la esistenza del contratto, converta lo stesso in promessa della prestazione. Com che si dovrebbe concludere che laddove manchi qualunque altro elemento essenziale per il negozio (...) resterebbe la promessa efficace della prestazione”* e o segundo consiste em *“fare scaturire l’azione esecutiva diretta da quel negozio giuridico tutto diverso che è il contratto preliminare. Se è promessa, se cioè manca il consenso al trapasso attuale, codesto trapasso non può ordinarsi dal giudice, perchè il giudice interpreta ed esegue la volontà dei contraenti non la integra nè la sostituisce”*. Para Enrico Poggi, ob. cit., pág. 440 e segs., (depois de salientar que a relação directa do credor pignoratício com o objecto do seu direito apenas ser forçosa no momento da execução da garantia e não necessariamente na data da sua constituição) os efeitos do penhor amputado do direito de preferência variarão consoante a constituição do penhor tivesse sido meramente consensual (mas sem que a permanência do bem na posse do empenhante houvesse sido especialmente convencionada) ou, ao invés, tivesse sido expressamente estipulada a não entrega do bem ao credor e a sua manutenção em poder do empenhante: no primeiro caso, o credor gozará do direito de retenção e, por isso, uma acção real para exigir a entrega do bem empenhado, independentemente da necessidade de venda; já no segundo, tal direito encontrar-se-ia convencionalmente abolido, excepto se o bem houvesse sido entregue a terceiro (concordando que, em qualquer dos casos, não estaremos perante um contrato-promessa de penhor, pois a *“volontà delle parti che nel caso della promessa è rivolta alla successiva emissione di un consenso, nel caso contrario alla attuale produzione di un effetto reale (trasmissione del diritto reale di garanzia”*, embora reconheça que, em determinados casos, não seja fácil enquadrar a *fattispecie* numa ou noutra categoria).

<sup>801</sup> Por se encontrar amputado do direito de preferência e por ceder – por força do princípio da posse vale título - perante o direito de um terceiro que obtenha a posse em momento anterior (Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 55). Nesta conformidade, nega-se (cfr. Enrico Poggi, ob. cit., pág. 440 e segs.) que o conteúdo do direito de penhor se identifique com o direito de preferência que este concede, contrapondo que o conteúdo do primeiro *“è invece nella posizione giuridica di signoria fatta alla volontà del titolare circa la cosa, quale portatrice di un valor economico. Il privilegio in confronto dei terzi non é che una conseguenza di tal posizione”* e que, por isso, *“la sussistenza del diritto reale di pegno è astrattamente concepibile fra pignorante e pignoratario indipendentemente dalla sua oponibilità ai terzi”*.

<sup>802</sup> Quanto a este último aspecto, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 444.

<sup>803</sup> É a posição de Francesco Pellegrini, ob. cit., págs. 11 a 13, alegando que as dúvidas sobre a indispensabilidade da entrega do bem para a constituição do penhor eram reforçadas pela redacção do art.º 1958.º, n.º 6, do anterior Código Civil Italiano, ao ponto de o Autor questionar *“Perché mai il legislatore, dopo di aver parlato di un pegno costituito, intese il bisogno di limitare il privilegio alle cose delle quali il creditore abbia conseguito il possesso? Vi può essere un pegno costituito sopra cose delle quali il creditore non sia in possesso?”*, acrescentando que falar de preferência quando não haja credores concorrentes é uma contradição. Em termos similares, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 438 e segs., afirmando que o direito real de penhor surge independentemente do desapossamento do constituinte (como um direito ao valor, que dispensa o gozo das utilidades da coisa empenhada, sendo este apenas necessário para o surgimento do direito de preferência, ou seja, para a eficácia do direito face a terceiros), retirando como corolário deste seu entendimento a possibilidade de constituição de mais de um penhor sobre o mesmo bem, sem desapossamento do empenhante. Também Stefano Delle Monache, *Una parola di presentazione (e qualche appunto sul pegno rotativo)*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon, pág. XV e segs., qualifica o penhor como um contrato real *quoad effectum* e não *quoad constitutionem*, porquanto admite que o simples acordo das partes – mesmo que oral – obrigue o empenhante a entregar o bem ao credor, de modo a possibilitar o nascimento do direito real de penhor (neste contexto, admite que num contrato de penhor se estipule referido, alternativamente, a duas ou mais coisas do empenhante, só surgindo o penhor com a entrega efectiva de uma(s) delas – criando o acordo inicial uma obrigação alternativa a cargo de alguma das partes - ou, ainda, da dação em penhor de um bem, acompanhada da faculdade do credor ou do constituinte exigirem a dação de um outro bem determinado em vez do inicialmente determinado: em qualquer destas duas hipóteses, não se trata

Esta corrente adversa à natureza real do contrato de penhor ganha ainda maior alento à luz da recente reforma das garantias reais operada no direito francês, da qual decorre uma degradação da entrega do bem onerado ao credor ou a terceiro para a condição de mero pressuposto (alternativo face ao registo) da oponibilidade a terceiros da garantia, surgindo a redacção de um documento escrito como único requisito para a perfeição do contrato entre as partes (art.ºs 2336.º a 2338.º CCF).<sup>804</sup>

O erigir da entrega como condição *sine qua non* do nascimento do direito real de penhor é ainda mais contestável quando a lei, para certo tipo de bens, especialmente incorpóreos, utiliza mecanismos sucedâneos da tradição material<sup>805</sup> e, mesmo para alguns bens corpóreos, dispensa a entrega material.<sup>806</sup>

Como corolário deste entendimento, alguns Autores rejeitam a natureza real do contrato de penhor,<sup>807</sup> enquanto outros afirmam que a constituição do penhor exige, como condição do surgimento da garantia, não tanto a entrega material do bem onerado, mas antes o desapossamento do empenhador, que pode ocorrer por outras vias além daquela entrega.<sup>808</sup>

---

*“di un unico ius in re (ad oggetto variabile) (...) bensì del sorgere di tanti diritti di pegno per quanti sono i beni a mano a mano immessi nella sfera di controllo del creditore (...). Unico, piuttosto, è il titulus cui si ricordano i diversi atti di consegna”*).<sup>804</sup>

<sup>804</sup> Acerca destes preceitos, vide infra n.º 1.2.2 do Capítulo II.

<sup>805</sup> Assim, Francesco Pellegrini, ob. cit., págs. 56 e 57, a propósito do penhor de créditos (no qual a entrega é substituída pela notificação do terceiro devedor e caso esta formalidade fosse considerada constitutiva do penhor, *“ne verrebbe questa inaccettabile posizione che il debitore cedente si potrà opporre per suo conto alla assegnazione condizionata del credito dato in pegno anche quando nessuno si faccia vivo”*) e de estabelecimento comercial (em que a tradição material é comutada pelo registo, com o efeito de, aceitando-se a indispensabilidade da inscrição para o nascimento do direito real de penhor, *“il debitore potrà oporsi alla esecuzione deducendo per suo conto esclusivo la eventuale mancata iscrizione o qualsiasi nullità della medesima”*).

<sup>806</sup> Vide, em particular, n.º 1 do Capítulo II.

<sup>807</sup> Marc Billiau, *Réflexions sur le gage*, in *La semaine juridique*, Ano 70, n.º 2, (10/1/1996), 3897, págs. 22 e 23, relata como, os inconvenientes do desapossamento – nomeadamente a privação do uso do bem por parte do empenhante – conduziram alguns Autores a atribuir à entrega um simples papel de condicionante da oponibilidade (e não de validade) da garantia, embora tal entendimento chocasse com o disposto no art.º 2071.º do CCF (na medida em que este definia o penhor como um contrato em que o devedor entrega uma coisa ao credor), para além da reduzida importância que uma garantia amputada de preferência gozaria (fazendo, no fundo, nascer apenas uma promessa de constituição do penhor). Porém, com o advento de penhores sobre bens incorpóreos *“le transfert de la possession peut difficilement être considérée comme l’élément fédérateur de la notion de gage dès lors qu’il est acquis que certains meubles insusceptibles de possession (ou même de détention) peuvent cependant être l’objet d’un gage, notamment les créances”* (...). *En réalité, à partir du moment où l’on a pu concevoir un gage sur créance, on a été forcément conduit à recourir à une fiction pour admettre que le créancier puisse être possesseur du droit de créance, droit personnel par définition*” Num primeiro momento, essa ficção passou pela exigência de entrega do título comprovativo do crédito empenhado (o qual cristalizaria o direito e o tornaria susceptível de posse pignoratícia), mas com o abandono desta exigência por parte da jurisprudência (e com o surgimento de títulos desmaterializados) *“la définition qui fait de l’attribution de la possession au créancier la caractéristique principale du gage, ne peut être retenue, sauf à considérer qu’il ne peut y avoir véritable gage que sur un meuble corporel, ce qui ne correspond manifestement pas à l’état du droit positif. En un mot, le gage n’est pas certainement plus toujours un contrat réel”*.

<sup>808</sup> Neste sentido, Paulo Cunha, ob. cit., págs. 196 e 197, escrevendo que *“o que interessa não é a entrega, nem caracterizar os vários modos de tradição que se seguem, mas a circunstância negativa, digamos assim, de perder a posse. Que por tradição real, quer por tradição simbólica, quer por tradição ficta abrangendo o registo ou o constituto possessório, o que realmente se verifica sempre é a perda da posse (...) quando falamos em desapossamento da coisa não estamos a postular que haja necessariamente aquisição da posse da coisa, de posse de propriedade, por parte do credor, mas apenas que há perda da posse por parte do dono da coisa (...) o que se verifica não é o desapossamento da coisa mas a conservação de poderes de facto que constituem a externalização do direito pignoratício”*.

Ainda assim, o entendimento dominante persiste em recusar a existência de penhores sem entrega, salvo nos casos excepcionais previstos na lei, importando, por isso, determinar os efeitos do desapossamento do devedor (ou da falta dele) relativamente a terceiros, por um lado no que respeita aos demais credores do empenhador e, por outro, aos adquirentes da propriedade ou de outros direitos reais sobre a coisa empenhada.<sup>809</sup>

Quanto aos primeiros, cumpre salientar que, até à penhora ou à prática de outro acto de apreensão judicial do bem (v.g. em processo de insolvência), o credor encontra-se habilitado a obter a entrega do bem em ordem a constituir a garantia pignoratícia. Se, ao invés, qualquer um daqueles acontecimentos ocorrer antes da entrega do bem ao credor, não poderá este fazer valer o seu direito perante credores do empenhante titulares de outras garantias sobre os mesmos bens.<sup>810</sup>

Entre os diversos credores do empenhante poderá ocorrer um conflito de cariz diverso quando mais do que um deles disponha de um título para a constituição de penhor sobre o mesmo bem, conflito este que deve ser solucionado em benefício daquele que primeiramente obtenha a posse do bem empenhado, mesmo que o seu título seja posterior, sendo mais discutível se o mesmo efeito se produzirá quando o credor saiba da existência de um título anterior<sup>811</sup> (valendo as mesmas considerações, em termos gerais, para o penhor de créditos).<sup>812</sup>

Assim sendo, o empenhador poderá proceder à entrega ao credor que primeiro lhe solicitar, ainda que o respectivo título não seja o anterior em data.

O outro credor, que não tenha conseguido primeiramente a posse do bem, apenas obterá a constituição do penhor se o credor entretanto empossado directamente do bem aceitar consentir em possuidor também em nome daquele<sup>813</sup> ou, caso o primeiro penhor

---

<sup>809</sup> Adoptam esta classificação bipartida, Guillaouard, ob. cit., pág. 94 (analisando-a do ponto de vista negativo, isto é dos efeitos da falta da entrega, concluindo que, relativamente a terceiros, determinará a inoponibilidade da garantia, isto é, a ausência do direito de preferência. Ao invés, entre as partes, a convenção destinada à constituição do penhor, se e enquanto não ocorrer a entrega, fará surgir apenas uma obrigação a cargo do devedor, cujo cumprimento pode ser judicialmente exigível pelo credor) e, mais desenvolvidamente, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 69 a 76.

<sup>810</sup> Assim, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 67 e 70, concluindo que enquanto o empenhador mantiver ou recuperar a posse do bem, os outros credores poderão considerar o bem como livre (mesmo que saibam da existência de um título válido para a constituição do penhor), ressalvando apenas o caso de a perda da posse do bem pelo credor ser motivada pela respectiva entrega ao tribunal competente para proceder à sua venda.

<sup>811</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 79 e 80, defendem a prevalência do direito do credor primeiramente empossado, ainda que conheça a existência de um título anterior. Já Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 63 e segs., embora concordando com a prioridade concedida ao credor que primeiro consiga a posse do bem, salvaguarda que *“il creditore pignoratizio di mala fede, il quale si sia affrettati a ricevere la cosa, deve restituirla a colui che, per la sua originaria conoscenza (...), aveva già acquistato validamente il pegno”* (ou seja, considerando de má fé a aquisição do direito de penhor por parte do credor pignoratício que *“conosceva che la cosa era già data in pegno, ma non ancora consegnata ad altro creditore”*).

<sup>812</sup> No penhor de créditos e em face do direito italiano, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 75 e segs., revela que o credor cujo direito prevalecerá será aquele que primeiro notifique a constituição da garantia ao terceiro devedor, mesmo que não tenha em seu poder o documento comprovativo do crédito (no direito pátrio, o facto de a notificação ser condição de nascimento do direito do penhor – ao contrário do direito italiano onde é mera condição de oponibilidade conduz à prevalência do direito primeiramente notificado, com a diferença de o credor não notificante nem sequer chegar a ser titular de um direito de penhor). Neste cenário, o devedor responde perante o credor retardatário – por ter diminuído as garantias dadas ao credor -, excepto se o montante do crédito empenhado seja de tal forma elevado que permita cobrir ambas as obrigações.

<sup>813</sup> Caso o credor que tenha primeiramente obtido a posse do bem empenhado não queira possuí-la também por conta do segundo, não poderá ser obrigado a fazê-lo. Nesta conjuntura, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 81 e 82, admitem que o segundo penhor se possa constituir como penhor sobre o eventual

tenha sido constituído por meio da entrega a um terceiro, desde que este aceite detê-la igualmente no seu interesse (mas sem necessidade do consentimento do primeiro credor).<sup>814</sup>

Se, porventura, o devedor recusar entregar o bem empenhado, o credor tem o direito de exigir judicialmente essa remessa (nos termos em que for admissível o recurso à execução específica se considerarmos estar perante um simples contrato-promessa ou, caso se entendermos estar perante um contrato definitivo do qual decorre um dever de entrega, mediante o recurso a uma acção de entrega de coisa certa) e, caso tenha sido constituído mais do que um penhor sobre o mesmo bem, idêntico direito assiste a qualquer dos credores, prevalecendo aquele que primeiramente alcance a posse do bem.<sup>815</sup>

No que concerne aos terceiros adquirentes, cujo direito seja obtido antes da entrega da coisa ao credor pignoratício, adquirirão a coisa como desonerada, ainda que não ignorem a existência de um título válido para a constituição do penhor.<sup>816</sup>

Em presença de um direito pessoal, do credor pignoratício, destinado a obter a posse do bem dado em garantia, e um direito real, do adquirente, este último deverá naturalmente prevalecer,<sup>817</sup> pelo que o empenhador-alienante que não tenha entregue o bem, nem ao credor pignoratício, nem ao adquirente, deverá fazê-lo a este último.

Em suma, se o credor pignoratício já estiver na posse do bem empenhado (e, portanto, o seu direito se encontrar constituído) e se o terceiro adquire o seu direito do empenhador, adquire a coisa onerada com o penhor e, caso tenha obtido a posse desta (por exemplo porque esta lhe foi entregue pela pessoa designada para a sua guarda), o credor poderá socorrer-se dos meios de defesa da posse para se reapossar do bem.<sup>818</sup> Se,

---

resíduo do preço da venda efectuada pelo primeiro credor, ou seja, como um penhor sobre o eventual futuro crédito do devedor para com o primeiro credor (negando, ao invés, a admissibilidade de um penhor sobre a coisa através de uma autorização a restituir a coisa ao segundo credor pignoratício, argumentando não poder constituir-se um penhor sobre a coisa, ou sobre o direito à sua restituição, existindo apenas uma relação entre as partes, constituindo-se o penhor apenas quando o primeiro credor entregar a coisa ao segundo), possibilidade esta também aceite por Troplong, ob. cit., págs. 94 e 95.

<sup>814</sup> Neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 80. Hipótese diversa tem lugar quando mais de um credor pretendem constituir contemporaneamente vários penhores sobre o mesmo objecto, caso em que a coisa deve ser entregue a um terceiro ou a todos os credor em conjunto ou a um deles que actuará como depositário face aos restantes (Gorla e Zanelli, ult. ob. e loc. cit.). Em face do regime do Código de Seabra, duas posições se confrontavam: para uns, não poderia haver mais de um penhor sobre o mesmo bem, ao menos para garantir créditos de diferentes credores (Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 241 e 242: “*não podem vários credores, estranhos entre si, ter como penhor uma mesma cousa*”); para outros, nada obstaría à constituição de mais de um penhor sobre o mesmo bem, ainda que em garantia de credores distintos, “*desde que êsse objecto esteja em poder de terceiro ou desde que o credor, em poder de quem êle está, consinta no novo penhor e se considere depositário em relação ao outro credor*” (Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 332).

<sup>815</sup> E desde que se encontre de boa fé - neste termos, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 68 e segs., rematando que a obtenção da posse resulta da execução da ordem judicial proferida na acção principal ou, na ausência dela, ou do decretamento de uma providência cautelar.

<sup>816</sup> Assim, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 67 e 70.

<sup>817</sup> A resposta não será tão inequívoca, no caso de o terceiro adquirente se encontrar de má fé (resultante do conhecimento da existência, a favor do credor pignoratício, de um título para a constituição do penhor), naqueles ordenamentos que admitem o princípio da “posse vale título” (a favor da prevalência do direito do terceiro adquirente, mesmo nestes casos, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 70).

<sup>818</sup> Já é mais discutível saber se, socorrendo-se o credor pignoratício das acções possessórias, os outros credores do empenhante poderão, penhorando a coisas antes da efectiva recuperação da posse por aquele primeiro, paralisar a respectiva preferência. Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 73 a 75, distinguem consoante a propriedade da coisa tenha passado para terceiro (caso em que rejeita essa possibilidade, argumentando que a coisa já não pertence ao devedor dos credores que tenham obtido a penhora) ou permaneça no empenhador (caso que os Autores consideram mais duvidoso, concluindo que se o credor usar da acção de reivindicação o penhor extingue-se com a perda da posse e, caso esta venha a ser recuperada, se

pelo contrário, o terceiro adquire o seu direito do terceiro encarregue de cuidar da coisa, adquire de quem não é proprietário e, por isso, a alienação é nula (art.º 892.º),<sup>819</sup> não prejudicando, por isso, os direitos do credor pignoratício.

Caso o bem objecto da garantia permaneça na posse do empenhador e o terceiro adquira o seu direito por negócio com ele celebrado - mesmo conhecendo a existência de um título para a constituição do penhor em benefício de outrem e independentemente de ter ou não sido investido na posse do bem - prevalece o direito do adquirente, porquanto o direito real de penhor ainda não havia completado o seu processo formativo, no qual se inclui, salvo os casos expressamente previstos na lei, a entrega do bem ao credor ou a terceiro.<sup>820</sup>

Estas conclusões apresentam-se como válidas independentemente de considerarmos que, na ausência da entrega do bem ao credor, estaremos perante um mero contrato-promessa de penhor ou, ao invés, na presença de um contrato imperfeito (ou de formação progressiva) ou de um título para a constituição do penhor: em qualquer dos casos, o credor, antes de lograr a posse do bem, dispõe unicamente de um direito pessoal à entrega, sendo esta indispensável para o surgimento do direito real de penhor.

Esta orientação, é usualmente justificada pelas funções atribuídas à entrega da coisa empenhada ou, sob outro prisma, ao desapossamento do constituinte da garantia,<sup>821</sup> quer as mesmas sejam encaradas do ponto de vista do credor, dos terceiros ou da própria segurança do comércio jurídico.<sup>822</sup>

---

constitui um novo penhor; pelo contrário, recorrendo às acções possessórias, o penhor só se extinguirá caso a coisa não fosse devolvida ao credor dentro do prazo legalmente previsto para o exercício dessas acções).

<sup>819</sup> Muito embora essa nulidade não possa ser oposta ao comprador de boa fé (considerando-se como tal aquele que desconheça a ausência de legitimidade do vendedor para proceder à alienação). Caso isso suceda, a o terceiro poderá adquirir a propriedade, mas onerada com o penhor.

<sup>820</sup> Excepto se a entrega for necessária para a constituição do direito adquirido pelo terceiro (cfr. art.º 408.º, n.º 1, parte final e n.º 2). Neste caso, prevalecerá o direito cujo processo formativo se complete primeiro, sendo discutível a qual dos dois sujeitos o empenhante deva fazer a entrega, embora possamos aplicar aqui, ao menos por analogia, o art.º 407.º, porquanto ambos têm um mero direito pessoal a exigir a entrega do bem (no direito italiano Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 75 e 76, entendem que se o credor pignoratício adquirir primeiramente a posse, os direitos de gozo dos terceiros não lhe serão oponíveis; pelo contrário, se for o terceiro a conseguir obter primeiro a posse, o penhor não nasce, a não ser que o terceiro aceite possuir também em nome do credor pignoratício ou então após a cessação desses direitos de gozo).

<sup>821</sup> A este respeito, Rubino, Il pegno cit., pág. 217, considera que o simples desapossamento do devedor realiza a função publicitária de protecção de terceiros, enquanto a tutela do credor contra actos de deterioração ou de disposição da coisa pelo devedor apenas é satisfeita com o seu empossamento (em termos análogos se exprime Ciccarello, ob. cit., pág. 690). Neste contexto, conclui que, para o surgimento do direito de penhor, não basta o desapossamento do constituinte da garantia (ainda que realizado tendo em vista a constituição da garantia), sendo ainda imperioso o empossamento do credor (ou, em alternativa, de um terceiro). Por seu turno Puig Brutau, ob. cit., pág. 29, afirma que a razão de ser primordial do desapossamento do devedor é fazer com que o constituinte perca a posse imediata e não tanto que esta passe para o credor pignoratício, como se alcança da possibilidade de entrega do bem a um terceiro.

<sup>822</sup> Na feliz síntese de Michel Cabrillac, La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Sirey, 1954, págs. 10 e 11, o desapossamento material do bem protege o credor (uma vez que «la possession du débiteur pourrait créer un double obstacle à l'appréhension du créancier. Sur le plan matériel, l'utilisation et la circulation des meubles étant occulte, l'object du gage pourrait être soustrait très facilement aux poursuites du créancier. Sur le plan juridique, le monde mobilier est dominé par la difficulté que l'on éprouve à y dissocier le pouvoir de fait du pouvoir de droit, difficulté qui trouve son expression la plus marquante dans la règle en fait de meubles, la possession vaut tire. Aussi, celui qui aurait reçu le bien pourrait-il, en vertu de sa possession et de la bonne foi dont la loi le pare, s'opposer à la revendication du gagiste et acquérir par là sur le meuble un



Nos ordenamentos em que a aquisição dos direitos reais não se produz por mero efeito do contrato, já foi defendido que este modo de constituição do penhor se explica, ao menos parcialmente, em razão da insuficiência do contrato para o nascimento daqueles direitos, tornando indispensável a tradição do bem.<sup>823</sup>

Normalmente, a indispensabilidade de entrega da coisa ao credor justifica-se pelo reforço da segurança da posição deste sujeito daí decorrente, destarte diminuindo a probabilidade de extravio do bem, assim tornando mais sólido o direito pignoratício.<sup>824</sup>

Não falta mesmo quem considere ter sido o desígnio essencial – senão mesmo exclusivo – que motivou, aquando da aprovação das codificações que erigiram o desapossamento como *conditio sine qua non* da constituição do penhor, tendo as demais funções da entrega do bem empenhado – *maxime* a sua função publicitária e de protecção dos demais credores do empenhante – sido resultado de interpretações posteriores.<sup>825</sup>

---

*droit de propriété pleine et entière qui excluerait le droit réel de ce dernier»*), os terceiros (assegurando o seu interesse em conhecer os ónus existentes sobre os bens do seu devedor, de tal modo que «*Si la valeur restait chez le débiteur, aucun signe extérieur ne révélerait aux tiers que la chose est sortie du gage commun*» (...). *Il apparaît, en effet, que dans ce domaine de l'apparence qu'est par excellence le domaine mobilier, la possession ne peut souvent être que le seul mode possible de publicité du droit réel de garantie – comme de tous les autres droits réels d'ailleurs*») e ainda a perfeita identificação dos bens sobre os quais a garantia incide.

<sup>823</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 490, embora remate que, no que especificamente respeita ao contrato de penhor, “*sólo se explica por razones históricas y de respeto a la autoridad del Derecho romano*”.

<sup>824</sup> Como refere Paulo Cunha, ob. cit., pág. 188, a entrega da coisa não é absolutamente necessária para atribuir um direito de preferência ao credor pignoratício (veja-se o que se passa com outras garantias – *maxime* a hipoteca – que conferem uma preferência análoga, permanecendo o bem hipotecado em poder do devedor). Assim sendo a entrega “*visa proteger os próprios interesses do credor pignoratício contra as possibilidades de depreciação e descaminho da coisa dada em penhor, por parte do devedor. Com efeito, sendo as coisas objecto do penhor por definição, coisas móveis, acontece que, se não houvesse entrega, poderia o devedor com a maior facilidade esconder, descaminhar ou deteriorar a coisa dada em penhor, e assim se frustrava a preferência especial que o penhor deve dar ao credor pignoratício.*”. Também Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 48, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 197, Antunes Varela, Das Obrigações cit., Vol. II, pág. 524, nota 1, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 61, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 71 (aludindo à prevenção de fraudes praticadas pelo empenhador relativamente ao bem onerado), Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 71, Serafino Gatti, Il credito cit., pág. 178, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 193, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 532 e Simon Quincartlet, ob. cit., págs. 35 e 319, referem como uma das finalidades da entrega o reforço da posição do credor, ao evitar a dissipação ou ocultação do bem por parte do seu proprietário (ou, noutros termos, evitar a prática, pelo constituinte, de actos materiais ou jurídicos que possam afectar a consistência da garantia).

<sup>825</sup> É este o entendimento de Gaetano Piepoli, Garanzie sulle merci e spossessamento, Editore Jovene Napoli, 1980, pág. 16 e segs., para quem na codificação de Napoleão (e em todas aquelas nela inspiradas) a tutela do credor constituiu a *ratio* da necessidade de entrega. Essa tutela traduz-se, em termos práticos, em evitar “*lasciarli nelle mani del debitore vuol dire esporsi al pericolo che essi vengono deteriorati, fatti sparire o comunque sottratti; inoltre solo grazie al possesso effettivo il creditore può evitare aggressioni esecutive sul bene da parte dei terzi e nello stesso tempo affermare il diritto di farsi pagare sulla cosa oggetto del pegno con privilegio e preferenza sugli altri creditori; infine solo il possesso attribuisce al creditore un diritto reale*”, sendo outras potenciais funções do desapossamento – tutela do terceiro adquirente e/ou dos credores quirografários - alheias à opção legal. No que respeita, em especial, à protecção dos demais credores do empenhante (ou, noutra perspectiva, à cognoscibilidade da situação patrimonial do devedor, alertando os seus credores que um bem se encontra onerado) salienta ser a mesma “*sconosciuta alla esperienza giuridica francese del tempo e al legislatore del code civil*” (o que não significa ausência de preocupação de tutela destes outros credores – nomeadamente contra o perigo de subtracção dos bens por parte do devedor ou de conluio do devedor com outros credores - a qual, porém, é assegurada por outras vias que não a necessidade de desapossamento, designadamente com a obrigatoriedade de redacção de um documento escrito datado contendo a suficiente indicação da coisa empenhada e do crédito assegurado): só posteriormente foi reconhecida a função publicitária do desapossamento, sobretudo após a constatação da necessidade de tutela da garantia genérica e de

Com efeito, encontrando-se o bem em poder do credor ou de um terceiro, pelo menos os actos de disposição material do bem tornam-se dificilmente praticáveis, muito embora a detenção do bem não invalide a prática de actos de disposição jurídica.<sup>826</sup>

Relativamente a estes últimos, é relativamente indiferente se o bem objecto do negócio se encontra em poder do constituinte da garantia ou, pelo contrário, do credor, pois, mesmo nesta segunda hipótese, aquele poderá constituir e transmitir a terceiros direitos sobre a coisa (excepto tratando-se de direitos reais quanto à constituição, como sucede com o próprio penhor), sem prejuízo de o credor pignoratício poder opor o seu direito a tais terceiros.

No que concerne aos actos de disposição material e não vigorando entre nós o princípio da “*posse vale título*”,<sup>827</sup> o credor pignoratício poderá fazer prevalecer o seu direito sobre o do terceiro a quem o constituinte tenha entregue o bem, razão pela qual o

---

protecção dos credores quirografários. O Autor (vide págs. 67 a 74) dá ainda conta que um fenómeno semelhante ocorreu na ordem jurídica alemã (onde a função publicitária do *Faustpfandprinzip* – e a inerente tutela do adquirente e dos sucessivos credores pignoratícios – também não foi imediatamente identificada), muito embora assegure que o sistema de *besitzlose Mobiliarsicherheiten* consegue conciliar os já aludidos interesses do credor com os do empenhante (em manter a posse dos bens empenhados e em “*non rendere nota la parte del patrimonio aziendale gravata da garanzie specifiche, e quindi il grado di indebitamento nei riguardi del finanziatore titolare delle garanzie medesime. E ciò sai per evitare il possibile pregiudizio che ne potrebbe derivare alla propria attività d’impresa, anche ai fini dell’affidamento da parte dei terzi, sia per eliminare ogni sorta di difficoltà nella collocazione sul mercato dei beni su cui grava la garanzia*”, pois não existe uma publicidade deste tipo de garantias), com prejuízo dos de terceiros, em especial dos credores quirografários do empenhante (por um lado, em razão da abrangência – quer em termos horizontais, quer verticais – destas garantias, permitindo-lhes abarcar uma parte significativa do património do devedor e, por outro, em razão da ausência de publicidade das garantias). Barrada Orellana, ob. cit., págs. 114 e 115 e Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 305, consideram mesmo ser esta a principal função do desapossamento.

<sup>826</sup> Todavia, do ponto de vista do proprietário do bem, a sua entrega ao credor pode ser originadora de abusos da parte deste, designadamente quando decida proceder à respectiva alienação – salienta este aspecto Joana Dias, ob. cit., pág. 48.

<sup>827</sup> Claro que nos ordenamentos em que tal princípio se encontra plasmado, a esta função de segurança atribuída à entrega do bem dado em garantia assume uma importância indubitavelmente maior, pois, como referem Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 532, “*Sans elle, le créancier risquerait fort de ne pas retrouver matériellement le bien (...) soit de le retrouver entre les mains d’un tiers acquéreur protégé, s’il s’agit d’un meuble corporel, para la règle de l’article 2279 du Code Civil. Ainsi, la dépossession fait en quelque sorte fonction de pré-saisie conservatoire.*” (em termos análogos Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 229 e 231 e Hardel, ob. cit., pág. 36, destacando este último que, permanecendo o bem em poder do constituinte, aquele “*peut facilement être passe de la main à la main à un tiers, et l’article 2279 jouant en faveur du possesseur de bonne foi, il ne saurait être question de revendication, le créancier perdrait donc toute garantie*”). Em termos concordantes para o direito italiano, Gino Magri, ob. cit., pág. 15 (sustenta ser a regra da posse vale título que justifica, conjuntamente com a inadmissibilidade de garantias ocultas, a obrigatoriedade do desapossamento, pois caso fosse admitido um penhor sem entrega “*il diritto del creditore si troverebbe esposto ad essere pregiudicato da qualsiasi atto di alienazione della cosa fatto dal debitore accompagnato da tradizione all’acquirente alla sola condizione che questi fosse ignaro della costituzione del pegno! Il che significa ch’egli sarebbe tutelato soltanto in confronto degli acquirenti non investiti del possesso o degli acquirenti di mala fede*”) e Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 49 e 50 (constatando que, por aplicação do art.º 1153.º do CCI, o penhor “*restando paralizzato nelle ipotesi che un terzo abbia cosneguito il possesso del bene in buona fede ed attraverso un titolo idoneo a fargli acquistare la proprietà o altro diritto reale; come pure in tutte le ipotesi nelle quali un altro creditore assoggetta il bene ad esecuzione forzata. Il perfezionarsi della proprietà del bene impegnato in capo ad un terzo, peraltro, farebbe venire meno non già solo l’oponibilità, ma lo stesso diritto di garanzia, che sarebbe travolto dall’effetto liberatorio dell’acquisto*”, ou seja, “*la proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa*”). Para o direito espanhol, vide López, Montés e Roca, Derecho civil, derechos reales y derecho inmobiliario registral, Tirant lo branch, 2001 (2.ª Edição), pág. 441, salientando que a entrega “*asegura al acreedor que el deudor (o quien constiuye la prenda) no enajenará como libre (a terceros adquirentes buena fe) el bien gravado, en fraude a sus derechos*”.

desapossamento poderá, quando muito, justificar-se a necessidade da entrega com a preocupação de evitar o risco de transformação, destruição, deterioração, ocultação ou modificação do objecto da garantia.<sup>828</sup>

Daí que já tenha sido salientado que “A exigência de entrega, que o nosso Código (...) faz, compreende-se melhor num direito em que se dê, de um modo geral, protecção a terceiros adquirentes de boa fé de coisas móveis ou de direitos sobre elas”<sup>829</sup> e, como se sabe, no nosso direito a alienação ou constituição de direitos reais sobre coisas móveis, apesar de desprovidas de publicidade, são eficazes contra terceiros (ainda que de boa fé),<sup>830</sup> embora tal não signifique uma total desprotecção desses terceiros.<sup>831</sup>

Ainda assim, mesmo na ausência da protecção, pelo menos tão intensa como noutras latitudes, dos terceiros adquirentes de boa fé, a necessidade de desapossamento do constituinte para a constituição do penhor poderá justificar-se com o intuito de protecção do credor, bem como de defesa de terceiros (nomeadamente porque a possibilidade de estes serem enganados será mais provável no penhor do que na alienação sem entrega, tendo em conta a maior frequência daquele negócio face a este último).<sup>832</sup>

No que à protecção do credor diz respeito, é inegável que a colocação do bem objecto da garantia em seu poder facilitará, em caso de incumprimento da obrigação garantida, a sua alienação, designadamente por dispensar todos os actos de localização e apreensão do mesmo.<sup>833</sup>

Contudo e sempre de acordo com esta finalidade de protecção do credor pignoratício, poderá questionar-se a indispensabilidade da entrega, contrapondo que

---

<sup>828</sup> Simplesmente, se estes receios podem ser fundados, poder-se-á questionar se eles não estarão presentes sempre que um credor aceite um bem do devedor em garantia e aquele permaneça em poder deste e, ainda assim, a esmagadora maioria das garantias não exigem o desapossamento do respectivo constituinte. Poder-se-á justificar a solução preconizada para o penhor atendendo ao carácter mobiliário e facilmente ocultável ou transportável do objecto da garantia – e muitas vezes à sua natureza perecível e/ou susceptível de transformação - e à maior vulnerabilidade deste à prática de algum dos actos prejudiciais à consistência do objecto da garantia assinalados no texto.

<sup>829</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 138, defendendo, *de lege ferenda*, a consagração legal da protecção de boa fé dos terceiros adquirentes de bens móveis ou, pelo menos, um reforço da sua tutela relativamente ao direito vigente antes da entrada em vigor do actual Código Civil.

<sup>830</sup> Por exemplo, se A vender um bem móvel a B e, posteriormente, o empenha a favor de C, B pode opor o seu direito de propriedade a C, ainda que o bem tenha permanecido em poder de A, não sendo, por isso, C advertido da carência de propriedade de A no momento em que este lhe havia transmitido o seu direito. Mesmo que A entregue o bem a C (credor pignoratício) após a celebração do contrato de compra e venda com B, o direito deste é oponível a C, uma vez que o direito de propriedade se transmitiu por mero efeito do contrato (art.º 408.º, n.º 1).

<sup>831</sup> Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 95, destaca como no caso de B furtar um bem ao respectivo proprietário (A) e posteriormente o vender a C (terceiro de boa fé), o proprietário do bem poder reaver o bem através da acção de reivindicação (para o que terá que efectuar a prova, diabólica em sede mobiliária, do seu direito de propriedade) ou da acção de restituição da posse (na qual teria que demonstrar apenas a sua posse, da qual resultaria a presunção de propriedade – cfr. art.º 1278.º, n.º 1): simplesmente, o recurso a esta acção de restituição está-lhe vedada, uma vez que o bem foi adquirido por um terceiro de boa fé (art.º 1281.º, n.º 2), restando-lhe, por isso, o recurso à acção de reivindicação (na qual, além do mais e se o vendedor aparente for comerciante, mesmo que obtenha ganho de causa, “*não pode obter a restituição da coisa sem previamente ter restituído a C o preço de aquisição por este pago. Corre, deste modo, pelo proprietário o risco de vir a obter do esbulhador a restituição do valor do preço desembolsado, com a inerente tutela da boa fé do terceiro*” – cfr. art.º 1301.º).

<sup>832</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 139.

<sup>833</sup> Aludem a este aspecto Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 197, nota 466 e Barrada Orellana, ob. cit., pág. 114, em especial nota 162.

para a tutela daquele bastará, não tanto a entrega, mas antes a mera possibilidade de entrega.<sup>834</sup>

Um outro argumento tradicionalmente invocado em abono da necessidade de desapossamento do constituinte da garantia<sup>835</sup> prende-se com o imperativo de conferir publicidade ao penhor,<sup>836</sup> uma vez que este recai sobre bens móveis, tradicionalmente não submetidos a registo.

De facto, não sendo a generalidade dos bens móveis passíveis identificação de modo a permitir a sua inscrição,<sup>837</sup> importa encontrar um mecanismo alternativo de dar a conhecer a terceiros a constituição da garantia pignoratícia, equiparável, no que aos efeitos publicitários respeita, ao registo exigido para a constituição de garantias sobre bens imóveis.<sup>838</sup>

A função publicitária, ao menos rudimentar<sup>839</sup>, imperfeita,<sup>840</sup> espontânea ou material,<sup>841</sup> do penhor manifestar-se-ia no facto de os terceiros, ao não encontrarem a

---

<sup>834</sup> Cfr. Paulo Cunha, ob. cit., pág. 188. Partindo desta constatação, o citado Autor conclui que a entrega acautela os interesses do credor pignoratício, mas não será esse o único intuito de a mesma ser erigida como requisito indispensável para a constituição do penhor.

<sup>835</sup> Vide, por todos, Rubino, Il pegno cit., págs. 218 e 219.

<sup>836</sup> Francesco Messineo, Costituzione di pegno, mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore e suoi effetti, in BBTC, 1949, I, pág. 307, alerta para a circunstância de o desapossamento do empenhante (e o consequente empossamento do credor ou de terceiros) não ter uma função publicitária “*nel senso stesso in cui da più uno si annette tale funzione al possesso in generale. Nella figura di cui discorriamo, è in questione, non la pubblicità connessa al possesso, bensì la pubblicità del pegno; pubblicità la cui attuazione si considera affidata al possesso della cosa oppignorata, quale surrogato dell’iscrizione in quei registi che sono propri dell’ipoteca*”.

<sup>837</sup> Como bem nota Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 35, trata-se mesmo da única publicidade possível para objectos de difícil identificação e sem uma localização fixa. Para aqueles que, ao invés, sejam susceptíveis de identificação (como os automóveis, navios e aeronaves), o registo será instrumento de publicidade suficiente, nada obstando, por isso, a que o bem permaneça em poder do constituinte da garantia – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 43. Por vezes, é o próprio legislador a considerar que, na ausência de registo, o melhor meio para dar a conhecer a constituição do penhor (e admitir a sua oponibilidade ser gerar injustiças para direitos de terceiros) é a entrega da coisa – cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939. Acerca da questão de saber se, nestes casos, estaremos perante verdadeiros penhores ou diante de hipotecas mobiliárias, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III.

<sup>838</sup> Para Gino Magri, ob. cit., pág. 14 e segs., tendo em conta “*La necessità economica fondamentale che i terzi non siano lasciati nell’ignoranza della costituzione del rapporto di garanzia*”, pois “*L’ammissibilità legislativa dei diritti di garanzia occulti sarebbe la rovina certa di ogni credito personale e reale e di ogni sicurezza nelle contrattazioni sulle cose*”, a tradição da coisa assume, no penhor, a mesma função económica da inscrição da hipoteca, embora o Autor reconheça que o desapossamento não anuncia ao público a constituição da garantia, “*ma, essendo tolta al concedente qualunque parvenza di disponibilità della cosa, il pubblico è impedito di considerar ela medesima come appartenente al patrimonio di quello*”. Realça igualmente esta função da entrega Enrico Poggi, ob. cit., pág. 437 e segs., assegurando ser este o reverso do princípio da posse vale título, na medida em que o desapossamento exterioriza a eventual privação do direito sobre a coisa, assim impedindo que os terceiros reputeem como existente no património do devedor um bem cujo valor se encontra potencialmente alienado a outrem em consequência de um penhor anteriormente constituído (todavia, este Autor sublinha que “*la tradizione della cosa attiene alla pubblicità del diritto di pegno più nel suo aspetto negativo di spossessamento del pignorante che non in quello positivo di impossessamento da parte del titolare del pegno*”). Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 357, compara mesmo esta publicidade possessória à decorrente do registo dos bens imóveis, considerando-a um sucedâneo desta (“*a tradição do objecto empenhado torna público o penhor, como o registo imobiliário torna também pública a hipoteca*”), destinando-se a tornar conhecida a terceiros a oneração do bem.

<sup>839</sup> Qualifica expressamente como rudimentar a publicidade assegurada pelo desapossamento Rubino, Il pegno cit., pág. 222, qualificação esta aceite por Gorila, ob. cit., pág. 68, nota 1, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 189, Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 57 e, entre nós, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 48. Já Galvão Teles, Anotação cit., pág. 214, nota 32, prefere falar de publicidade de facto para justificar a necessidade de entrega (concluindo que, na falta desta, os terceiros podem ser iludidos na sua boa fé, por julgarem não existir qualquer ónus sobre o bem em questão – tanto mais que não existe qualquer registo

coisa na posse do empenhador, mas sim do credor, poderem legitimamente suspeitar que aquela se encontra onerada.<sup>842 843</sup>

Todavia, esta publicidade pode bem ser equívoca, uma vez que o constituinte da garantia se pode encontrar destituído da posse da coisa em razão de outros negócios – como o comodato, a locação ou o depósito – que não impedem a respectiva oneração ou execução a favor ou por parte dos demais credores do empenhante.<sup>844</sup>

---

de onde conste a garantia – e poderem, posteriormente, vir a ser surpreendidos pela existência de um penhor anteriormente constituído), qualificação esta aceite por Joana Dias, ob. cit., págs. 43 e 201 (salientando que a ausência de registo para este tipo de bens se justifica pelo facto de aquele constituir um obstáculo à celeridade do comércio jurídico, para além do carácter transformável de alguns destes bens e da ausência de títulos que possam servir de base a esse registo) e por Serafino Gatti, Il credito cit., pág. 178, enquanto Penha Gonçalves, ob. cit., págs. 128 e 129, a rotula de rudimentar e ambígua (porquanto o terceiro adquirente *a non domino* de coisa móvel não registável, ainda que de boa fé, não pode opor-se à reivindicação por parte do proprietário do bem, até porque não vigora no ordenamento luso o princípio da posse vale título).

<sup>840</sup> Apelida-a assim Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 72.

<sup>841</sup> Qualifica a publicidade decorrente da posse como espontânea ou material, Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 90 e segs., alegando que a mesma funciona como meio exclusivo de publicidade para a generalidade dos direitos reais que têm por objecto as coisas móveis.

<sup>842</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 67 e 68, qualificam esta publicidade como constitutiva, no sentido em que, mesmo se os terceiros souberem da existência de um título para a constituição de penhor, este não se constituirá.

<sup>843</sup> Afirma Paulo Cunha, ob. cit., págs. 189 e 190, que “*a circunstância de se constituir um direito real de garantia sobre certa coisa è perigosíssima para todos aqueles que veem a contratar posteriormente com o dono da coisa, quer para os que veem constituir novos direitos reais, confiados em que a coisa se encontra livre, quer para os que veem a constituir relações de obrigação, confiando em que a coisa em questão equivale a valor líquido do património responsável. Ver-se mais tarde, quando se chega a apurar os resultados da situação do credor, que as coisas que tinham o aspecto dum património largamente solvente se encontram absorvidas por direitos reais formados sobre elas, é realmente causar prejuízos graves e injustos a êsses terceiros que depois veem a contratar. (...) É pela circunstância de a coisa deixar de estar em poder do devedor que a lei previne os terceiros de que ela se não encontra livre e ao contrário se encontra onerada, designadamente com o penhor que sobre ela recai.*”. Salientam igualmente este último aspecto, Romano Martínez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., págs. 172 e 173, Antunes Varela, Das Obrigações cit., Vol. II, pág. 525, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 62, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 36, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 71 e 72 e, noutros países, Guillouard, ob. cit., págs. 93 e 94, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 69, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 84 e 85, Troplong, ob. cit., pág. 90, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 532, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 200, Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 68 e López, Montés e Roca, pág. 441. Consideram a publicidade face a terceiros como a principal função desempenhada pela entrega Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 326, Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 547 (embora este último, atendendo às diversas formas que a tradição do bem pode assumir, realce que o elemento essencial do penhor reside na privação da possibilidade de o empenhante dispor materialmente do bem onerado, “*O que se compreende, pois este elemento tem uma função de publicidade essencial, evitando a criação de uma situação em que se pudessem fiar terceiros, que em atenção a ela viessem a constituir direitos sobre a coisa empenhada*”), Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 455 e, principalmente, Weil, ob. cit., pág. 82 (criticando, em consonância, que o desapossamento do devedor seja considerando por lei como condição de existência do próprio direito de penhor, uma vez que para protecção dos terceiros bastaria impor aquele desapossamento como mero requisito de oponibilidade do direito).

<sup>844</sup> Como bem notam Joana Dias, ob. cit., págs. 43 e 44, “*a simples detenção ou posse pignoratícia de pouco ou nada esclarecerá terceiros quanto aos direitos que recaem sobre o bem em causa. O facto de um bem se encontrar na detenção de um sujeito não indicará sequer, em princípio, que este será credor pignoratício desse mesmo bem*”, Paolo Piscitello, Costituzione in pegno di beni dell’impresa e spossessamento, in BBTC, Volume 54, n.º 2 (Mar/Abr 2001), I, págs. 174 e 175 (“*la mancanza di un legame apparente non esclude la proprietà dei beni, poiché questo può mancare a causa di rapporti obbligatori (locazione, ecc.) che non costituiscono ostacolo, né all’alienazione della cosa, né all’agressione da parte dei creditori chirografari*”) e Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 57, nota 78 (sugerindo que o desapossamento apenas origina uma presunção de propriedade do possuidor, não logrando qualquer desígnio publicitário da constituição da garantia e falando, por isso, de uma

Inversamente, todos os sujeitos estranhos ao negócio que encontrem o bem em poder do credor pignoratício poderão, legitimamente, presumir ser este o seu proprietário e não um simples titular de um direito real de garantia, destarte induzindo em erro os seus credores acerca da solvabilidade do próprio credor pignoratício.<sup>845</sup>

Mais ainda, a circunstância de o bem onerado se encontrar em poder do credor pignoratício permitir-lhe-á efectuar alienações e onerações *a non domino*, as quais, apesar de inválidas, comprometerão a fluidez do comércio jurídico.<sup>846</sup>

Paralelamente, se o desiderato publicitário da entrega visa proteger terceiros, cumpre realçar que tal tutela é, no mínimo, duvidosa relativamente a alguns deles, nomeadamente aos credores comuns actuais do constituinte,<sup>847</sup> excepto, porventura, nos ordenamentos onde vigore a protecção da aquisição de direitos reais através da posse de boa fé, servindo a publicidade possessória, face a tais credores, para evitar que lhes possam ser opostos novos direitos entretanto criados pelo empenhante a favor de outrem que lograsse entrar na posse do bem (embora não os salvasse quanto aos actos de disposição praticados pelo credor pignoratício a favor de terceiros de boa fé que obtenham a tradição da coisa).<sup>848</sup>

A finalidade publicitária do desapossamento do empenhante pode ser posta em causa com especial ênfase naqueles ordenamentos - como o italiano, espanhol e francês - em que a oponibilidade da garantia a terceiros se encontra dependente de uma

---

ausência de publicidade ou, quando muito, de um su-rogado da publicidade ou de uma publicidade ambígua - e, no que toca à conservação dos bens nas instalações da empresa, considerando, que tal facto não é “*di per sé indice della proprietà dell'imprenditore e quindi della possibilità dei creditori chirografari di costui soddisfarsi sugli stessi*”). Mas há ainda o reverso da medalha, ou seja, o desapossamento conduz a enriquecer artificialmente o património do credor pignoratício, fazendo com que os terceiros seus credores julguem, erradamente, que o bem empenhado a seu favor lhe pertence a título de propriedade e não como simples possuidor (como refere Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 174 e 175, “*la conservazione dei beni nei locali dell'impresa non è di per sé indice della proprietà dell'imprenditore e quindi dalla possibilità dei creditori chirografari di costui di soddisfarsi sugli stessi*”), uma vez que a “*presenza di determinati beni nell'immediata sfera giuridica del datore di garanzia non presuppone necessariamente la proprietà degli stessi, ma può dipendere da rapporti della più diversa natura*”).

<sup>845</sup> Destacam este aspecto Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 104, em nota (assinalando que a necessidade de entrega do bem se destina a proteger, não os terceiros que desejem contratar com o credor pignoratício - reconhecendo que, para este efeito, a entrega constitui uma forma de publicidade inadequada -, mas apenas aqueles que pretendam fazê-lo com o empenhador) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 72.

<sup>846</sup> Conforme realça Joana Dias, ob. cit., págs. 43 e 44, “*atendendo à normalidade das situações os terceiros acreditarão que o detentor do bem é o seu proprietário, e não um mero credor pignoratício, pelo que encontrando-se este na posse do bem, poderá ele próprio efectuar alienações a non domino que não sendo reconhecidas como válidas no ordenamento jurídico nacional, não irão certamente contribuir para o giro bancário. Conclui-se assim que a entrega da coisa não realiza afinal a tão aclamada função de publicidade efectiva e substancial. Ela possibilita sim, contra a segurança do tráfico, que o credor pignoratício possa praticar actos abusivos sobre a mesma coisa*”.

<sup>847</sup> Nestes termos se exprime Hardel, ob. cit., pág. 40 e segs., alegando que os credores comuns actuais não podem impedir que o seu devedor constitua diversas garantias reais sobre os respectivos bens (pois permanece proprietário deles), funcionando a publicidade apenas com respeito aos que tenham adquirido ou (principalmente) venham a adquirir direitos sobre o bem empenhado. Relativamente a estes últimos (potenciais futuros credores quirografários), o Autor entende que o desapossamento torna pública a diminuição patrimonial decorrente do penhor, de modo que “*les futurs créanciers pourront fort bien se rendre compte de la consistance du patrimoine de leur débiteur, et ne consentir à s'engager qu'en fonction de ce qu'a ce dernier*”. Em conclusão, o Autor assegura que as funções do desapossamento são o reforço da segurança do credor (impedindo que o empenhante possa dispor da coisa onerada), a publicitação da garantia e, por último, a de tornar o credor pignoratício imune à reivindicação por parte dos credores do constituinte.

<sup>848</sup> Salienta este aspecto Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 319.

formalidade adicional à entrega, qual seja a redacção de um documento escrito contendo a identificação dos bens onerados e da obrigação assegurada.<sup>849</sup>

Adicionalmente, registre-se que nenhuma obrigação legal decorre para o credor de informar os terceiros do título a que detém o bem empenhado, o mesmo se valendo quando a coisa empenhada for entregue a um terceiro e este (eventualmente traindo a confiança nele depositada pelas partes) e não informa os terceiros acerca da existência do vínculo: em qualquer destes casos, a publicidade não funciona,<sup>850</sup> o que adensa as dúvidas acerca da função publicitária ao desapossamento.<sup>851</sup>

A evolução recente do direito brasileiro parece comprovar a ausência – ou, pelo menos, a escassa relevância – de intuits publicitários na necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro, porquanto, apesar de ter instituído a obrigatoriedade de registo (art.º 1432.º), manteve inalterado o carácter imperativo do desapossamento do constituinte (art.º 1431.º), o qual se justifica com a necessidade de evitar a alienação fraudulenta do bem por parte do empenhante e não com finalidades publicitárias.<sup>852</sup>

Noutra ordem de considerações, poderá questionar-se a coerência do próprio sistema, uma vez que a nossa lei não exige a entrega do bem como requisito de validade da venda de coisas móveis, não obstante a ilusão que este facto possa causar a terceiros que, vendo a coisa em poder do vendedor, podem assumir ser este o seu proprietário.<sup>853</sup>

De facto, ao contrário de outros ordenamentos,<sup>854</sup> no nosso direito a alienação de bens móveis opera-se por mero efeito do contrato (cfr. n.º 1 do art.º 408.º), não existindo sequer, apesar da transferência imediata da propriedade por mero efeito do contrato, a protecção dos adquirentes de boa fé (através da consagração do princípio “posse vale título”).<sup>855</sup>

---

<sup>849</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 490 e 49, entende que a consideração “*de la transmisión posesoria y del estado de hecho que produce como un medio de publicidad en beneficio de los terceros no parece suficiente al legislador, que, como establece en el artículo 1.865, impone para que la prenda surta efectos contra éstos la necesidad de que conste la certeza de la fecha en instrumento público*”.

<sup>850</sup> Neste sentido, a respeito da actuação do terceiro, Gorila, ob. cit., pág. 68, nota 1, notando que, neste caso, os terceiros adquirentes de boa fé obterão a coisa (ou outros direitos sobre ela) como livre, ao passo que os terceiros que procedam à penhora da coisa deverão sofrer o concurso do credor pignoratício.

<sup>851</sup> Vide, por todos, Ciccarello, ob. cit., pág. 691 e a doutrina citada na nota 87 e, entre nós, Lopes dos Santos, ob. cit., págs. 44 e 51, particularmente no que se refere ao estabelecimento comercial, afirmando que “*não vislumbramos na entrega uma função de efectiva publicidade. Acresce que no caso do estabelecimento comercial tal entrega é desse ponto de vista ainda mais inócua. Sobretudo quando de maior dimensão, o estabelecimento comercial opera através dos trabalhadores e representantes, não existindo uma relação física entre o local e o comerciante dono do negócio (...). Deste modo, a entrega não constitui qualquer indício para terceiros de uma alteração do património do comerciante*”.

<sup>852</sup> Neste sentido, Sílvio Rodrigues, ob. cit., pág. 351.

<sup>853</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 104, em nota, relativiza esta discrepância por entender não ser frequente o comprador de um bem móvel deixá-lo em poder do vendedor, mas ser plausível que o credor pignoratício deixasse a coisa em poder do empenhador (caso o penhor se pudesse constituir sem entrega).

<sup>854</sup> Como acontece no direito espanhol (em que o art.º 609.º, n.º 2, do CCE, exige a tradição do bem alienado, embora não necessariamente a sua entrega física ao adquirente) e alemão (§929 do BGB, apesar de, também aqui a entrega material poder ser substituída pela criação de uma relação de mediação possessória, mediante a cessão da pretensão de entrega ou a entrega de títulos de tradição – neste sentido, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., Vol. I, pág. 553 e segs.) que exigem acto de transferência da posse para operar essa transferência, assim conferindo publicidade à alienação no interesse de terceiros, surgindo a exigência da entrega como requisito de constituição do penhor como factor de harmonização do sistema. No ordenamento jurídico alemão e não obstante esta necessidade de tradição para transmissão da propriedade, protege-se igualmente o adquirente *a non domino* de boa fé (§§932 e segs. do BGB) – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 138, nota 295.

<sup>855</sup> Como sucede nos direitos francês (art.º 2279.º do CCF), italiano (art.º 1153.º do CCI) e alemão (§929 do BGB).

Em face de todas estes reparos, uma corrente doutrinal nega a atribuição, por parte do legislador, de qualquer função de publicidade à entrega do bem empenhado ao credor pignoratício ou a terceiro, questionando a idoneidade da entrega como modo de publicitação da constituição do penhor.<sup>856</sup>

Seja como for e apesar de todas estas objecções, resulta do regime geral do penhor (cfr. art.º 669.º, n.º 1) não serem de admitir, na ausência de regimes especiais (cuja aprovação é passível de diversos reparos)<sup>857</sup> aqueles penhores não sujeitos à publicidade – ainda que imperfeita – decorrente do desapossamento do constituinte.

---

<sup>856</sup> Barbosa de Magalhães, Validade do penhor quando se convence o dono dos bens penhorados seu depositário, in *Gazeta da Relação de Lisboa*, 1955, pág. 101 e segs.. Embora proferidas ainda na vigência do anterior Código Civil, as palavras do Autor continuam actuais, especialmente quando afirma que “*essa entrega só por si não indica que a coisa passasse para o credor em garantia de um crédito, e não por força de uma venda, de uma doação, de um comodato, ou de um depósito, mas ainda porque o Código, ao regular a compra e venda, o comodato, o depósito e a doação de mobiliários, não se preocupou com essa ideia de publicidade. Se a coisa está em poder do credor, os terceiros só por essa posse não sabem se ela resulta de qualquer daqueles contratos ou de penhor e, assim, (...) o credor pignoratício, ao qual é entregue o objecto do penhor, pode abusivamente usá-lo, empenhá-lo, doá-lo, alugá-lo, dá-lo em comodato, com possível prejuízo, não só do devedor e da pessoa com quem realizou qualquer desses referidos contratos, mas também de terceiros pessoas*”. Por isso, conclui “*a entrega ou o desapossamento não implicam a publicidade do penhor e não evitam os prejuízos de terceiros causados pelo credor pignoratício, no caso da entrega, ou pelo devedor, no caso de simples desapossamento, com a responsabilidade de fiel depositário*”. Por outro lado, sendo o bem entregue a um terceiro, a pretensa função publicitária da entrega aparece ainda mais esbatida, questionando o malogrado Professor se, neste caso, ficarão os terceiros tendo conhecimento que o detentor seja o credor pignoratício... Ainda segundo o mesmo Autor, se não é através da entrega do objecto empenhado ou do desapossamento do constituinte que se toma conhecimento do surgimento do penhor, apenas poderá ser em virtude do respectivo título (a menos que a constituição do penhor exija qualquer tipo de formalismo, como por exemplo o registo). Por tudo isto, conclui não ser a entrega material do bem empenhado a única forma admitida para a constituição do penhor, devendo-se “*dar à palavra entrega do Código Civil a interpretação extensiva, permitida e aconselhada pelo método histórico-evolutivo da interpretação das leis, no sentido de considerar, não apenas a entrega real, material, da coisa empenhada, mas também a sua entrega jurídica, isto é, entrega que para o caso tem o mesmo efeito jurídico*”, enquadrando nesta entrega jurídica o caso em que o bem empenhado permaneça em poder do seu proprietário, transformando este, a partir da data da constituição da garantia, em fiel depositário do bem empenhado. Em termos análogos para o direito italiano, Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, pág. 175 e segs., assegurando que a necessidade de desapossamento não é imposta pelo princípio da publicidade da constituição do penhor.

<sup>857</sup> Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, págs. 44 a 46 e 49, critica diversos dos diplomas avulsos criadores de penhores sem registo e sem entrega, até porque a sua disseminação desprotege mesmo o credor contra a sua própria imprevidência ao aceitar uma garantia ilusória – devido ao risco de o devedor alienar, transformar ou destruir o objecto da garantia – contra o seu interesse pessoal e até contra o interesse geral do crédito. Em face destas considerações, o Autor citado apenas admite o penhor sem desapossamento para aqueles bens dos quais o constituinte não se possa privar e/ou aqueles cuja detenção não convenha ao credor, apontando como exemplo o penhor de estabelecimentos comerciais e, ainda, a constituição de penhores através do recurso à técnica dos *warrants* (ou seja, através de um título de crédito transmissível por endosso que representa o crédito do seu portador e um penhor para garantia desse crédito), sendo que a constituição da garantia sobre tais bens deveria, em princípio, estar sujeita a registo. Pelo contrário, o Autor contesta a opção legislativa de criar um penhor sem desapossamento a favor de estabelecimentos bancários, independentemente do objecto da garantia, por considerar que “*o simples facto de o credor ser um estabelecimento bancário não parece justificar a dispensa do desapossamento*” e, em termos mais gerais a propósito dos penhores sem desapossamento, afirmando que “*é de travar esta inclinação para admitir garantias sem publicidade. Ou tais garantias não valerão contra terceiros, e então não darão ao credor uma segurança perfeita; ou valerão contra terceiros, e sacrificar-se-ão os interesses destes aos dos demais credores*.” (cfr. pág. 56 em nota). Critica igualmente a opção do legislador em criar penhores em que o devedor permanece em poder dos bens dados em garantia, Guilherme Moreira, *ob. cit.*, págs. 325 e 326, concluindo que “*é necessário, para defesa dos interesses de terceiros, que delas possa haver um registo, o que não se dá em relação ao penhor nos empréstimos de crédito agrícola, afigurando-se que, pela faculdade que pelo decreto citado é dada ao credor pignoratício de deixar os objectos em poder do devedor, podem ser gravemente prejudicados*



Noutra ordem de considerações, principalmente num sistema como o nosso em que se dispensa, para a constituição do penhor, qualquer documento escrito contendo a indicação do crédito garantido e, sobretudo, do bem objecto do penhor, a entrega poderá ainda desempenhar uma função de identificação a coisa dada em garantia.<sup>858</sup>

Esta função da entrega é sublinhada quando o penhor recaia sobre bens mal individualizados, como sucede quando a garantia incida sobre coisas fungíveis - tais como uma parte de um stock de mercadorias rigorosamente idênticas – consentindo a *traditio* o cabal reconhecimento da *res* onerada.<sup>859</sup>

Em particular e nos termos do n.º 2 do art.º 408.º e do art.º 539.º, a constituição ou transferência da direitos reais, por efeito de contrato, de bens indeterminados apenas se dá com a determinação com conhecimento de ambas as partes (quanto às obrigações genéricas – determinadas apenas quanto ao género, de acordo com o art.º 539.º - e salvo convenção em contrário, a escolha cabe ao devedor, assim concretizando a chamada concentração da obrigação, a qual poderá ocorrer em momento anterior ao cumprimento nos casos previstos no art.º 541.º).<sup>860 861</sup> significa isto que, antes de o bem empenhado ser entregue ao credor pignoratício, é premente determinar “*qual*” o bem, de entre os diversos do mesmo género, constitui objecto da garantia.

A entrega e em particular o desiderato de identificação do bem empenhado, afigurar-se-á, conforme salientado anteriormente, problemática quando esteja em causa a constituição de penhor sobre bens futuros,<sup>862</sup> até porque constituição ou transferência da direitos reais, por efeito de contrato, de bens futuros (entendidos aqui como aqueles que não se encontram em poder do disponente ou às quais este não tem direito no momento da declaração negocial - cfr. art.º 211.º) apenas se opera quando a coisa for adquirida pelo transmitente (art.º 408.º, n.º 2): ou seja, mesmo antes da entrega ao credor pignoratício, o empenhante deverá adquirir um direito sobre o bem que lhe

---

*terceiros. Estes não poderão facilmente saber quais os bens do devedor livres e desembargados, sendo esta a principal razão por que se exigia que o devedor se desapossasse do penhor*”. Em termos mais gerais, Paulo Cunha, ob. cit., pág. 189, sustenta que “*qualquer regime de preferências especiais tem de ser acompanhado de formalidades de publicidade destinadas a prevenir terceiros de que se encontra constituído um direito real de garantia sobre a coisa*”, acrescentando que, tratando-se de bens móveis, pelo menos nas que não sejam passíveis de registo, esse desiderato será alcançado recorrendo “*à entrega da coisa ao credor ou a um terceiro, já que na prática se entende que quem pode dispor da coisa é quem a tem em seu poder*”.

<sup>858</sup> Evidencia este aspecto Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 71, realçando como, deste modo, se impede a constituição de penhores genéricos.

<sup>859</sup> Realçam este aspecto Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, pág. 200 (asseverando que, deste modo, se protegerá o devedor e os seus credores), Legeais, *Sûretés 1999 cit.*, pág. 259 (afirmando que, assim, se impede a constituição de penhores genéricos) Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 229 e 230 e, especialmente, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, págs. 532 e 533, salientando que o direito de penhor não poderá nascer, por falta de determinação do objecto, se as mercadorias a empenhar não forem isoladas das demais e identificadas através da sua entrega, à imagem do que sucede a venda de coisas fungíveis, na qual só após a entrega ocorre a transferência da propriedade.

<sup>860</sup> Designadamente quando as partes assim o estipulem, quando o género se extinga de modo que apenas reste uma das coisas nele compreendido ou quando o credor incorrer em mora.

<sup>861</sup> Quanto aos frutos naturais e às partes componente ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da colheita ou separação (art.º 408.º, n.º 2, *in fine*).

<sup>862</sup> Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 88 e 89, negam, tendo em conta a insusceptibilidade de tradição, a constituição de um penhor sobre bens futuros (a única excepção respeita aos casos em que seja possível entregar materialmente uma coisa que adquirirá valor após a constituição do penhor, apontando como exemplo o penhor de títulos ao portador não colocados em circulação), embora admitam que estes objectos possam ser objecto de um contrato-promessa de penhor. No mesmo sentido, Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, pág. 202, acrescentando que esta promessa não é passível de execução específica e apenas admitindo a constituição de penhor sobre bens futuros quando o desapossamento não for exigido, em razão do objecto da garantia, por lei.

permita, posteriormente, constituir a garantia e efectuar a *traditio* da *res* ao credor pignoratício.

Uma outra função associada à entrega prende-se com o efeito persuasivo ou coercivo que a privação da detenção do bem por parte poderá criar no devedor, incitando-o a cumprir pontualmente a obrigação garantida, a fim de recuperar aquela detenção.<sup>863</sup>

Esta mesma função pode ser encarada numa óptica diversa, isto é, considerando a obrigação de desapossamento do constituinte como uma forma de protecção deste, alertando-o para a importância do acto de concessão da garantia, em termos análogos ao que sucede com a imposição certas formalidades para a celebração de determinados negócios jurídicos.<sup>864</sup>

Por outro lado, poder-se-á justificar a imperatividade do desapossamento considerando que este é condição da atribuição ao credor pignoratício da faculdade de recolha dos frutos do bem empenhado (cfr. art.º 672.º).<sup>865</sup>

Há, ainda, quem faça repousar a exigência da entrega na própria essência da garantia pignoratícia, uma vez que todo o regime jurídico do instituto se encontra ancorado na outorga da posse do bem ao credor.<sup>866</sup>

Por último, importa notar que, não raras vezes, é reconhecida à entrega do bem ao credor ou a terceiro uma multiplicidade das funções acabadas de enumerar, não se

---

<sup>863</sup> Referem esta função Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 227, salientando igualmente os inconvenientes, para o devedor, da entrega, ao ponto de qualificarem o penhor como uma garantia que apenas poderá ser prestada por ricos (e que, segundo um adágio, “*on ne prête qu’aux riches*”) e Barrada Orellana, ob. cit., págs. 114 e 115 (realçando, todavia, que essa função coerciva apenas será efectiva quando o constituinte da garantia seja o próprio devedor, caso contrário a pressão funcionará apenas contra o terceiro proprietário do bem empenhado - quando muito poder-se-á falar de uma pressão indirecta deste último para com o devedor). Contra, Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 120 (sustentando que “*Al contrario, lasciando al debitore il possesso del bene e permettendogli di proseguire la sua attività produttiva, gli si offra il miglior incentivo per indurlo ad estinguere il debito contratto*”) e Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 62 e 63 (assegurando que a pressão ao cumprimento reside “*nel potere attribuito al creditore di conservare il vincolo sulla cosa e di farlo valere in sede di esecuzione forzata con preferenza su qualsiasi altro creditore*”, pelo que “*La c.d. pressione si realizza quindi in conseguenza della garanzia pignoratizia e non dello spossamento in sé considerato: uguale pressione subisce il debitore ipotecario*”).

<sup>864</sup> Encaram esta função do desapossamento sob esta óptica, Aynès e Crocq, *Les sûretés* cit., pág. 200, ao ponto de considerarem ser esta a única finalidade do desapossamento do devedor a justificar a sua manutenção no direito actual, porquanto as demais funções, por eles reconhecidas, poderiam ser alcançadas recorrendo a mecanismos alternativos.

<sup>865</sup> Aflora esta possível função do desapossamento Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 66 e segs., embora, ao entender que o poder atribuído ao credor de fazer seus os frutos do bem empenhado não constitui um poder-dever (ou melhor, o dever apenas existirá quando a actividade do credor se resolva numa simples recolha dos frutos, uma vez que nos outros casos “*quando la natura del bene dato in pegno e/o l’impossibilità di procedere all’imputazione dei frutti (...) rendono necessario lo svolgimento di una vera e propria attività gestoria da parte del creditore, quest’ultimo ha facoltà di porla in essere, ma non il dovere di farlo*”), mas sim uma faculdade atribuída ao credor, negue ser esta a verdadeira razão da transferência da posse do bem empenhado (pois “*Solo nell’ipotesi in cui il creditore pur non essendo tenuto fa propri i frutti del bene e, non potendo procedere alla loro immediata imputazione, li conservi in vista della escussione del pigno la disciplina dall’art. 2791 c.c. contribuisce a definire il contenuto della garanzia; in tutte le altre ipotesi, invece, il regime di apprensione dei frutti del bene impegnato, nel consentire la soddisfazione immediata sugli stessi, non sembra attuare la funzione della garanzia*”, pelo que o regime jurídico dos frutos não incide, de modo relevante, sobre a função do penhor, de modo que “*la facoltà attribuita al creditore di farli propri, imputandoli al credito, è coerente alla finalità per la quale egli possiede il bene; ma non è certo la ragione per cui il possesso gli è trasferito*”).

<sup>866</sup> Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., pág. 491.

reconduzindo a apenas a uma delas o móbil que presidiu à sua consagração desta exigência.<sup>867</sup>

Atendendo a estes objectivos visados pelo desapossamento/empossamento, este deve processar-se de modo a privar o empenhante de qualquer disponibilidade material sobre a coisa dada em garantia,<sup>868</sup> e muito embora a lei não estabeleça qualquer prazo para o adimplemento deste requisito, (desde que em momento anterior ao da penhora ou de qualquer outro acto de apreensão material do bem onerado, designadamente o que se produza no âmbito de um processo de insolvência)<sup>869</sup>, sendo a vontade das partes impotente para dispensar essa entrega.<sup>870</sup>

Cumprido, por isso, esclarecer quais, de entre as diversas modalidades que a tradição de um bem pode assumir, as que satisfazem aqueles desideratos.

Em face dos objectivos visados com o desapossamento e acabados de expor, a posse a atribuir ao credor pignoratício deverá ser efectiva,<sup>871</sup> real<sup>872</sup> imediata,<sup>873</sup>

---

<sup>867</sup> Assim, por todos, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1479, atribuindo àquela entrega uma finalidade instrumental, destinada à exteriorização do direito, ao impedimento de actos prejudiciais ao credor e à agilização da execução do bem empenhado. Os Autores realçam que o intuito publicitário visado pela entrega do bem ao credor era o de impedir, à imagem do que sucede com as garantias imobiliárias, que algum terceiro – usando um mínimo de diligência – pudesse ser surpreendido pela constituição de uma garantia mobiliária: “*Pero esas precauciones lo que hicieron fue tensar demasiado la cuerda: el crédito se vio obligado a buscar el camino de la transmisión en garantía, con todas sus notas de clandestinidad*”. Também Rubino, *Il pegno* cit., págs. 218 e 219, realça que a transferência da posse do bem empenhado para o credor cumpre ainda outras funções, como sejam possibilitar o exercício do direito de retenção (salienta este mesmo aspecto Troplong, ob. cit., pág. 90), facilitar a percepção dos frutos e a venda judicial da coisa objecto da garantia (na medida em que se dispensa a apreensão judicial do bem, pois este já se encontra em poder do credor). Adoptando uma perspectiva ligeiramente distinta, Gorila, ob. cit., págs. 68 e 69, considera o desapossamento condição de exercício do direito de retenção, das acções possessórias e de reivindicação, da recolha dos frutos, do direito de requerer o sequestro do bem empenhado e de optar pelas modalidades mais expeditas de venda previstas especificamente para o penhor (uma vez que o bem já se encontra em poder do credor pignoratício). Afirma, em termos mais abrangentes, que toda a disciplina legal da relação pignoratícia pressupõe o empossamento do credor pignoratício Ciccarello, ob. cit., pág. 691.

<sup>868</sup> Nestes termos, Menezes Leitão, *Garantias* cit., pág. 197.

<sup>869</sup> Aludem à ausência de qualquer limite temporal fixado na lei para o empossamento do credor ou do terceiro Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 236, Hardel, ob. cit., pág. 53 e segs Guillouard, ob. cit., págs. 118 e 119 e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 86, admitindo, por isso, que este fenómeno ocorra a qualquer momento, desde que entretanto não tenha ocorrido qualquer acto de apreensão material do bem objecto da convenção pignoratícia (como sejam a penhora ou a declaração de falência).

<sup>870</sup> Assim, expressamente, Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 48.

<sup>871</sup> Exige que ao credor seja atribuída a posse efectiva do bem empenhado, Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 53, nota 73. O CCB, no seu art.º 1431.º, dispõe expressamente que o penhor se constitui pela transferência efectiva da posse do bem onerado, entendendo, por isso, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 357, que a lei não se satisfaz com a tradição simbólica, do mesmo modo que a jurisprudência considera não haver penhor sem entrega do bem ao credor ou a terceiro (porém, o CCB prevê figuras especiais de penhor sem desapossamento, tais como o penhor rural, o penhor industrial e o penhor de veículos automóveis).

<sup>872</sup> Fala de empossamento real do credor, por contraposição a um empossamento contratual (que consistiria na permanência do bem em poder do empenhador, bastando a aposição no contrato de uma cláusula, nos termos da qual a partir dessa data o devedor passaria a possuir o bem em nome do credor), negando a admissibilidade deste último como forma de constituição do penhor (pois, deste modo, apagar-se-ia qualquer efeito publicitário da constituição da garantia, permanecendo o devedor, aos olhos de terceiros, na mesma situação anterior a esse facto), Guillouard, ob. cit., págs. 102 e 103 (também Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., pág. 491, acrescentando que, além de real, deverá ser verdadeiro e aparente).

<sup>873</sup> Vaz Serra, *Penhor* cit. in *BMJ* n.º 58, pág. 108, admite mesmo que, sendo o empenhador apenas possuidor mediato da coisa ou mesmo que não tenha posse alguma, o penhor se possa constituir através da entrega, por determinação do empenhador, do bem ao credor pignoratício por parte do possuidor imediato (como sucederá, por exemplo, se o empenhador, dono da coisa, ordene ao locatário a sua entrega ao credor e este venha efectivamente a fazê-lo), afirmando que “*é como se fosse entregue directamente*

exclusiva,<sup>874</sup> notória,<sup>875</sup> ostensiva<sup>876</sup> e aparente<sup>877</sup> implicando o desapossamento material do empenhante<sup>878</sup> ou, pelo menos, a perda da disponibilidade material do bem por parte deste.<sup>879</sup>

No entanto, alguns ordenamentos mostram uma maior abertura, considerando ser decisivo que o bem saia do poder directo do empenhante (e não tanto a cognoscibilidade da relação entre este e o credor pignoratício), de modo que os terceiros não sejam induzidos em erro relativamente a uma situação patrimonial aparente, mas inexistente.<sup>880</sup>

Porém, a retirada da disponibilidade exclusiva do bem empenhado ao empenhador e a sua conseqüente passagem para o credor não significa que a coisa não

---

*pelo empenhador ao credor*". Quando este mecanismo for inviável (designadamente por não ser conveniente o desapossamento do possuidor imediato), Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 126 e 127, propõe a seguinte solução: o empenhador transmitirá a posse mediata ao credor pignoratício, notificando a constituição do penhor ao possuidor imediato ou indicando-lhe que passa a possuidor para o credor, não deixando, porém, o empenhador de ser possuidor, uma vez que o credor assume o papel de mediador possessório do concedente da garantia (acrescentando que, encontrando-se a coisa em posse imediata de diversos sujeitos, a todos eles deverá ser efectuada a notificação).

<sup>874</sup> No sentido de excluir a manutenção de qualquer poder análogo por parte do devedor – cfr. Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 60 e 61.

<sup>875</sup> Cfr. Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 85. Estes Autores acrescentam que “*il faut que la chose soit mise à la disposition du créancier dans des conditions telles que le constituant ne puisse plus s’en servir pour augmenter son crédit*”.

<sup>876</sup> Utiliza esta expressão Hardel, ob. cit., pág. 50 e segs., entendendo que a mesma representa a exigência de publicidade do desapossamento “*destinée à faire apparaître le changement qui s’est produit, de façon à avertir les tiers que le constituant ne peut obtenir aucun crédit sur les biens engagés*”, concluindo, em consonância, pela inadmissibilidade de uma tradição ficta e do constituto possessório (embora admita que um credor pignoratício possa aceitar manter a disponibilidade do bem também por conta de outro credor).

<sup>877</sup> Simon Quincardet, ob. cit., pág. 42, acrescentando que a posse do credor pignoratício deve ser também permanente, embora ressaltando que “*La loi n’avant pas défini de façon précise les éléments nécessaires pour la notoriété de la mise en possession, celle-ci dépend par la nature même des choses de circonstances variables et complexes dont l’appréciation appartient souverainement aux juges du fond*”. Também Henri Mazeaud, ob. cit., págs. 147 e 148, exige que a o desapossamento seja, para além de efectivo e notório, aparente (excluindo, em conformidade, a licitude da tradição ficta, através da qual o proprietário conserve o bem em seu poder a título de locatário ou possuidor precário).

<sup>878</sup> Assim, expressamente, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 104, Rubino, Il pegno cit., pág. 219 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 60 (afirmando este último que “*il faut que la mise en possession du créancier soit un fait apparent d’une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l’objet engagé ne fait plus partie de son actif libre*.”). Já Enrico Poggi, ob. cit., pág. 438, exige, para cumprir a sua função publicitária e de defesa da boa fé de terceiros, que o desapossamento seja “*effetivo e, per così dire, constatabile de visu*” e, por isso, deva respeitar “*all’elemento obbiettivo del possesso, cioè alla disponibilità in fatto della cosa; in altri termini alla detenzione*”.

<sup>879</sup> É a posição de Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 72

<sup>880</sup> Relatam ser esta a perspectiva dominante no direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1492 a 1494 e, em consequência, admitem que o penhor se possa constituir através de qualquer alteração da posse imediata do bem, desde que o credor fique, pelo menos, com a posse mediata (como sucederá se um mediador possessório do empenhante entregue o bem a um mediador possessório do credor pignoratício), embora alertem que este critério largo se presta a dúvidas em diversos casos, como sejam o da entrega de todas as chaves do armazém onde se encontrem guardados os bens empenhados (admitindo o credor o nascimento do penhor apenas se o empenhante não tiver conservado em seu poder nenhuma chave). No seguimento deste entendimento, os Autores defendem que, quando se proceda unicamente à entrega mediata do bem ao credor, o empenhante deve notificar (oralmente, por escrito ou através de actos concludentes) o mediador possessório da constituição da garantia, dando-lhe conta que agora passa a possuir em nome do credor pignoratício (com o dever do possuidor imediato alertar os terceiros interessados do ónus que impende sobre o bem).

possa ser retirada ao credor, mas apenas que, do ponto vista da disponibilidade, se encontre na mesma situação das demais coisas que estejam em seu poder.<sup>881</sup>

Noutra ordem de considerações, saliente-se que a posse do credor se manifesta relativamente ao devedor e, de forma diversa, perante terceiros.<sup>882</sup>

Mas, para a subsistência da garantia, não basta o empossamento do credor, sendo ainda necessário que essa posse se mantenha<sup>883</sup> enquanto não for liquidada a obrigação garantida (cfr. art.º 677.º, nos termos do qual a garantia se extingue com a restituição do bem empenhado ao constituinte), para a defesa da qual goza das acções possessórias (art.º 670.º, alínea a)).<sup>884</sup>

Esta necessidade de o bem empenhado permanecer na posse do credor durante todo o período de vigência da garantia poderá considerar-se, ao menos de acordo com determinada perspectiva, um entrave à substituição do objecto da garantia.

Pelo contrário, um entendimento menos rígido mostra uma maior abertura a esta permuta, ao menos quando sejam cumpridos determinados requisitos, mormente quando exista uma expressa previsão legal nesse sentido ou mesmo, na sua ausência, quando o objecto do penhor seja constituído por bens fungíveis e exista um acordo das partes nesse sentido<sup>885</sup> (orientação esta que encontra algum acolhimento ao nível da

---

<sup>881</sup> Assim, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 220.

<sup>882</sup> Opera esta distinção Hardel, *ob. cit.*, pág. 46 e segs., concretizando que no primeiro plano a posse funciona essencialmente como um meio de pressão sobre o devedor, compelindo-o a cumprir para reaver o bem (não tendo, por isso, o credor qualquer *animus domini*, até porque o constituinte da garantia permanece proprietário). Pelo contrário, relativamente a terceiros, o credor dispõe de uma posse real, no sentido em que tem “*une véritable intention de la possession sur la chose, intention d’user son droit*” e, por isso, lhe é conferida legitimidade para usar as diversas acções possessórias.

<sup>883</sup> Contra, Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, págs. 717 e 718, alegando que “*Una vez constituido el derecho real de prenda, ya no importa que la cosa salga de la posesión del acreedor (o del tercero); aquél subsiste aunque dicha posesión se pierda, o aunque pase la cosa a la posesión de otra persona o incluso a la del concedente*”, já que o credor “*siempre que corresponda, puede ejercitar las oportunas acciones reales que su derecho de prenda le confiere, para recuperar la posesión*”, especialmente a acção de reivindicação. Deste modo, a preferência do credor mantém-se, mesmo que o bem onerado não se encontre em seu poder, desde que disponha de algum meio para o recuperar, pelo que “*ni a que perdida la posesión se extinga el derecho de prenda (...) ni a que no se tenga el derecho al cobro sobre la prenda que esté en posesión de otro. Sino que, por el contrario, el derecho real subsiste, a pesar de no poseer la cosa el acreedor, y puede reclamarla de quien la posea, y aunque no la haya recobrado puede aspirar a obtener la satisfacción sobre su precio, de la obligación garantizada. Y únicamente hay que, por excepción, si no posee la cosa no goza de la preferencia cuando existe concurso de acreedores (y no en otro cualquier caso de querer el poseedor cobrar aisladamente su crédito) excepción basada en la especial delicadeza de la situación de concurso y en la necesidad de reforzar las garantías de los demás acreedores, para evitar riesgos de que en casos indebidos, cobren unos y otro no*”.

<sup>884</sup> Sobre estes assuntos, vide *infra* n.ºs 9.1 e 10.2 do Capítulo II.

<sup>885</sup> Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, págs. 87 e 88, (embora considerando que a substituição dos objectos empenhados origina a perda da preferência pignoratícia, não podendo aplicar-se o instituto da sub-rogação real, uma vez que este tem carácter excepcional) admitem a substituição quando se trate de bens fungíveis, nomeadamente quando as partes convencionem que as mercadorias depositadas e destinadas a ser vendidas à medida do seu envelhecimento sejam substituídas, como objecto do penhor, por outras da mesma natureza e quantidade - justificando esta solução, não através do recurso à sub-rogação legal, mas com base na ideia que as mercadorias de substituição se encontram, por convenção das partes, oneradas com o direito de penhor à medida que forem entregues ao credor). Outros Autores aceitam a substituição automática, quando se trate de bens fungíveis (Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 55 e Théry, *ob. cit.*, pág. 299) ou também das indemnizações devidas pelas seguradoras em caso de destruição do bem empenhado (Piedlièvre, *Les sûretés cit.*, pág. 180, e Legeais, *Sûretés 1999 cit.*, pág. 260 - este último reconhece, porém, que a jurisprudência apenas admite tal efeito sub-rogatório se convencionado pelas partes - Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 457, nota 4 (citando decisões judiciais que admitem a sub-rogação sobre as indemnizações - em caso de destruição da coisa - ou se os bens empenhados forem fungíveis) e mesmo sobre bens identificados através da sua inscrição numa conta, como acontece com os instrumentos financeiros (Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, pág. 201). Dá conta destas decisões,

jurisprudência lusa<sup>886</sup> e, desde tempos remotos, em diversos arestos gauleses), nomeadamente no âmbito de garantias rotativas, fazendo apelo ao instituto da sub-rogação real.<sup>887</sup>

Considerando as exigências que o empossamento do credor (ou de terceiro) visa satisfazer, será de recusar a idoneidade, para efeitos da constituição de penhor, da tradição efectuada através de um mero constituto possessório,<sup>888</sup> assumindo o credor

---

jurisprudenciais neste mesmo sentido Hardel, ob. cit., pág. 53 (relatando que a posição dominante aponta para “*que le nantissement porte automatiquement sur les valeurs de remplacement, la perte du privilège étant manifestement contraire à l’intention des parties et au but du contrat intervenu entre elles*”).

<sup>886</sup> Por exemplo, no Acórdão do STJ de 26/6/1953 (in BMJ n.º 37, 1953, pág. 423 e segs.), assegura-se a validade de um penhor mercantil no qual o devedor estava autorizado a usar os bens empenhados, com a obrigação de substituir por outros os que se gastem, percam ou deteriorem, assegurando a viabilidade de uma cláusula do contrato de penhor nos termos da qual “*os devedores podiam servir-se dos bens móveis empenhados, no local onde se encontravam e para os fins a que se destinavam, e substituí-los por outros de igual ou superior qualidade, quantidade e valor, mas de forma a manter-se sempre a integralidade do penhor*”. No mesmo sentido, vide o Acórdão do mesmo tribunal de 13/11/1953 (in BMJ n.º 40, pág. 462 e segs.), onde se pode ler que, ao menos o regime do Decreto-Lei n.º 29833, “*consente que os objectos dados em penhor fiquem em poder do próprio devedor, como seu depositário, podendo movimentá-los no exercício da sua exploração fabril e comercial, substituindo-os por outros da mesma espécie, natureza e valor, isto é, renovando os stocks mas ficando sempre responsável pelas existências correspondentes. Foi mesmo esse o fim que esse Decreto teve em vista para evitar que os objectos dados em penhor se perdessem ou desvalorizassem com o decurso do tempo e ao devedor fosse tolhido o exercício da sua actividade*”. Caso curioso é o relatado no Acórdão do STJ de 20/11/1953 (in BMJ n.º 40, 1953, pág. 473 e segs.), em que estava em causa determinar os efeitos da alteração do objecto empenhado – originariamente composto por caixas de conservas de peixe, passando, posteriormente, a recair sobre latas vazias, azeite, óleo de amendoim e outras matérias primas – tendo o tribunal considerado que, tendo o objecto do penhor sido vendido ou desencaminhado pelo seu fiel depositário, o penhor se extinguiu, fundamentando a sua decisão na distinção entre a modificação, por um lado, e a substituição ou dissipação da garantia: “*o Decreto n.º 29833 permite no penhor bancário, que o devedor possa, mediante prévia autorização escrita do credor, modificar o objecto do penhor. Ora modificar, com prévio acordo do credor, o objecto do penhor, não é manifestamente o mesmo que substituir o objecto por outro diferente, antes de destruído ou dissipado, sem o consentimento do credor; modificar o objecto do penhor, no sentido da lei, é substituir, com prévio conhecimento, coisas de uma espécie por outras da mesma espécie, ou seja, a substituição coisa por coisa, em espécie, valor e qualidade. É evidente que o legislador quis evitar, sem extinção da garantia, a desvalorização do objecto penhorado ou a sua perda, permitindo que possa ser substituído por outra coisa da mesma espécie, qualidade, peso e valor; assim, o legislador, prevendo a deterioração ou a perda das coisas penhoradas e o consequente prejuízo, conciliou os interesses do credor com os de terceiros e mesmo com os do próprio devedor. (...) houve, no caso sub judice, dissipação do objecto do penhor (...) substituindo as coisas dissipadas por outras muito diversas. Por consequência não se trata de modificação do objecto do penhor, prevista no mencionado § 1.º, pois nem sequer a modificação foi autorizada*”: esta solução causa-nos grande perplexidade, porquanto, a reboque da ausência de consentimento do credor, impede a alteração do *quid* onerado, em prejuízo desse mesmo sujeito, o que resulta censurável pois, por menor que fosse o valor dos novos bens onerados, sempre seria maior do que o efeito declarado de pura e simples extinção da garantia.

<sup>887</sup> Fundam a admissibilidade de substituição dos bens originariamente empenhados na figura da sub-rogação real Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., págs. 534 e 535 (dando até exemplos de normas legais que consagram esta substituição, nalguns casos operando de modo automático, salvo convenção em contrário e asseverando que, através do desapossamento, as coisas fungíveis são individualizadas e, por isso, podem ser alvo da aplicação daquele instituto), e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 241 (mas apenas se referem aos bens perecíveis, citando, em conformidade uma decisão da Corte de Cassação datada de 1915!). Acerca da admissibilidade da invocação da figura da sub-rogação real como fundamento da substituição dos bens onerados, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>888</sup> Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 206, realça que esta figura “*Consiste na conversão de uma posse em detenção, em consequência da realização de dois actos jurídicos simultâneos – um principal e outro acessório: um acto jurídico que tenha como consequência a transferência da posse daquele que até ali era o seu titular, e depois um outro em virtude do qual seja considerado como detentor*”.

pignoratício o papel de possuidor mediato, ficando o empenhador como possuidor imediato e, simultaneamente, mediador possessório daquele.<sup>889</sup>

Se assim não for, o penhor ficará privado de qualquer publicidade, uma vez que, aos olhos de qualquer terceiro, tudo se passaria como se não tivesse havido constituição da garantia, pois não existe qualquer deslocação física da coisa empenhada, a qual permanece sempre em poder do empenhante.<sup>890</sup>

---

<sup>889</sup> Quer se trate de constituto possessório abstracto (a mera declaração de pretender transferir a posse da coisa não acompanhada de qualquer alteração da situação de facto) ou concreto (a declaração de tornar outrem possuidor, acompanhada de uma justa causa de retenção da parte do concedente, permanecendo a detenção material da coisa neste último) – acerca desta distinção, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 219, acrescentando ser nulo o pacto através do qual o credor se obrigasse a restituir temporariamente a coisa ao constituinte, a pedido deste (afirmando que o único efeito produzido por esta convenção será o renascimento do penhor se a restituição vier a ocorrer). Negando igualmente a idoneidade do constituto possessório como modo de desapossamento do empenhador, Weil, *ob. cit.*, pág. 82, Théry, *ob. cit.*, pág. 299, Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 55, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 238, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 535, Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 189, Gorila, *ob. cit.*, pág. 76, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 658, Protetti, *ob. cit.*, pág. 65, Enrico Poggi, *ob. cit.*, pág. 438, Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 53, nota 73 (afirmando que “*Il possesso che vale come mezzo di pubblicità è il possesso materiale, effettivo, non già il possesso giuridico, perché questo include elementi di natura spirituale che i terzi non possono percepire*”), Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1875 (“*porque en éste no hay desplazamiento efectivo de la propiedad*”), Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 491, Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, pág. 717 (uma vez que o bem permanece em mãos do devedor), Puig Brutau, *ob. cit.*, pág. 29 (asseverando que o devedor deverá perder sempre a posse imediata do bem empenhado), Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2144 (negando que a exigência de desapossamento possa ser cumprida através de qualquer acordo nos termos do qual o constituinte da garantia se mantenha como depositário do bem onerado), Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 117, Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, págs. 338 e 339 (salvaguardando, porém, os penhores sem desapossamento entretanto criados por lei) e, entre nós, Almeida Costa, *Direito das obrigações cit.*, pág. 927 (escrevendo que “*O que se afigura indispensável é que a posse exerça a função de publicidade. Isso não sucede se o credor fica apenas na situação de possuidor mediato e o empenhador na de possuidor imediato ou seu mediador possessório: por exemplo, se o dono da coisa empenhada continua com ela a título de depósito. Exclui-se, pois, a hipótese do chamado constituto possessório*”) e Marques de Carvalho, *ob. cit.*, pág. 63, nota 1. Em sentido contrário, Faggella, *ob. cit.*, págs. 100 e 101, procurando refutar os argumentos aduzidos em favor da opinião oposta, considera não ser verdade que o constituto possessório faça permanecer a coisa na livre disposição do devedor, uma vez que a sua posição relativamente à posse teria mudado, passando o devedor a ser um simples detentor em nome e por conta do verdadeiro possuidor, único a quem cabem as acções possessórias (embora reconheça que o devedor pode dispor materialmente da coisa, mas ressalva que tal circunstância em nada afecta a transferência da posse para o credor); relativamente ao facto de a permanência da coisa em poder do devedor ser susceptível de induzir em erro os terceiros – até porque tal facto em nada contende com a transferência da posse entretanto ocorrida e que é um elemento necessário ao nascimento do privilégio pignoratício – em razão da ausência de publicidade da constituição da garantia, o Autor sustenta que o legislador não pretendeu criar uma verdadeira forma de publicidade, mas tão somente referir-se ao conceito romanístico de posse em todos os seus diversos modos, incluindo o constituto possessório (ou seja, o legislador ao referir-se à “entrega” visou referir-se à transferência da posse, independentemente do modo através do qual este se concretize), até porque é aceite pela generalidade da doutrina a possibilidade de transferência da posse pela via da *traditio brevi manu* (quanto aos terceiros, os perigos que estes podem correr existirão sempre enquanto não for criado um sistema de publicidade registal, aberto à consulta de todos, pelo que mesmo a entrega material não elimina os inconvenientes da ausência deste sistema, dado que a posse da coisa pode ser dissimulada a outro título).

<sup>890</sup> Atente-se no seguinte exemplo: o proprietário do bem dá-o em penhor, mas continua em poder da coisa a título de depósito, de comodato ou de locação, ou seja, o bem nunca chega a sair das mãos do empenhador proprietário (reconhecendo que semelhantes modos de constituição do penhor eram admitidos no direito romano, mas não o poderão ser no direito moderno, tendo em conta a ilusão que tal facto poderá causar a terceiros, vide Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 61 e, principalmente, Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 321 e segs., advertindo este último que o exercício da posse parcial do credor pignoratício por intermédio do devedor – que perceberia directamente as utilidades do bem – redundaria numa diminuição da garantia do para o próprio credor pignoratício e, sobretudo, porque “*la dépossession*

Nesta conformidade e permanecendo a coisa em poder do empenhador, pode considerar-se que, ao menos do ponto de vista dos terceiros, este seria um penhor sem desapossamento.<sup>891</sup>

Acresce que, nalguns casos, o constituto possessório é utilizado com fins de garantia, ou seja, inserido num negócio de natureza fiduciária, assim permitindo iludir as regras essenciais do penhor, *maxime* a necessidade da entrega.<sup>892</sup>

Não obstante esta aparente unanimidade doutrinal, no plano interno<sup>893</sup> e externo, no sentido de negar a aptidão do constituto possessório para dar vida ao penhor, não faltam decisões jurisprudenciais admitindo, seja à luz das normas do Código Comercial,<sup>894</sup> seja mesmo ao abrigo do regime do Código Civil,<sup>895</sup> a constituição de

---

*resultant ici d'une simple intercession du titre du débiteur ne peut rendre public le droit du gagiste; d'où la nécessité d'une publicité spéciale*").

<sup>891</sup> Considera que no penhor sem entrega do bem a posse do mesmo se transfere para o credor pignoratício através de um constituto possessório ou, dito de outro modo, que o constituto possessório origina o surgimento de um penhor sem desapossamento, Galvão Teles, O penhor sem entrega no direito lusobrasileiro, in *Scientia Iuridica*, IV (15-20), 1955, pág. 212, nos seguintes termos: “O dono de certa coisa empenha-a, mas conserva-a em seu poder. Não há transmissão material do objecto, mas há transmissão jurídica. Resulta de uma atitude psíquica dos sujeitos. O proprietário, que até aí possuía em nome próprio, passa a possuir em representação do credor, e possuidor em nome próprio torna-se este último (...). Esta transformação psicológica corporiza-se em dois actos jurídicos de sentidos opostos: o contrato de penhor e o contrato de depósito. Pelo primeiro o proprietário constitui em benefício do credor o direito real pignoratício; pelo segundo o credor dá a coisa em depósito ao proprietário. As duas entregas, que normalmente correspondiam a esses contratos, tornam-se desnecessárias, mas a posse transmite-se como se eles se fizessem”.

<sup>892</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in *BMJ* n.º 58, págs. 134 a 137, socorre-se do exemplo alemão, país no qual a doutrina e a jurisprudência recorreram à transmissão das coisas ao credor através de constituto possessório com o fim de garantia, existindo assim uma transmissão fiduciária (como no caso dos comerciantes que transmitem as mercadorias do seu estabelecimento, de conteúdo variável, convencionando-se, por um lado, que aquelas permanecem em poder do empenhante - que as poderá aliená-las em nome próprio apesar de elas pertencerem ao credor - e, por outro, que as novas mercadorias entradas no estabelecimento se tornam propriedade do credor).

<sup>893</sup> Contrariada por Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 76, para quem a entrega “*não exclui do seu âmbito quer o constituto possessório, quer a traditio brevi manu, bem como a entrega imaterial*” (o mesmo Autor, ob. cit., pág. 84, entende que “*quer as normas civis, quer as normas comerciais permitem, no essencial, que a coisa seja empenhada e, simultaneamente, que o empenhador a mantenha em seu poder*”, designadamente através do recurso à figura do constituto possessório que, na sua opinião, mais não é do que uma tradição civil simbólica).

<sup>894</sup> Cfr. o Acórdão da Relação do Porto de 28/6/2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (além de invocar o Decreto-Lei n.º 693/70, de 31 de Dezembro, cujo art.º 9.º, n.º 1, determina que o penhor constituído a favor da Caixa Geral de Depósitos é válido mesmo que, com o consentimento daquela instituição, o objecto da garantia fique em poder do mutuário ou de terceiro, ficando estes submetidos aos deveres e sanções impostas aos depositários judiciais; para além disso, o n.º 2 manda aplicar aos fiéis depositários do penhor sanções penais para a violação das suas obrigações), no qual se afirma que, em face do regime do Código Comercial, “*é válido o penhor mercantil sem entrega dos bens de equipamento nas operações de crédito feitas por estabelecimentos bancários ficando o credor ou obtendo a posse pignoratícia, ficando o proprietário como mero detentor*”.

<sup>895</sup> Vide os Acórdãos do STJ de 26/6/1953 (in *BMJ* n.º 37, 1953, pág. 423 e segs.), no qual se decidiu que “*o facto de se autorizar o devedor a usar dos bens dados em penhor (...) em nada contraria nem ofende a figura jurídica do penhor definida nos art.ºs 855.º do Código Civil e 397.º do Código Comercial (...). Porque assim é, podiam as partes convencionar, como convencionaram, que a entrega fosse simbólica e ao dito réu Costa; deu-se, portanto, o desapossamento jurídico dos bens, da pessoa dos devedores para o autor e, depois, deste para esse réu, que ficou sendo seu fiel depositário, como as partes combinaram e podiam combinar, por não haver lei que o proibisse*” e de 12/3/1957 (in *BMJ* n.º 65, 1957, pág. 518 e segs.), no qual se inclui inequivocamente o constituto possessório como um dos modos de constituição do penhor, mesmo em face do regime do Código Civil, ao afirmar-se que “*ficando os devedores na situação de fiéis depositários, verifica-se, em relação a estes, o desapossamento desse minério. E isto sem embargo da letra dos art.ºs 855.º e 858.º do Código Civil e da não efectivação, neste caso, da entrega*



penhores em que o devedor/constituente permaneça em poder do bem dado em garantia a título de depositário.

Noutros casos, é a própria lei a admitir a constituição de penhores por via de simples constituto possessório,<sup>896</sup> como sucede, entre nós, com o penhor em garantia de estabelecimentos bancários (independentemente do objecto empenhado,<sup>897</sup> salvo algumas excepções - cfr. art.º 1.º do Decreto n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939), assim como com outros diplomas avulsos.<sup>898</sup>

---

*material da coisa empenhada, pela consideração de que não é necessária a entrega real, bastando a entrega jurídica, que se dá quando o devedor mantém a coisa em seu poder mas na qualidade de mero depositário, em nome do credor, com as responsabilidades inerentes”,* doutrina esta igualmente expandida pelo mesmo tribunal no Acórdão de 25 de Janeiro de 1955 (in Revista dos Tribunais, n.º 73, 1955, pág. 117 e segs. e também BMJ n.º 47, 1955, pág. 480 e segs.), aí se declarando que “*As partes podiam convencionar, como se vê que convencionaram, que a entrega do objecto do penhor se fizesse de modo simbólico ao credor, continuando o devedor na posse dele não já em nome próprio, mas em nome do credor, na qualidade de fiel depositário (...)* O contrato realizado não contraria mesmo, pode dizer-se, o disposto nos art.ºs 855.º e 858.º do Código Civil, desde que o devedor é fiel depositário do que foi dado em penhor”. Este último aresto foi alvo de uma anotação crítica por parte de Galvão Teles (in O direito, ano 87, pág. 336 e segs.), censurando a doutrina nele expandida por entender que a legislação avulsa criadora de penhores sem entrega assume carácter excepcional e ocupa-se apenas de casos determinados, sendo insusceptível de generalização a todo e qualquer caso de constituição da dita garantia. Se assim fosse, isto é, se pela lei geral já o penhor se pudesse constituir sem necessidade de entrega do bem empenhado, o diploma que admite o penhor sem entrega em termos mais amplos – o já citado Decreto-Lei n.º 29833, que visa a hipótese em que o credor seja um banco – não teria razão de ser (representaria até uma dificuldade adicional para o crédito bancário, pois este diploma exige a verificação de uma série de requisitos formais): assim, conclui o Ilustre Professor, teríamos a constituição de penhor através de um mero constituto possessório, a qual deve ser recusada, em razão da falta de publicidade da garantia e da ilusão que tal situação poderia causar a terceiros.

<sup>896</sup> Como refere Salvador da Costa, ob. cit., pág. 54, através do constituto possessório consagrado neste diploma, ocorre a entrega jurídica do bem, através da transladação da respectiva posse, passando o proprietário, que até então o possuía em nome próprio, a possuí-la em nome do credor, ficando este último com uma mera posse formal ou jurídica.

<sup>897</sup> Defendendo, por isso, a aplicação deste regime ao penhor de acções ao portador em garantia do pagamento de empréstimos bancários, vide o Acórdão do STJ de 23/4/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Pelo contrário, entendendo que o penhor de coisas, mesmo constituído em garantia de créditos bancários, depende sempre da entrega da coisa empenhada ao credor ou a terceiro, vide o Acórdão da Relação de Coimbra de 30/1/2001, in CJ 2001, Tomo I, pág. 22 e segs.. Reconhecendo a possibilidade de, por força destes diplomas avulsos, o penhor se poder constituir através de constituto possessório, vide os Acórdãos do STJ de 29/11/2001 (in CJ, Tomo III, pág. 125 e segs.), de 23/1/1996 e de 1/10/1991 (ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), da Relação de Lisboa de 10/10/1991, (aí se afirmando que permanecendo o bem empenhado em poder do seu proprietário, sendo este considerado como um possuidor em nome alheio relativamente ao direito de penhor) e de 1/10/1991 (onde se estabelece que não obsta à validade do penhor em garantia de estabelecimentos bancários o facto de os bens empenhados nunca terem passado para a posse do banco credor), estes dois últimos também acessíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>898</sup> Sobretudo o já citado art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 693/70, de 31 de Dezembro, citado numa nota anterior. A título de curiosidade, consulte-se a extensa lista de diplomas que, já em 1939, consagravam penhores nos quais o empenhador permanecia como depositário dos bens, vide Paulo Cunha, ob. cit., pág. 194, nota 1 e, mais recentemente, o rol (eventualmente contendo diplomas entretanto revogados) indicado por Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 687 (dos quais merecem destaque o Decreto-Lei n.º 43355, de 24 de Novembro de 1960 - mandando aplicar o regime do Decreto-Lei n.º 29833 aos empréstimos concedidos pelo Estado para a execução em propriedades rústicas de melhoramentos fundiários de reconhecido interesse económico e social que tenham por fim manter ou aumentar a capacidade produtiva da terra, facilitar a sua exploração ou valorizar os produtos agrícolas - e o Decreto-Lei n.º 44085, de 14 de Dezembro de 1961 - manda aplicar também o regime do Decreto-Lei n.º 29833 à concessão de crédito por parte da Junta Nacional do Azeite aos olivicultores) e por Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 925, nota 3 (enumerando, ainda, o Decreto n.º 19941, de 19 de Junho de 1931 – que consagra um penhor sem desapossamento no âmbito das operações das bolsas de mercadorias – o Decreto-Lei n.º 42825, de 29 de Janeiro de 1960 – que criou um penhor sobre os móveis e utensílios dos estabelecimentos hoteleiros – a Lei n.º 8/71, de 9 de Dezembro, Base XIV – que criou um penhor,

Esta consagração legal da admissibilidade do constituto possessório como modo de constituição da garantia pignoratícia é justificada tendo em vista a simplificação de procedimentos e a necessidade de fomentar o crédito, dada a reconhecida importância que este assume na criação de novas actividades económicas e na consolidação das existentes.

Porém, esta solução é alvo de críticas contundentes, sobretudo atenta a ausência de publicidade que a mesma comporta e os prejuízos para terceiros (nomeadamente credores do constituinte e todos aqueles que venham a adquirir o bem empenhado após a constituição da garantia, que dela podem advir),<sup>899</sup> e até para o próprio credor (exposto à prática de actos de disposição e destruição do objecto de garantia, pese embora as sanções penais impostas para tais condutas)<sup>900</sup> que pode originar.

No que especificamente respeita ao penhor constituído em garantia de estabelecimentos bancários, o seu regime apresenta-se especialmente questionável, podendo duvidar-se do critério que preside à manutenção do bem em poder do constituinte neste caso (sobretudo atenta a ausência de limitações quanto aos bens a onerar, os quais até podem não ser indispensáveis ao empenhante) ou, no plano inverso, à criação de um regime especial para uma dada categoria de credores.<sup>901</sup>

---

sem entrega, de bens afectos à actividade teatral – para além de uma vasta gama de penhores agrícolas, apresentando a nota comum de dispensarem a transferência do bem empenhado para o credor ou para terceiro, assim permitindo que o devedor mantenha a sua actividade profissional).

<sup>899</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 44 a 46 e 49, a respeito do ainda vigente Decreto n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939, relativo aos penhores constituídos em garantia de créditos bancários e apesar de o preâmbulo do diploma afirmar continuar a existir desapossamento do empenhador (pois este seria colocado na situação de fiel depositário, passando a posse para o credor pignoratício mediante constituto possessório). Todavia, considera o Ilustre Autor, esta transferência da posse não cumpre as finalidades publicitárias desempenhadas pela entrega efectiva do bem ao credor, uma vez que não é visível a terceiros que continuam a observar a coisa no poder do empenhador. Destarte, os credores do constituinte da garantia podem legitimamente ignorar a existência do penhor e vir, por força dessa ausência de publicidade, a ser prejudicados. Por outro lado, não sendo os actos de alienação a terceiros, levados a cabo pelo empenhante, eficazes relativamente ao credor pignoratício, esses terceiros adquirentes serão igualmente prejudicados, porquanto se tornam proprietários de um bem onerado com um encargo privado de qualquer publicidade. Também Paulo Cunha, ob. cit., págs. 193 e 194 (a propósito dos penhores constituídos em garantia de empréstimos concedidos pelas Caixas de Crédito Agrícola), critica esta modalidade de constituição de penhores, afirmando que a mesma, ao eliminar toda e qualquer publicidade, não tutela os interesses de terceiros, afirmando que *“qualquer pessoa por mais cautelosa que seja, nunca pode saber se as cousas que estão em poder do devedor estão ou não livres ou empenhadas (...) uma vez que não se regista, acontece que quando amanhã vier certa pessoa, de boa fé, fazer valer um direito sobre as cousas que estão de facto em poder do devedor, surge a preferência pignoratícia a inutilizar-lhe os seus direitos.”* Alinha pelo mesmo diapasão Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 66, 67 e 102 (realçando os graves inconvenientes para o comércio jurídico da ausência de uma adequada publicidade desta garantia, nomeadamente as incertezas relativamente à sua existência e extensão, considerando a solução legal *“forse eccessiva se consideriamo che la legge non fa alcuna distinzione oggettiva riguardo alle cose che possono essere costituite in garanzia, ne soggettiva, cioè in relazione alle persone che tale garanzia possono costituire”*), afirmando que a doutrina portuguesa dominante sugere o recurso à figura do *warrant* como garantia mobiliária não possessória típica. O próprio Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939, admite, no seu preâmbulo, que *“O processo desejável seria estabelecer um registo próprio e converter-se o penhor em hipoteca mobiliária, como se fez para os navios e para a propriedade automóvel, mas o sistema de registo só a raras cousas móveis é susceptível de aplicação”*.

<sup>900</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 46 e segs., destacando como a previsão legal daquelas penas para eventuais abusos cometidos pelo devedor não obsta a que este, continuando a deter a coisa, a possa destruir ou constituir um novo direito sobre ela.

<sup>901</sup> António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 660 e segs., depois de, em geral, colocar em questão o critério de política legislativa que preside à selecção das categorias de credores ou objectos para as quais se dispensa o desapossamento como condição de surgimento do penhor, no caso específico do penhor bancário, assegura que *“apenas a especificidade e as especiais particularidades que caracterizam a*

Não surpreende, por isso, que mesmo os que consideram a transmissão possessória do bem empenhado poderá ocorrer, não apenas através da entrega material, mas igualmente por qualquer dos meios legalmente admitidos para o efeito, recusem a idoneidade do constituto possessório para dar vida a um penhor.<sup>902</sup>

No entanto, outras formas de tradição não efectiva poderão considerar-se apropriadas para originar a constituição de penhor, desde que confirmem ao credor pignoratício, em exclusivo, a livre disposição do bem em causa e a possibilidade de o apreender e de impedir que outros o façam<sup>903</sup> e, ainda, desde que dotadas de suficiente notoriedade para advertir terceiros da oneração do bem.<sup>904</sup>

De entre estas, conta-se a mera tradição simbólica, ao menos quando atribua ao credor pignoratício a exclusiva disponibilidade do bem empenhado,<sup>905</sup> muito embora se discuta a licitude de alguns contornos que esta modalidade de tradição da coisa pode

---

*própria actividade bancária parece poderem justificar uma regra geral desta natureza, ainda como forma de resposta às particulares necessidades do comércio bancário”*).

<sup>902</sup> Barrada Orellana, ob. cit., págs. 115 a 117, tendo em conta que a posse imediata do bem permanece, no constituto possessório, no constituinte.

<sup>903</sup> Assim, Guillaud, ob. cit., págs. 105 e 107, acrescentando que o desapossamento do devedor deve ser suficientemente completo em ordem a impedir qualquer substituição do objecto empenhado por qualquer outro. Analisando algumas decisões jurisprudenciais que sobre a matéria (para além de dar conta que os tribunais franceses encaram como uma questão de facto saber se, em cada caso concreto e do tipo de bem a empenhar, o empobrecimento do credor se poderá considerar visível e suficientemente notório para advertir terceiros do nascimento da garantia – no mesmo sentido Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 61 e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 86), o Autor censura uma delas (em que estava em causa a validade da dação em penhor de tábuas representativas de obras musicais colocada em poder de um terceiro, tendo os juízes validado a convenção das partes que concedia ao devedor o direito de se servir dessas tábuas para fazer cópias das obras nelas gravadas, desde que essas tábuas permanecessem em poder do terceiro. A crítica à decisão relaciona-se com o carácter não exclusivo da posse do credor – uma vez que o devedor mantinha e retirava benefícios da detenção, mesmo que temporária, do bem empenhado – e da ilusão que o uso das coisas empenhadas pelo devedor poderia causar a terceiros, fazendo-os crer que estas se encontrariam desoneradas) e aplaude uma outra (em que se recusou a admissibilidade de dar em penhor os materiais destinados à fabricação de tule por parte de empresários que usavam instalações de outrem para a produção, constituindo-se o proprietário dessas instalações como terceiro. As razões aventadas pelo Autor relacionam-se com a ausência de posse por parte do terceiro, com a ausência de publicidade face a terceiros e, principalmente, com a ausência de desapossamento do devedor, na medida em que se permitia que este continuasse a fabricar o produto final com os bens dados em penhor, exactamente do mesmo modo que fazia antes da constituição da garantia).

<sup>904</sup> Cfr. Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 90. Por não preencherem estes dois requisitos, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., págs. 535 e 536, advogam ser inapropriada a constituição do penhor através da manutenção dos bens empenhados num local propriedade do empenhante, mesmo que este arrende o dito local ao credor (a menos que tal mecanismo sejam temperado por outros elementos, como sejam a remessa das chaves ao credor – assim privando o devedor do poder de disposição sobre o bem em causa – e através da afixação de cartazes nos ditos locais indicando a colocação dos bens em penhor ou o nome do arrendatário, assim tornando a constituição da garantia cognoscível face a terceiros) – em sentido análogo, Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 456. Embora concordando com este último critério, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 238, retiram conclusões parcialmente diversas (exigindo a aposição de marcas sobre as próprias mercadorias e que as portas do local permanecessem fechadas, recusando ainda a idoneidade da simples entrega das chaves). Pelo contrário, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 55, parecem mais flexíveis, ao considerarem suficiente o arrendamento do local onde os objectos empenhados se encontrem (mas, ao invés, recusando a idoneidade da simples entrega das chaves, desacompanhada desse arrendamento).

<sup>905</sup> Como bem nota Paz-Ares Rodriguez, ob.cit., pág. 1875, esta entrega fictícia ou simbólica será admissível desde que “*quede claro da una parte el acto de desapoderamiento por parte del constituyente y de otra la entrada en la esfera jurídica en la disponibilidad material efectiva, del titular del derecho de prenda*”

assumir (em particular, a entrega ao credor das chaves do local onde se encontram guardados os bens onerados).<sup>906</sup>

---

<sup>906</sup> Rubino, *Il pegno* cit., págs. 219 e 200, nota 4, Protetti, *ob. cit.*, pág. 65, Troplong, *ob. cit.*, pág. 91, Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 61, Marques de Carvalho, *ob. cit.*, págs. 65 e 66, Guillaouard, *ob. cit.*, págs. 105 a 107, Hardel, *ob. cit.*, pág. 117 e Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 117, advogam, com base neste critério geral, a admissibilidade da entrega ao credor das chaves do local onde se encontram guardadas as coisas dadas em penhor (o último dos autores mencionados reconhece que este mecanismo se poderá prestar a fraudes – nomeadamente quando o devedor concedesse um novo penhor sobre os mesmos objectos, entregando outras chaves ao segundo credor pignoratício – mas conclui que o risco de fraude em nada altera o carácter do empenhamento do primeiro credor pignoratício entretanto ocorrido). Pelo contrário Weil, *ob. cit.*, pág. 82, Piedlièvre, *Les sûretés* cit., pág. 180, Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, pág. 86, Simler e Delebecque, *Droit civil* cit., pág. 456 e Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 76 e 77, nota 4 (este último nega, em geral, a idoneidade da tradição ficta ou simbólica como modo de desapossamento do empenhador), advogam que a entrega das chaves não é jamais suficiente, porquanto não confere qualquer publicidade à constituição da garantia face a terceiros, especialmente quando a coisa se encontre num armazém do devedor (mas o último já admite a constituição de penhor mediante a entrega ao credor do certificado emitido pela administração fiscal, pois este documento impede o devedor de dispor do bem), posição subscrita pela decisão da Corte de Cassação Italiana de 15/6/1934, in *Giurisprudenza Comparata di Diritto Civile*, 1940, Vol. V, pág. 27 e segs. (embora com uma anotação crítica anónima que sublinha o facto de para quem “*la Corte regolatrice ha dimenticato qui i casi di traditio ficta, tra i quali sta precisamente la consegna delle chiavi (...) che già in se equivale all'immissione nello stato di disposizione fisica della cosa*”). Reputam inidónea a entrega de uma das chaves ao credor e da outra ao proprietário Rubino, *ult. ob. e loc. cit.* e Barbara Cusato, *ob. cit.*, págs. 190 e 191 (pelo menos quando o bem empenhado permaneça em instalações propriedade do constituinte da garantia), o Acórdão do Tribunal de Termini de 25/3/1954, transcrito por Protetti, *ob. cit.*, págs. 66 a 69 e o Acórdão da Corte de Cassação Italiana de 23/11/1923, citado por Maiorca, *ob. cit.*, pág. 59 (todavia, esta Autor considera estarmos perante uma forma de tradição material, acrescentando que “*Ciò che si chiama propriamente tradizione simbolica o finta, non è tradizione; certo non porta con se quell'effetto materiale di sottoposizione della cosa al controllo effettivo del creditore, che abbiamo visto caratterizzare il pegno dei mobili (...) è chiaro che la semplice indicazione di un oggetto che pur rimane presso il debitore, oppure la consegna di un semplice campione o di una fotografia o la pronuncia di particolari parole non possono avere, ai fini della garanzia vera, quella virtù che è propria della consegna materiale al creditore della cosa impegnata*”). Traça um panorama exaustivo da orientação jurisprudencial italiana Pace, *ob. cit.*, págs. 21 e 22, nota 36, do qual ressalta uma discrepância entre as diversas decisões, porquanto por vezes se retém a insuficiência da entrega ao credor das chaves do edifício onde se encontram guardados os bens empenhados (por se entender ser necessária a entrega efectiva destes ao credor), como se declara que, para tal efeito, bastará a entrega de tais chaves, desde que nenhuma destas fique em poder do devedor (mas já não quando seja entregue apenas uma delas, especialmente quando o credor não possa abrir, apenas com essa chave, as instalações, mas seja também necessária uma segunda chave, que permaneceu em poder do devedor) embora, nalguns arestos, se exija ainda que tal entrega seja acompanhada de circunstâncias que tornem evidente a passagem dos bens para a disponibilidade do credor (e, noutras decisões, chega mesmo a admitir-se que, ao menos para bens que não consintam tradição material, seja suficiente uma tradição simbólica, desde que acompanhada de sinais que tornem evidente a constituição da garantia): no plano oposto, surge uma decisão que consente a manutenção das chaves do imóvel onde se encontravam armazenadas as mercadorias empenhadas em poder do devedor, desde que apenas para efeitos de uso ou de um destino que exclua a disponibilidade das mesmas. Particularmente exaustivo na análise desta questão é Francesco Pellegrini, *ob. cit.*, pág. 139 e segs., aceitando a entrega das chaves ao credor pignoratício, mas recusando que à entrega do bem se possa substituir a entrega de uma das chaves, permanecendo a outra em poder do devedor (advertindo ser verdadeiramente relevante que o devedor não possa iludir os seus demais credores com uma aparente posse exclusiva, para além de poder constituir novos penhores através da entrega da chave que permaneceu em seu poder). Já relativamente à dupla fechadura, o mesmo Autor aceita-a sem grandes reservas, concluindo que “*il meccanismo delle chiavi e delle serretture offre il mezzo giuridico più acconcio, più spiccio e più economico per la costituzione del pegno in favore dei più creditori*”, com a única diferença de “*in caso di doppia serretture, il concreditore, come non può usare della cosa senza il consenso dell'altro, così non può virtualmente restituirla colla chiave che possiede; mentre in caso di doppia chiave, la restituzione da parte di un solo dei creditori importerebbe perdita del tutti*”.

Decorre, aliás, do regime geral do penhor que a própria lei considera suficiente, para a constituição do penhor, a entrega de documento que confira a exclusiva disponibilidade da coisa (cfr. art.º 669.º, n.º 1, parte final e 2786.º, n.º 1, do CCI)<sup>907</sup> ou, mais simplesmente, de documentos representativos dos bens empenhados (cfr. art.º 398.º do Código Comercial),<sup>908</sup> modalidade esta igualmente reconhecida pela jurisprudência nacional<sup>909</sup> e de outros ordenamentos, como o francês<sup>910</sup> e o espanhol.<sup>911</sup>

---

<sup>907</sup> Em face deste preceito, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 220, adverte para o facto de apenas os títulos de crédito representativos de mercadorias preencherem tais requisitos (no mesmo sentido, Realmonte, *ob. cit.* pág. 658).

<sup>908</sup> Esta norma, depois de reforçar a possibilidade de o penhor surgir mediante entrega a terceiro, admite, no seu § único, a entrega simbólica, efectuada através de declarações ou verbas nos livros de quaisquer estações públicas onde se encontrem as coisas empenhadas, pela tradição da guia de transporte ou de conhecimento de carga dos objectos transportados ou, finalmente, pelo endosso da cautela de penhor (*warrant*) dos géneros e mercadorias depositadas nos armazéns gerais. No entanto, nos casos em que a lei admite a entrega meramente simbólica, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, pág. 106, em nota, assinala que “*a tradição da guia de transporte ou do conhecimento de carga não basta para haver penhor, pois pode dar-se a outro título, devendo, portanto, apor-se a cláusula em penhor ou em garantia ou semelhante*”. Do mesmo modo, o Código Comercial de Macau admite também a constituição de penhor através de entrega simbólica, mais precisamente por declarações ou averbamento nos livros de registo das entidades públicas onde se encontrem depositados os bens objecto do penhor, da tradição ou endosso ao credor pignoratício do título de crédito representativo do bem objecto do penhor ou, finalmente, por qualquer outro meio idóneo para conferir ao credor pignoratício a disponibilidade exclusiva sobre os bens objecto do penhor mercantil (cfr. art.º 914.º).

<sup>909</sup> Vide os Acórdãos da Relação do Porto de 17/2/1992 (onde se afirma que, mesmo não se tratando de um penhor comercial, para a constituição do penhor basta, nos termos do art.º 669.º, n.º 1, parte final, a entrega de documento que confira ao credor a exclusiva disponibilidade da coisa) do STJ de 23/4/1992 e de 18/4/1991 (todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Apesar de estes modos de tradição simbólica se encontrarem consagradas na lei comercial, o Acórdão do STJ de 25/1/1955 (in *BMJ* n.º 47, 1955, pág. 480 e segs.) decidiu que “*O art.º 398.º e o seu § único do Código Comercial não estabelecem uma excepção, mas sim uma regra. A entrega material da coisa penhorada ao credor nem defende mais os interesses nem torna mais público que houve penhor*”, concluindo pela possibilidade de constituição de penhor, mesmo que o bem permaneça em poder do devedor, assumindo este o papel de depositário (em termos idênticos, Marques de Carvalho, *ob. cit.*, pág. 65, defende aplicação daqueles preceitos ao penhor civil, tendo em conta que a entrega simbólica é autorizada atendendo à natureza das coisas empenhadas e não do crédito garantido). Em sentido contrário se pronunciaram, todavia, o Acórdão da Relação de Lisboa de 25/2/1911 (in *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 25, n.º 90, pág. 716 e segs.) e os Acórdãos do STJ de 18/4/1991 (in *Acórdãos Judiciais*, n.º 18) e de 23/4/1992 (in *BMJ* n.º 416, 1992, pág. 664 e segs.), podendo ler-se neste último que “*A enumeração dos casos de entrega simbólica feita no § único do art.º 398.º do Código Comercial é taxativa e não exemplificativa, não podendo as partes convencionar no contrato de penhor, que a coisa empenhada fique na posse do devedor, embora ficando este na situação de depositário dela*”. Em função destas diversas interpretações do § único do art.º 398.º do Código Comercial – uma admitindo que o devedor permaneça como depositário dos bens empenhados, a outra recusando tal possibilidade – foi decidido, pelo Acórdão do STJ de 17/6/1992 (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) remeter o processo para Pleno desse tribunal, a fim de ser fixada jurisprudência a este respeito: todavia, o Acórdão de 21/1/1993, sem apreciar o mérito da questão, determinou que “*A alegação tendente a demonstrar que existe entre dois acórdãos a oposição exigida para recurso para o tribunal pleno não pode suprir a falta de apresentação de alegações sobre o objecto do recurso depois de, por acórdão, se ter julgado verificada aquela oposição*”, julgando, em conformidade, deserto o recurso por carências daquelas alegações.

<sup>910</sup> Também em França desde há muito (cfr. art.º 92.º do anterior Code de Commerce, de acordo com o qual a garantia se considerava constituída – e o credor empossado dos bens onerados – quando estes se encontrassem à sua disposição nos seus depósitos ou navios, nas alfândegas ou num depósito público e, ainda, se, antes mesmo da sua chegada, o credor se encontrasse na posse de uma “*lettre de voiture*” ou de um “*connaissance*” – actualmente, esta matéria encontra guarida nos art.ºs L132 e L133 do Code de Commerce vigente). De entre estes títulos de transporte podemos, então, distinguir (cfr. Hardel, *ob. cit.*, pág. 118 e segs.) o “*connaissance*” (utilizado no direito marítimo, constituindo um “*titre par lequel le capitaine et le chargeur constatent le chargement sur le navire des marchandises e les conditions de transport*”, desenvolvendo-se a operação da seguinte forma: “*l’expéditeur tire une lettre de change sur l’acquéreur des marchandises expédiées, il l’endosse au profit d’un banquier, celui-ci la lui escompte, et,*

Suscita-se a dúvida, na senda até de algumas decisões judiciais contraditórias, se o penhor mercantil dispensa o desapossamento do devedor ou, ao invés, não afasta esta exigência decorrente do regime civilístico desta garantia, envolvendo a entrega simbólica o desapossamento do devedor: salvo melhor juízo, parece-nos mais acertada esta segunda alternativa, porquanto, mesmo no penhor mercantil, em caso algum o bem empenhado permanece sob o controlo ou na disponibilidade material do empenhante, nem sequer como fiel depositário.<sup>912</sup>

---

*en garantie de son remboursement, reçoit le connaissance*”, alertando o Autor para a possibilidade de existir mais de um título representado a mesma mercadoria e para a fraude que daí poderá advir – vide, ainda, a este propósito, o Decreto de 25 mars 1937 - sobre o transporte internacional marítimo -, a Lei n.º 66-420, de 18 Junho de 1966 e o Decreto n.º 66-1078 de 31 de Dezembro de 1966- sobre os contratos de frete e transporte marítimo), a “*lettre de voiture*” ou “*récépissé*” (o primeiro para as mercadorias transportadas por terra e o segundo para as entregues através do caminho de ferro) e a “*lettre de transport aérien*” (para o transporte aéreo – cfr. art.º L321-2 do Code de L’aviation civile). Como bem nota Guillouard, ob. cit., pág. 107, o credor, ao receber o título, torna-se a única pessoa legitimada para reclamar o objecto da sua garantia e, por outro lado, assim se permite suprir a inviabilidade de entrega material do bem empenhado (na medida em que este não se encontra em poder do devedor). Admitindo, em geral, a entrega do título em substituição da coisa que este representa, quando aquele confira ao seu titular um direito incontestável a reclamar este, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 233 (no entanto, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 535, afixam não ser válida uma tradição simbólica realizada através da entrega de um documento administrativo ou privado relativos à coisa empenhada). De igual modo, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 332 e segs., afirma que o possuidor do título representativo do bem é havido, para todos os efeitos legais, como possuidor da coisa, de forma que “*toute personne qui se trouve en contact avec la chose a la qualité de détenteur por compte du possesseur du titre; il importe peu que cette personne soit un tiers ou le débiteur. Ce qui trompe en ce cas, c’est qu’il n’est que le détenteur partiel et qu’il continue à posséder pour lui-même les utilités matérielles; mais pour tout ce qui concerne ce à quoi prétend uniquement le gagiste c’est-à-dire la valeur pécuniaire incluse dans la chose, il est détenteur pour le compte de celui-ci au même titre qu’un tiers*”, ou seja, na concepção deste Autor, a detenção do título permite ao credor conservar a posse parcial do bem, entregando apenas ao devedor a terceiro a sua detenção.

<sup>911</sup> Vide, por todos, Puig Brutau, ob. cit., págs. 29 e 30, Olivencia Ruiz, ob. cit., págs. 48 e 49, salientando este último como “*el título no incorpora un puro derecho de crédito, sino un derecho de disposición sobre la mercancía que “representa”. Con independencia de la posesión material de la cosa, y de su situación, el título permite disponer de ella, transmitirla, pignorarla. No se desvía así la mercancía de la circulación, cuando está siendo objeto de transporte, ni de su localización, cuando lo es de depósito*” (este último Autor, depois de noticiar que esta figura encontra acolhimento nos art.ºs 194.º e segs., 350.º e 706.º do Código Comercial, assegura que a mesma foi criada pela iniciativa privada, principalmente no âmbito do comércio marítimo – através das chamadas “*cartas de porte*” e o “*conocimiento de embarque*” – tendo posteriormente sido alargadas a outros domínios, como o agrícola, nomeadamente através do recurso à figura do *warrant* enquanto título representativo de mercadorias depositadas: assim se contornam os inconvenientes do desapossamento do devedor, utilizando o documento como garantia para obter crédito) e Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2144 (enumerando como exemplos as mercadorias depositadas em armazéns gerais, o conhecimento de embarque e o *warrant* agrícola).

<sup>912</sup> Alude a esta controvérsia Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 255 e segs. (muito embora o Autor considere como partidários da posição contrária à por nós – e por ele – defendida outros Autores e decisões judiciais que entendem estarmos perante hipóteses de entrega meramente simbólica, o que, efectivamente, corresponde à realidade, uma vez que o desapossamento do devedor é assegurado, nestes casos, precisamente através da entrega dos documentos que os representam), inclinando-se para a posição por nós defendida (vide, no mesmo sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 52, em nota, afirmando que “*Esta tradição simbólica não representa qualquer excepção às regras gerais sobre a entrega necessária para o penhor*”), acrescentando ainda, a favor da mesma, o facto de, posteriormente à entrada em vigor do Código Comercial, ter sido aprovado o regime do penhor bancário (dado que, se o legislador considerasse o penhor comercial como prescindindo do desapossamento do devedor, não teria sentido necessidade de aprovar esse regime específico para os bancos: aliás, o próprio preâmbulo deste último diploma afirma expressamente que a criação dessa disciplina visa afastar a exigência de desapossamento imposta para o penhor civil e comercial), de o Código Comercial de Macau prever um penhor mercantil com e sem desapossamento – embora este último reservado para os bens afectos ao exercício de uma empresa – e de, no regime do penhor com desapossamento, conter uma norma idêntica

Ou seja, apesar da ausência de tradição material do bem, nas hipóteses enumeradas na lei comercial continua a verificar-se o pressuposto essencial do regime tradicional do penhor – qual seja a privação da disponibilidade do bem por parte do empenhante – embora este desiderato se alcance, normalmente, através da entrega ao credor de títulos que lhe conferem o direito de reclamar e/ou dispor dos bens onerados (*warrants* ou títulos de transporte).

Todavia, poderá argumentar-se que este mecanismo alternativo de constituição do penhor não publicita devidamente o surgimento da garantia (excepção feita ao caso em que esta deva ser inscrita no registo, pois, nessa hipótese, “*a finalidade de publicidade que se tinha em vista com a entrega real da coisa é suprida, sem inconveniente, pela própria publicidade que resulta do lançamento feito no registo em questão*”),<sup>913</sup> sobretudo porque o empenhante pode permanecer em na posse dos bens onerados (salvo quando se trate de bens em transporte ou albergados em armazéns gerais).

Esta modalidade é, assim, particularmente apta para a colocação em penhor de um objecto que deva percorrer um determinado trajecto desde a saída das mãos do devedor até ingressar no poder do credor,<sup>914</sup> nomeadamente quando estejam em causa os chamados títulos-valor,<sup>915</sup> categoria na qual se integram os títulos de transporte e os títulos de depósito.<sup>916</sup>

---

ao art.º 398.º do nosso Código Comercial (vide o art.º 914.º do Código Comercial de Macau, admitindo a tradição simbólica por qualquer meio idóneo a conferir ao credor pignoratício a disponibilidade exclusiva sobre os bens objecto do penhor mercantil) e, finalmente, mesmo o regime do penhor financeiro exige que o objecto da garantia seja efectivamente prestado (seja através de entrega, registo, transferência ou de qualquer outro modo que assegure o controlo do beneficiário da garantia).

<sup>913</sup> As palavras são de Paulo Cunha, ob. cit., pág. 192, a propósito da constituição do penhor através de declarações ou verbas realizadas nos livros de quaisquer estações públicas onde se encontrem os bens empenhados, muito embora o Autor alerte para a natureza não pública (no sentido de não serem de livre acesso) de tais registos.

<sup>914</sup> Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 55, admitem esta possibilidade, desde que o título representativo consinta ao credor reclamar a coisa representada do devedor e que este não seja o constituinte da garantia. Como salienta Troplong, ob. cit., pág. 91, seria prejudicial aos interesses do comércio jurídico manter a constituição do vínculo pignoratício em suspenso até à data em que o credor viesse a ser empossado: para obviar a este resultado, foram criados os títulos representativos de mercadorias em transporte, tendo o seu titular o direito de receber a coisa e, por arrastamento, o direito de dela dispor.

<sup>915</sup> Tomillo Urbina, Los títulos de tradición en la constitución de prenda, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, pág. 527 e segs., escreve que “*su entrega o transmisión produce los mismos efectos que la traditio material y efectiva de las mercancías que representen. El título de tradición atribuye a su legítimo tenedor un derecho de crédito a la entrega de las mercancías objeto de la relación jurídica básica que incorpora*”. De acordo com esta definição, estes títulos possuem as seguintes características: substituir as mercadorias que representam no que respeita à circulação destas últimas; a posse do título acarreta a posse das mercadorias; e esta posse atribui ao possuidor do título o direito de disposição sobre as mercadorias, bem como a sua restituição ou entrega no momento devido (para além disso, a sua transmissão “*operará en virtud de la ley de la circulación aplicable en función de su emisión, y con efectos legitimadores resultantes de la posesión material*”). Em especial, a qualificação do portador do título como possuidor mediato dos bens por aqueles representados (conjugadas com a posse imediata daqueles que exercem um poder material sobre os mesmos bens) é explicada pelo Autor como um caso em que o direito do possuidor material “*tan sólo expresa un derecho limitado en contenido con relación al derecho superior (...) titular de una posesión mediata sobre las cosas que se encuentran materialmente en poder de quien sólo ostenta una situación potestativa subordinada*”, sendo enquadrável no art.º 1463.º do CCE (que prevê a entrega, por simples acordo dos contraentes, quando a coisa vendida não se possa transferir para o poder do comprador no momento da venda, de modo que “*siendo absoluta la ausencia de traladación material del bien, se produce, no obstante, la transferencia de señorío real, pero no material (...) la cesión de la relación jurídico-obligacional que sirve de sustento a la posesión mediata (el derecho de crédito a la restitución)*”).

Nestes casos, o penhor recai sobre bens depositadas ou em curso de transporte, efectuando-se o desapossamento através da transferência da posse mediata, mediante a entrega dos títulos de tradição,<sup>917</sup> embora se possa constituir uma garantia sobre o próprio título, pela via do endosso em garantia.<sup>918</sup>

Parece igualmente admissível a chamada *traditio brevi manu*, que acontece quando a coisa se encontrava já em poder do credor a título de detenção (por exemplo, em resultado da prévia celebração de um contrato de depósito) e passa a está-lo, após a constituição da garantia, a título de posse.<sup>919</sup>

Verificando-se tal circunstancialismo, a simples convenção das partes parece ser bastante para inverter a posse do credor pignoratício e permitir o nascimento da garantia.<sup>920</sup>

Nada parece impedir,<sup>921</sup> com base nesta mesma figura, o surgimento do penhor quando a entrega seja efectuada a um terceiro já possuidor do bem por conta do

---

*se realiza, como la cesión de todo derecho de crédito, por el mero consentimiento; y como la posesión mediata es inherente a tal relación crediticia, la cesión de ésta lleva aparejada la transmisión de aquélla*”: no caso específico dos títulos valor, a publicitação da *traditio* resultará, ao menos, do abandono, por parte do *tradens*, do seu controlo real sobre o bem).

<sup>916</sup> Tomillo Urbina, ob. cit., págs. 533 e segs., apesar de ressaltar que ambos possuem as características gerais dos títulos valor, evidencia que a impossibilidade transitória de tradição material é forçosa no caso dos títulos de transporte (funcionando como um remédio para a distância temporal e geográfica das prestações do comprador e do vendedor), resultando de motivos conjunturais ou da mera vontade do depositante nos títulos de depósito (nomeadamente para “*negociar partidas o capitalizar stocks evitando desplazamientos, al tiempo que se procura el rigor de una custodia funcional técnica y especializada*”).

<sup>917</sup> Tomillo Urbina, ob. cit., pág. 584 e segs., o penhor recai sobre o direito à entrega das mercadorias ou a uma indemnização pelo incumprimento da obrigação de entrega, ou seja, trata-se de um penhor de crédito “*sobre cosa determinada susceptible de transformación (...) en prenda de crédito de dinero*”, funcionando normalmente, em especial no que se refere ao conhecimento de embarque, com o objectivo de garantir uma operação de crédito documentário.

<sup>918</sup> Tomillo Urbina, ob. cit., pág. 586 e segs., destaca como, neste caso, o endosso contém implícita uma autorização ao endossatário para a cobrança do crédito insito no título, de modo que “*resulta imprescindible frente al porteador que en el ejercicio del derecho a la entrega participe el acreedor pignoratício – endosatario en garantía – ya que cualquier otra alternativa supondría privarle de la garantía*” (caso a obrigação de entrega não seja cumprida e seja substituída por uma indemnização, o endossante apenas poderá cobrar a quantidade que exceda o montante do crédito do credor pignoratício endossatário).

<sup>919</sup> De acordo com Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 231, este meio de aquisição da posse caracteriza-se por “*o possuidor e detentor substituírem o negócio jurídico ou o facto que dava origem à detenção, por um novo negócio jurídico, em virtude do qual a relação material até ali existente entre o detentor e o objecto da posse passa a ser uma relação possessória*”. Admitem este modo de constituição do penhor, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 66 e 67, Realmonte, Il pegno cit., pág. 658, Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 54, nota 73, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1875 (acrescentando que, para tal, bastará o simples acordo com o devedor para que a anterior detenção ou posse se transforme em posse pignoratícia), Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 491, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 717 e, entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 76.

<sup>920</sup> Neste sentido, Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 42 e 43.

<sup>921</sup> Contra, Giuseppe Portale, Osservazione sul contratto col terzo detentore del pegno, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962, pág. 879 e segs., argumentando que a constituição do penhor implica o desapossamento do devedor, ou melhor, a perda da disponibilidade material do bem empenhado, a qual não se verifica totalmente neste caso, “*giacché, sebbene il concedente non abbia alcun potere di fatto sulla cosa, tuttavia essa potrebbe ancora ritornare nella sua disponibilità materiale, in quanto, anche se il costituente ha promesso l’obbligazione del depositario (detenere la cosa per conto del creditore), questi può legittimamente rifiutarsi di assumerla e restituire la cosa al depositante*”. De acordo com este Autor, não basta a determinação unilateral de privação do contacto físico com a coisa, sendo ainda forçoso que seja irreversível a situação criada com a apreensão do bem por parte do *accipiens* (isto é, “*Oltre a la consegna, pertanto, si rende necessario impedire che il tradens riacquisti il potere di fatto sul bene senza la cooperazione del creditore; risultato che si può ottenere soltanto con una manifestazione di volontà del terzo, con la quale egli assuma la funzione strumentale chiamato ad*



empenhador, desde que este permaneça nessa situação, agora por conta do credor pignoratício, bastando para tal que o terceiro seja notificado da constituição da garantia:<sup>922</sup> há quem fale até de uma espécie de cessão de crédito a título de garantia.<sup>923</sup>

Noutros casos, a lei admite que a entrega seja substituída pela inscrição do penhor num determinado registo, normalmente o mesmo utilizado para a propriedade do bem empenhado, conforme decorre de alguns exemplos anteriormente expostos (como sejam o penhor de direitos de autor, sobre bens de propriedade industrial de participações sociais, de valores mobiliários), bem como do penhor de obrigações hipotecárias,<sup>924</sup> assim se assegurando a publicidade da constituição da garantia, solução esta que encontra paralelismo em diversos ordenamentos estrangeiros, a propósito dos mais variados objectos.<sup>925</sup>

Alguns admitem mesmo, ao menos no plano do direito a constituir, a existência de penhores sem tradição material ou ficta do bem dado em garantia, desde que seja

---

*esplicare, vincolandosi anche verso il creditore*”, sem prejuízo de, mesmo antes desta declaração de aceitação, a coisa estar “*all’effetto limitato della costituzione del pegno, a disposizione del creditore, nel senso che la garanzia nasce automaticamente al perfezionarsi del vincolo creditore-terzo, senza bisogno di un ulteriore intervento del datore del pegno*”).

<sup>922</sup> Assim, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 444 e Rubino, Il pegno cit., págs. 220 e 221, sustentando que o penhor se constitui desde que o constituinte, o credor e o terceiro consintam que este último passe a deter a coisa a título de penhor (no mesmo sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 78). Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 72, Realmonde (ob. cit., pág. 658, em especial nota 34) e Barbara Cusato (ob. cit., pág. 190), alertam para o facto de, neste caso, não bastar para a constituição do penhor a notificação ao terceiro da constituição da garantia – destinada, essencialmente, a evitar que este entregue a coisa ao constituinte - pois esta notificação não desapossa o constituinte do bem, podendo o detentor recusar-se a conservar o bem também por conta da outra parte, entendimento este partilhado por Planiol, Ripert Becqué, ob. cit., pág. 105, concluindo que esta inversão do título de posse requererá uma aceitação por parte do terceiro (em termos análogos, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 536, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 122, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 237 – muito embora questionem o modo de publicitação deste novo título possessório -, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 50 e 51 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 497, exigindo, além da mera notificação, um reconhecimento, por parte do terceiro, da intenção de passar a possuir também em nome do credor pignoratício). Exigem igualmente a aceitação por parte do terceiro Simon Quincardet, ob. cit., pág. 53 e Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. (sustentando esta última que o desapossamento, neste caso, resulta da inversão do título decorrente da aceitação do terceiro, apontando como exemplos da utilização deste mecanismo o penhor de conta bancária – em que a instituição bancária detentora do dinheiro em virtude do contrato de depósito, se torna possuidora do bem empenhado por conta do credor - e de instrumentos financeiros, no qual, porém, se dispensa a aceitação do terceiro depositário, bastando uma declaração do titular da conta para a inversão do título do gestor da conta e para a constituição da garantia). Já Puig Brutau, ob. cit., pág. 29, entende que, neste caso, o credor se converte em possuidor mediato, desde que se notifique o até então possuidor imediato, dando-lhe conta que, daí em diante, será mediador possessório do credor pignoratício.

<sup>923</sup> De acordo com Hardel, ob. Cit., págs. 32 e 33, caso o bem a empenhar se encontrasse já na posse de um terceiro no momento da constituição da garantia, o desapossamento pode resultar simplesmente da aceitação, por parte deste, da detenção a outro título, verificando-se uma espécie de cessão de créditos em garantia, uma vez que “*Il s’agit en somme d’obtenir que le constituant soit dans l’impossibilité de se servir de la chose pour augmenter son crédit*”.

<sup>924</sup> Nos termos da alínea o) do n.º 1 do art.º 2.º do Código do Registo Predial, encontram-se sujeitos a inscrição o penhor, a penhora, o arresto e o arrolamento de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos (assim como quaisquer outros actos ou providências que incidam sobre os mesmos créditos). Cabe, contudo, não confundir este registo da garantia, com o registo dos créditos hipotecários e outros activos que em cada momento integrem o património autónomo afecto às obrigações hipotecárias, o qual deve ser efectuado em contas segregadas da entidade emitente e identificados sob forma codificada nos documentos das emissões (art.º 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março), nem tão pouco com o registo da própria hipoteca que garante tais créditos na competente conservatória do registo predial (art.º 2.º, n.º 1, alínea h), do Código do Registo Predial), à qual, aliás, se deverá fazer menção quando da inscrição dos créditos hipotecários (art.º 4.º, n.º 4, alínea e), do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março).

<sup>925</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 1 do Capítulo II.

aposto na coisa um sinal visível dando conta que a mesma se encontra empenhada, mas com a advertência que o penhor se extinguirá com o desaparecimento daquele signo.

A tutela do credor pignoratício contra actos de dissipação material ou jurídica do bem onerado, será atingível, em todos estes casos em que o bem permaneça em poder do empenhante, através da imposição de sanções aos actos deste que consubstanciem uma dissipação do bem onerado, podendo mesmo traduzir-se na incriminação penal das condutas de disposição material e/ou jurídicas do bem empenhado.<sup>926</sup>

Entre nós, uma ilustração deste expediente consta do diploma relativo ao penhor prestado a favor de instituições bancárias,<sup>927</sup> embora subsistam dúvidas quanto à

---

<sup>926</sup> Realça este aspecto, Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 455. No Acórdão do STJ de 13/7/1955 (in BMJ n.º 50, 1955, pág. 251) entendeu-se que as mesmas sanções penais (*in casu*, as previstas no art.º 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 29833) previstas para os actos de disposição material ou jurídica serão aplicáveis ao caso em que o devedor, instado a colocar o bem empenhado à disposição do credor, não o faça, mas ainda quando esse objecto não seja encontrado, afirmando que “*o contrato de empréstimo é firmado confiando o credor na honorabilidade do devedor, e também na circunstância de este ficar ciente da responsabilidade criminal em que incorre se não apresentar o objecto do penhor, devendo entender-se que as palavras “alienar”, “modificar”, “destruir” ou “desencaminhar”, mencionados no citado preceito do Decreto-Lei n.º 29833, abrangem o caso de o devedor ter dado em penhor objectos inexistentes na data do contrato, desde que não os apresente quando legalmente tenha de apresentá-los (...) Quer dizer, o devedor fica inibido de, por acto seu, anular total ou parcialmente o valor da garantia que voluntariamente oferecera, e assim a expressão “alienar, modificar, destruir ou desencaminhar” é exemplificativa: naquela anulação total ou parcial do valor da garantia é que está o elemento essencial do facto criminoso*”.

<sup>927</sup> Cfr. o art.º 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 29833, que manda aplicar as penas de furto (relativamente ao crime de furto, e à respectiva moldura penal, vide os art.ºs 203.º e 205.º do Código Penal) ao devedor que alienar, modificar, destruir ou desencaminhar o objecto sem autorização escrita do credor (bem como se empenhar novamente a mesma coisa, sem que no novo contrato se mencione expressamente a existência de penhor anterior), acrescentando o § único do art.º 2.º que esta cominação legal deverá constar do contrato de penhor (cabendo ao notário assegurar o cumprimento desta obrigação – por isso, no Acórdão do STJ de 29/11/2001, in CJ, Tomo III, pág. 125 e segs., assegura-se que a falta de transcrição no contrato de penhor das indicações exigidas por este diploma não origina a nulidade daquele contrato, porquanto essa é imposição dirigida unicamente ao notário). Todavia, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 55, entende que o crime em causa não é de furto, sendo a remissão legal unicamente respeitante à moldura penal aplicável ao comportamento do constituinte da garantia. Barbosa de Magalhães, ob. cit., pág. 101, qualifica a solução legal de “*muito infeliz, por isso que aplica a mesma sanção a casos muito diversos, proíbe a alienação da coisa empenhada quando ela pode ser feita sem prejuízo da garantia do penhor e, regulando a ordem de preferência no caso de a mesma coisa ter sido empenhada duas ou mais vezes, estabelece a pena de furto quando o devedor dê de penhor a mesma coisa duas ou mais vezes, sem distinguir os casos de haver, ou não, prejuízo para os credores posteriores*”. De acordo com a jurisprudência (cfr. Acórdãos da Relação de Coimbra de 30/6/1999 e de 6/12/2000), a aplicação deste crime exige a verificação cumulativa de diversos pressupostos: material, a constituição de um penhor em garantia de créditos bancários em que o objecto da garantia permaneça em poder do proprietário; acção, o proprietário praticar, em relação ao bem empenhado, algum dos actos proibidos pelo diploma em análise; a consciência que, dispondo da coisa sem autorização, o proprietário frustra a garantia do credor (exigindo-se que o agente aja intencionalmente, com consciência e vontade de dispor da coisa, sabendo que age sem o consentimento do credor e que do seu comportamento resulta quebra da segurança e garantia do credor); e tenham sido transcritas no contrato as menções impostas pelo § único do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 29833. Não surpreende, por isso, que no Acórdão da Relação do Porto de 2/6/1993 (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) se conclua que a simples venda de parte do objecto do penhor sem autorização escrita do credor não basta para integrar este tipo legal de crime (mais exigente é Salvador da Costa, ob. cit., pág. 55, afirmando que integra o crime em causa a alienação do objecto empenhado como se fosse livre de ónus e encargos e a denúncia unilateral, sem autorização do credor pignoratício, do contrato de arrendamento de um estabelecimento comercial empenhado em garantia de uma instituição bancária). Por outro lado, no Acórdão da Relação de Lisboa de 22/2/1995, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), conclui-se também pela não verificação do crime de frustração do penhor quando não se prove que os proprietários dos bens os tenham feito desaparecer). Questão diversa é a de saber se, quando o credor se aproprie da coisa dada em penhor, tal conduta se poderá enquadrar na previsão legal do crime de abuso de confiança, previsto e

constitucionalidade desta sanção criminal<sup>928</sup> e à própria manutenção em vigor da norma incriminatória constante deste regime especial do penhor.<sup>929</sup>

---

punido no art.º 205.º do Código Penal (de acordo com o qual, quem, ilegitimamente, se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, sendo a tentativa punível, mas dependendo o procedimento criminal de queixa: para além disso, o n.º 4 estabelece penas mais duras quando o bem objecto do crime seja de valor elevado ou consideravelmente elevado e o n.º 5 eleva a moldura penal para um mínimo de 1 e um máximo de 8 anos de prisão sempre que o agente tenha recebido a coisa em depósito imposto por lei em razão de ofício, emprego ou profissão, ou na qualidade de tutor, curador ou depositário judicial), respondendo negativamente Figueiredo Dias, Comentário conimbricense ao Código Penal, parte especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pág. 111 e segs., por considerar que nos comportamentos previstos e punidos pela lei penal, diferentemente das reguladas no diploma que rege o penhor bancário, “*a acção há-de desde logo recair sobre coisa alheia; e porque nelas o agente há-de ser detentor por força de depósito imposto por lei e não por disposição contratual*”.

<sup>928</sup> O Tribunal Constitucional já foi chamado a pronunciar-se, pelo menos em dois processos de fiscalização concreta (cfr. Acórdãos n.º 572/95, de 18/10/1995, in BMJ n.º 451, 1995, pág. 479 e segs. e 573/95, de 18/10/1995, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), acerca da constitucionalidade do art.º 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 29833, tendo, em ambos os casos, considerado que tal preceito não viola a Constituição. Em ambos os casos estavam em causa recursos apresentados pelo Ministério Público contra duas decisões de tribunais de primeira instância de não pronúncia dos arguidos, invocando precisamente a inconstitucionalidade da mencionada norma, por violação dos princípios da necessidade e proporcionalidade (mais concretamente, por instituir uma sanção penal para uma conduta que não viola um bem jurídico individualizável e por o ordenamento civilístico dispor de meios necessários destinados a prevenir os efeitos dos comportamentos punidos pela norma em apreço, traduzidos na mera violação de um direito real de garantia). Ora, o Tribunal Constitucional, num primeiro momento, identificou o “bem jurídico” tutelado pela aludida norma incriminatória, considerando que este não consiste principalmente (ou, pelo menos, não é esse o seu único intuito) na protecção do credor pignoratício, mas antes “*interessa sobremaneira a tutela de terceiros de boa fé e da confiança do comércio jurídico*” (tendo em conta que este modo de constituição da garantia cria uma situação, perante esses terceiros, através da qual estes podem ser gravemente prejudicados caso o devedor/constituente do penhor lhes transmita qualquer direito relativamente ao bem anteriormente empenhado, ao mesmo tempo que cria problemas acrescidos ao credor pignoratício, concluindo que esta modalidade de penhor apresenta menos vantagens para o credor e para terceiros, mas oferece sérias vantagens económicas, desde logo para o próprio devedor que continua em poder do bem dado em garantia, podendo utilizá-lo na sua actividade produtiva). No que concerne à desproporcionalidade (e até eventual) desnecessidade da sanção penal, os juízes constitucionalistas (além de reforçarem não se tratar de uma norma destinada a tutelar meramente os interesses do credor pignoratício) apontam normas contidas no Código Penal que prevêm a responsabilidade criminal dos depositários infieis e concluem que a remissão para o crime de furto “*não revela um flagrante arbítrio legislativo, tendo em atenção os valores em presença que se intentaram tutelar e aquelas medidas prescritas para os ilícitos criminais em que, primordialmente, se visa a protecção da posse ou de outros direitos reais, a fidelidade dos depositários e a salvaguarda dos interesses inerentes ao comércio jurídico*”.

<sup>929</sup> Jorge de Figueiredo Dias, ob. cit., págs. 111 a 113, defende que aquele preceito foi revogado com a entrada em vigor do Código Penal de 1982 (cfr. art.º 6.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro) e, ainda que assim não se considerasse, seria inconstitucional a sua vigência actualmente, uma vez que o mesmo viola o “*princípio da proporcionalidade, por se considerar então criminoso um descaminho de uma coisa penhorada e mantida na posse do proprietário por disposição contratual, quando se descriminalizou (...) o mesmo descaminho de coisa que confiada ao proprietário por autoridade judiciária competente. Por violação, por outro lado, do princípio da igualdade, na medida em que aquele art.º 1.º, exigindo uma qualificação da vítima ou do ofendido, acabava por tutelar apenas uma espécie de credores pignoratícios: os credores bancários! Tudo conduz por isso à conclusão de que uma tal incriminação não tem hoje qualquer fundamento político-criminal, não se revelando as condutas por ela abrangidas nem merecedoras, nem carentes de tutela penal*”, concluindo, por isso, que a norma em questão foi revogada com a entrada em vigor do Código Penal de 1982 (esta posição é sufragada no Acórdão do STJ de 6 de Dezembro de 2001, *apud* António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 658, nota 1063). Porém, esta argumentação choca com a expandida pelo Tribunal Constitucional (vide nota anterior), ao considerar que esta sanção penal não tutela unicamente os interesses do credor pignoratício e, por outro lado, não é desproporcionada face à conduta do empenhante. A admitir a revogação das disposições penais e como salienta Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 266, fica

Um vez constatada a existência de um penhor validamente constituído nos termos comuns – ou seja, ficando o empenhante privado de usar e dispor materialmente do bem onerado - , ainda assim há quem sustente, não obstante, a admissibilidade da convenções das partes segundo as quais ao devedor seria consentido continuar exercer determinados poderes relativamente ao bem empenhado, designadamente prestando os cuidados necessários à conservação do bem.<sup>930931</sup>

A resposta a dar quanto à licitude de semelhantes pactos encontra-se umbilicalmente ligada à resposta a dar, em sede de extinção da garantia, à questão de saber se a perda temporária da posse parte do credor pignoratício conduz ou não ao caso da garantia.<sup>932</sup>

### 5.1.2 - Entrega a um terceiro e a qualificação jurídica da posição deste

Mas ao desapossamento do devedor não tem que seguir-se, impreterivelmente, a o empobrecimento do credor, porquanto se admite que a coisa seja antes entregue a um terceiro (cfr. a parte final do n.º 1 do art.º 669.º)<sup>933</sup> e este aceite o encargo que lhe é atribuído.

Esta possibilidade, associada à admissibilidade da prestação da garantia por um sujeito que não seja o empenhante, consente a existência de quatro sujeitos na relação pignoratícia, a saber, o devedor da obrigação assegurada, o credor pignoratício, o empenhante e o terceiro a quem o bem é entregue para guarda.<sup>934</sup>

A partir desta nomeação do terceiro a quem o bem seja confiado a outros sujeitos, os credores daquele terceiro não poderão apreender a coisa onerada em

---

enfraquecida a posição do credor, mas, ainda assim, parece que as vantagens conferidas por este regime especial continuam a justificar o recurso ao mesmo.

<sup>930</sup> Cfr. Guillouard, ob. cit., págs. 109 e 110, justificando a validade desta cláusula (nomeadamente quando estejam em causa mercadorias destinadas a transformação) com a necessidade desses actos para a conservação do bem empenhado (chegando mesmo a considerá-los como uma obrigação do devedor), com a inaptidão do credor para os proporcionar e com a ausência de qualquer incompatibilidade com o desapossamento já ocorrido. Admite também esta possibilidade Troplong, ob. cit., págs. 93 e 94, ao ponto de considerar que a mesma deve ser tolerada – sempre que necessária para a manutenção do penhor – desde que não ponha em causa a posse do credor (advoga também a admissibilidade de uma cláusula deste teor, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 61).

<sup>931</sup> Noutro plano, admitem alguns Autores que as partes convençionem que o empenhante se reserve o direito de proceder à venda do bem onerado, assim como de fixar a respectiva modalidade, data e preço) – assim, Guillouard e Troplong, ults. obs. e locs. cit., com base no melhor conhecimento que o devedor possui do bem e com a ausência de prejuízo para o *ius distrahendi* do credor pignoratício – que permanece intacto e exercitável em caso de incumprimento da obrigação garantida - e para a posse do credor pignoratício (uma vez que esta se mantém, podendo o credor recusar-se a entregar a coisa se e enquanto não for pago).

<sup>932</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 10.2 do Capítulo I.

<sup>933</sup> A redacção deste preceito parece preferível à do art.º 855.º do Código Civil de 1867, nos termos do qual a coisa dada em penhor poderia ser entregue “*ao credor ou a quem o represente*”, por ser evidente que o bem pode ser entregue a um representante do credor (considerando-se como tendo sido entregue a este) e, por outro lado, por o verdadeiro terceiro não ser representante do credor – neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 106. Questão conexa – à qual Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 108, responde afirmativamente, ilustrando-a com a hipótese em que o empenhador entregue a coisa a um depositário ou locatário designado pelo credor - é a de saber se o empenhador pode entregar a coisa, não directamente ao credor, mas antes a alguém que a vai possuir como seu mediador possessório.

<sup>934</sup> Aliás, quando o bem dado em penhor pertença a terceiro, alguns entendem ser obrigatória esta relação quadrilateral, porquanto o empenhante não poderá ser designado como (terceiro) depositário, mas também o não poderá ser o próprio devedor da obrigação garantida, pois assim se desvirtuariam os fins do desapossamento (cfr. Barrada Orellana, ob. cit., pág. 127).

detrimento do(s) credor(es) pignoratício(s), não impondo sequer a lei qualquer condição para a oponibilidade daquela designação a estes sujeitos.<sup>935</sup>

As duas funções assinaladas como fundamentantes da exigência de desapossamento do empenhador e de entrega do bem ao credor – publicidade e protecção do credor – encontram-se igualmente presentes nesta hipótese: quanto à primeira, os credores do constituinte também não encontrarão o bem em poder daquele;<sup>936</sup> relativamente à segunda, o constituinte fica, de igual modo, impedido de proceder à deterioração ou descaminho do bem empenhado.

Tendo em conta estes fitos visados pela entrega, a escolha do terceiro é relativamente discricionária - não nascendo, porém, o penhor se o terceiro for dependente, encarregado<sup>937</sup> ou parente próximo do concedente,<sup>938</sup> na medida em que terceiros poderiam ser enganados por esta situação<sup>939</sup> - desde que se consinta ao terceiro depositário dispor do bem empenhado sem a cooperação do credor e sobretudo do devedor empenhante.<sup>940</sup>

Contudo, nalguns casos a complexidade das circunstâncias permite duvidar se terá ocorrido entrega a terceiro nos termos legalmente exigidos, como sucederá quando aquela tenha tido lugar, conjuntamente, a dois depositários (sendo um nomeado pelo

---

<sup>935</sup> Cfr. Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 232 e Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 127.

<sup>936</sup> Naturalmente que, também quando a coisa empenhada deva ser entregue a terceiro, apenas quando essa entrega ocorrer efectivamente se terá por constituído o direito de penhor.

<sup>937</sup> Neste sentido, vide o Acórdão do STJ de 14/10/1932 (in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 64-65, pág. 266), recusando a validade de um penhor em que os objectos empenhados haviam ficado em poder dos sócios da sociedade em nome colectivo responsável pela dívida garantida, por entender que aqueles não podem ser considerados terceiros relativamente a esta (aduzindo ainda que esta invalidade não é sanada pelo facto de os objectos terem também ficado à guarda da mulher de um dos sócios, simultaneamente mãe de outra sócia). Contra, admitindo a validade do penhor quando se constituam depositários dos objectos empenhados os gerentes da devedora, sendo esta uma sociedade por quotas, alegando serem aquelas pessoas diversas daquela, vide os Acórdãos da Relação do Porto de 13/5/1933, in *Revista dos Tribunais*, ano 51, 1933, pág. 169 e segs., (cumprindo salientar que, à data dos factos, não estava ainda em vigor o Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939, relativo ao penhor sem entrega em garantia de créditos de estabelecimentos bancários) e do STJ de 26/6/1953, in *BMJ* n.º 37, 1953, pág. 423 e segs. (o penhor em questão não havia sido celebrado em garantia de nenhum crédito bancário e, por isso, encontrava-se sujeito ao regime geral).

<sup>938</sup> A este respeito, Pace, *ob. cit.*, págs. 21 e 22, nota 36, noticia a existência de decisões judiciais declarando a invalidade de um penhor em que os bens empenhados tenham sido entregues a um terceiro parente próximo do devedor e que com ele habitava (tendo aquele consentido que este continuasse a usá-los na sua actividade profissional), bem como do penhor constituído pelo marido em favor da mulher sobre máquinas de aquele era proprietário, ainda que tais bens tenham sido entregues a um terceiro para que a custodie (uma vez que o marido empenhante continuou com a possibilidade de as usar, ainda que impedido de as mover ou de delas dispor).

<sup>939</sup> Neste sentido, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 231 e 232, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, pág. 101, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 220 (acrescentando que esta exigência não é afastável por vontade das partes, na medida em que se destina a tutelar os interesses de terceiros), Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 76, nota 4, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 658 e Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 691 (concluindo, por isso, que o terceiro deverá ser alguém estranho ao devedor) e, entre nós, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 89 (aludindo à necessidade de o terceiro “*ser um elemento estranho ao devedor, procurando-se, assim, garantir que ocorra a efectiva indisponibilização do bem empenhado*”). Num caso curioso retirado da jurisprudência francesa relatado por Guillouard, *ob. cit.*, págs. 117 a 118, o bem empenhado havia sido entregue a terceiro, mas o edifício onde deveria ser depositado pelo terceiro era propriedade do devedor, embora arrendado ao terceiro por contrato anterior à convenção pignoratícia (o aresto validou este penhor e o Autor citado aplaude esta decisão, argumentando que o terceiro deverá ser considerado possuidor do bem em virtude do contrato de arrendamento já vigente à data da constituição do penhor. No entanto, não deixa de chamar a atenção para a necessidade de verificar se estas convenções – nomeadamente o contrato de arrendamento e o desapossamento do devedor - não são fraudulentas).

<sup>940</sup> Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 90.

credor e o outro o próprio devedor)<sup>941</sup> ou, noutra ordem de considerações, quando os bens empenhados permaneçam num local propriedade do devedor, mas sob a guarda de um terceiro depositário.<sup>942</sup>

Conforme exposto anteriormente, aquando da análise da *traditio brevi manu*, nada impede que o terceiro designado para custodiar o bem onerado já se encontrasse em poder do bem onerado.

Mas também poderá suceder que, encontrando-se o bem empenhado em poder de um terceiro, o constituinte e o credor pignoratício convençionem que a entrega seja feita a este último.<sup>943</sup>

Apesar de a nossa lei, ao contrário de outras,<sup>944</sup> não o dizer expressamente, o terceiro deverá ser designado por acordo das partes no contrato de penhor<sup>945</sup> (muito embora não seja de exigir nenhuma formalização escrita de tal pacto<sup>946</sup>) e não por imposição unilateral de uma das partes,<sup>947</sup> por decisão judicial<sup>948</sup> ou por determinação

---

<sup>941</sup> É o caso relatado no Acórdão da 5.ª Vara do Porto de 11/1/1936 (in Revista dos Tribunais, n.º 54, 1936, pág. 173 e segs.) no qual se julgou válido um penhor em que os bens empenhados foram entregues, em conjunto, a dois depositários, sendo um nomeado pelo credor pignoratício e o outro o próprio devedor, mesmo que este tenha movimentados os ditos bens e que estes se tivessem mantido nos seus armazéns (argumentando que a nomeação de um depositário por parte do credor garante a validade do penhor, ao impedir que o objecto permanecesse no poder exclusivo do proprietário; por outro lado, apesar do direito que assistia ao proprietário de movimentar o vinho dado em penhor – mas não de o retirar do armazém, por força de uma proibição legal relativa à comercialização do vinho empenhado -, que tal poder apenas poderia ser exercido, nos termos do contrato, enquanto não prejudicasse o penhor; e, por último, que o próprio devedor havia reconhecido a obrigação de não dispor dos bens empenhados sem o consentimento do credor e sob a fiscalização deste).

<sup>942</sup> Hipótese analisada no Acórdão do STJ de 19/7/1957 (in BMJ n.º 69, 1957, pág. 654 e segs.), concluindo-se pela validade deste penhor, sobretudo tendo em conta que, apesar de os bens continuarem na sede da devedora, não poderiam ser dali retirados sem o consentimento do credor e, por outro lado, asseverando que “*Entrega não importa necessariamente deslocação da coisa. Esta pode continuar no mesmo lugar, desde que passe para a guarda e poder de quem a recebe*”. Pace, ob. cit., págs. 21 e 22, nota 36, dá conta de decisões judiciais italianas negando a validade de um penhor quando tivesse sido designado um terceiro, mas em que o bem tenha permanecido no estabelecimento do devedor e à disposição deste (quando houvessem sido entregues a terceiro as chaves do imóvel onde se encontravam os bens empenhados e no qual o devedor exercia a sua actividade comercial e às quais continuava a poder aceder).

<sup>943</sup> Como bem nota Puig Brutau, ob. cit., pág. 29, bastando, em tal caso, que o terceiro entregue a coisa ao credor pignoratício. Na situação inversa, isto é, quando o penhor se constitua por meio da entrega ao credor e este pretenda, posteriormente, colocá-la em poder de terceiro, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 128, entende não lhe será lícito fazê-lo sem o consentimento do constituinte (devendo, se o fizer, recuperar a coisa e indemnizar o terceiro e o proprietário pelos danos que lhes tenha causado), salvo ocorrendo uma justa causa para colocar a coisa nas mãos do terceiro, mas, mesmo nesta hipótese, o credor deverá procurar obter o acordo do constituinte sobre a pessoa do terceiro ou, se tal não for possível, obter autorização judicial para o efeito.

<sup>944</sup> Cfr., por exemplo, os art.ºs 2076.º do CCF, anterior versão, e 2786.º, n.º 2, do CCI.

<sup>945</sup> Vide, entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 89 e 90, reconhecendo a licitude da atribuição da uma das partes do contrato da faculdade de designação do terceiro).

<sup>946</sup> Do mesmo modo para o direito italiano, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 191e Rubino, Il pegno cit., pág. 221 e, para o direito francês, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 78.

<sup>947</sup> Contra, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 79, embora com reservas e apenas em casos contados, admitem a nomeação por acto unilateral do credor.

<sup>948</sup> Admitem a nomeação judicial do terceiro encarregue da conservação do bem, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 79, apontando como exemplo a situação em que o constituinte se recuse a entregar a coisa e o juiz, em vez de ordenar a entrega ao credor, entenda mais oportuno determinar a entrega a um terceiro; quando o credor pignoratício perca a posse da coisa e, na sequência de uma acção de recuperação da posse, requeira o arresto da mesma; e a possibilidade de sequestro judicial da coisa em caso de abuso por parte do credor (cfr. art.º 2793 do CCI). Admitem também a designação judicial do terceiro depositário Realmonde, Il pegno cit., pág. 658 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 89 e 90.

legal,<sup>949</sup> tendo em conta a confiança que ambos os contraentes deverão ter na pessoa do terceiro.<sup>950</sup>

No entanto, não parece imperioso que o terceiro seja parte no negócio de constituição da garantia (nem tão pouco no eventual acordo separado que proceda à sua designação), embora tal aceitação (que não carece de ser contemporânea daquele acordo) condicione a produção de efeitos daquela convenção.<sup>951</sup>

Pese embora o credor careça do consentimento do devedor para a designação do terceiro, poder-se-á considerar este último como mandatário que possuirá em nome do credor, uma vez que não fora a sua nomeação, a posse seria atribuída ao titular do direito de garantia.<sup>952</sup>

Sendo o bem entregue ao terceiro, apenas sobre este – e não já sobre o credor pignoratício – passa a impender a responsabilidade pela conservação da coisa empenhada, porquanto esta obrigação pressupõe a disponibilidade material do bem.<sup>953</sup>

Tendo o carácter sucedâneo de entrega a terceiro, relativamente à colocação do bem nas mãos do credor pignoratício, bem como as obrigações que sobre ele impendem, aquele não poderá restituir objecto da garantia ao devedor sem o consentimento do segundo, excepto em caso de extinção do penhor.<sup>954</sup>

Noutros termos, a tarefa desempenhada pelo terceiro cessa com a entrega do bem ao constituinte (no caso de este cumprir integralmente a obrigação garantida, pois antes disso tal devolução apenas poderá ter lugar com o consentimento do credor) ou ao

---

<sup>949</sup> Assim, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 122, aludindo à existência de “terceiros reconhecidos por lei” e apontando como exemplo o caso das mercadorias depositadas nos armazéns gerais ou do pagamento com sub-rogação no caso de o crédito se encontrar garantido por penhor (hipótese em que o credor satisfeito permanece como terceiro detentor *ex lege* sempre que o constituinte se negue a dar o seu consentimento à transferência da detenção).

<sup>950</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 221, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, pág. 107 (sublinhando ainda este último que, em caso de desaparecimento, falecimento ou declaração de insolvência do terceiro, as partes terão de designar outro sujeito para aquelas funções, sob pena de o penhor ficar sem efeitos) e Guillouard, *ob. cit.*, págs. 116 e 117 (considerando que não basta a detenção material do bem pelo terceiro, sendo ainda exigível que essa detenção ocorra por força de uma convenção entre devedor e credor pignoratícios – pois, até essa data, possuirá a coisa por conta de quem lha tenha entregue).

<sup>951</sup> De acordo com Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 495, “*la perfección del contrato celebrado entre deudor y acreedor pignoratício no se produce hasta que se pone al tercero designado en posesión de la cosa dada en garantía*” e desde que este último aceite recebê-la (sendo que tal aceitação – que não carece de forma especial – pode ser contemporânea do contrato de penhor ou, pelo contrário, ser posterior a este). Reconhecem que o terceiro não é (ou não tem que ser) parte no contrato de penhor, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 92, Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 78 (apesar de constatar que, normalmente, esse acordo é contemporâneo do contrato de penhor, destaca a sua independência face a este e, por isso, remata que nada parece impedir a sua estipulação em momento posterior e em documento diverso), Guillouard, *ob. cit.*, pág. 117 (sustentando que este acordo de designação do terceiro poderá ser celebrado unicamente entre o credor e o devedor, sem necessidade do concurso da vontade daquele terceiro, funcionando este como agente de execução daquele acordo, muito embora reconheça a necessidade, para a produção de efeitos desse acordo, da entrega do objecto ao terceiro ou – caso este já se encontre em seu poder – que lhe seja notificada a mencionada convenção, assim evitando a devolução do bem ao devedor) e Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, págs. 104 e 105 (exigindo, porém, o acordo do terceiro para que a convenção produza os efeitos a que se destina, requerendo que este possua, para o efeito, capacidade para se obrigar).

<sup>952</sup> Troplong, *ob. cit.*, pág. 106 e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 233.

<sup>953</sup> Acerca deste aspecto, vide *infra* n.º 9.2.3 do Capítulo I.

<sup>954</sup> Como bem nota Joaquim Bastos, *ob. cit.*, pág. 51.

credor pignoratício (em caso de incumprimento daquela obrigação, pois antes disso apenas o poderá fazer com o consentimento do constituinte).<sup>955</sup>

Antes disso, o terceiro poderá cessar as suas funções invocando justa causa, desde que dê conhecimento de tal facto às partes no contrato de garantia, de modo a que estes acordem a qual deles deverá ser entregue o bem<sup>956</sup> (na falta de acordo, restar-lhe-á, porventura, consignar o bem em depósito).

Esta modalidade de constituição do penhor apresenta diversas vantagens,<sup>957</sup> algumas para o credor, que assim se desobriga dos deveres de conservação do bem empenhado a que normalmente se encontra adstrito, outras para o devedor, que assim vê diminuir o risco de actos de deterioração ou de disposição do bem dado em garantia por parte de quem tenha o poder de facto sobre ele.

Para além disso e no interesse de ambos, a entrega a terceiro permite que, durante a vigência da garantia, a conservação do bem empenhado seja confiada a um sujeito muitas vezes mais qualificado para o efeito que o credor e até que o próprio empenhante.<sup>958</sup>

Outra vantagem, não menos relevante, relaciona-se com a viabilidade de o devedor conceder vários penhores, mesmo com desapossamento efectivo do devedor,<sup>959</sup> sobre o mesmo objecto, a favor de diversos credores,<sup>960</sup> exercendo o terceiro as suas funções no interesse colectivo de todos os credores pignoratícios:<sup>961</sup> desta forma, será possível que o credor e o constituinte acordem na nomeação de um terceiro para se ocupar da custódia do bem onerado e, posteriormente, seja constituído um outro penhor, bastando para tal que este segundo credor e o constituinte acordem na designação do mesmo terceiro, e este aceite guardar o bem também por conta do novo credor.<sup>962</sup>

---

<sup>955</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 92, depois de realçar que o terceiro não é parte no contrato de penhor, defende que a restituição do bem deve ser efectuada a quem esta garantia determina, o que significa que, salvo acordo em contrário dos signatários do penhor, será devolvida ao credor pignoratício

<sup>956</sup> Neste sentido, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 129 e 130, acrescentando que, na falta de acordo, o terceiro pode solicitar a consignação judicial do bem, assim como, em caso de manifesta urgência, entregar imediatamente o bem ao credor ou ao constituinte.

<sup>957</sup> Realçam estas vantagens, entre outros, Guillouard, ob. cit., pág. 116, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 79 e 80, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 103, Aynés e Crocq, ob. cit., pág. 203, Weil, ob. cit., págs. 84 e 85, Giuseppe Portale, ob. cit., págs. 876 e 877 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 495.

<sup>958</sup> Refere esta vantagem Giuseppe Portale, ob. cit., págs. 876 e 877 (acrescentando uma outra relativa à possibilidade de manutenção do gozo do bem por parte de quem já o detinha ou possuía a outro título).

<sup>959</sup> Claro que, permanecendo o bem em poder do constituinte da garantia, não existe obstáculo de maior à constituição de mais de um penhor sobre tal coisa – constata isto mesmo Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 561, acrescentando que o mesmo se passa em caso de constituição de um penhor legal sobre uma coisa previamente onerada com um penhor convencional.

<sup>960</sup> Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 170, recusa a viabilidade de empenhar o mesmo bem ou direito em garantia de obrigações diferentes cujo credor seja o mesmo, alegando que, se assim fosse, violar-se-iam os princípios da acessoriedade e da especialidade.

<sup>961</sup> Salientam este aspecto e a possibilidade de, assim, o mesmo bem poder garantir diversas dívidas Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 232, acrescentando que, se assim não fosse, ou seja, se cada objecto apenas pudesse ser empenhado uma vez a favor de um determinado credor, isso conduziria a uma restrição ao uso do património mobiliário do devedor como modo de obtenção futura de crédito, ao contrário do que sucede, por exemplo, com as hipotecas (por outro lado, cumpre esclarecer que a preferência entre os diversos credores pignoratícios será determinada pela data, não da colocação do bem na posse de terceiro, mas sim da data em que este aceite a sua designação).

<sup>962</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 500, acrescentando que o poderá mesmo suceder que os dois penhores se constituam, não sucessivamente, mas contemporaneamente, com a única *nuance* de a designação do terceiro ter que merecer o acordo dos dois credores e do empenhante.



Assim e apesar de a generalidade das legislações<sup>963</sup> serem omissas quanto à admissibilidade de constituição de múltiplos penhores sobre o mesmo bem,<sup>964</sup> a entrega a terceiro acaba por facilitar que o mesmo bem possa ser sucessivamente onerado a favor de sujeitos distintos.<sup>965</sup>

Todavia, o credor pignoratício pode assumir o papel de terceiro, relativamente a um penhor constituído posteriormente ao seu, pelo que a remissão do bem a terceiro não se apresenta absolutamente indispensável para a constituição plúrima de garantias desta índole sobre o mesmo objecto, sendo esta igualmente compatível com a entrega ao credor pignoratício<sup>966</sup> (e até com a composses), especialmente quando este já detivesse o bem a outro título.

---

<sup>963</sup> Enrico Poggi, ob. cit., pág. 433 e segs., alerta para o facto de os códigos suíço e alemão consagrarem a possibilidade de diversos penhores sobre o mesmo bem. O primeiro estabelecia que o direito de penhor posterior se constituía através de notificação escrita ao primeiro credor pignoratício, com a advertência de restituir o bem empenhado, após a satisfação do seu crédito, ao credor pignoratício seguinte (norma esta interpretada pelo Autor como consagrando o nascimento do penhor desde a data da notificação e, excepcionalmente, sem necessidade de transferência da posse do bem) e, para o penhor de créditos, determinava que a dação em penhor de um crédito previamente empenhado exigia a notificação – por parte do titular do crédito ou do novo credor pignoratício - ao credor pignoratício anterior: em qualquer dos casos, os credores seriam pagos de acordo com o seu grau, coincidindo este com a data de constituição de cada uma das garantias. Já o BGB, apesar de não ser tão explícito no reconhecimento, o mesmo retira-se de inúmeros preceitos (*maxime* o §909 – ao estabelecer que, para avaliar a hierarquia dos direitos de penhor, é também decisivo o momento da constituição, ainda que destinado a garantir um crédito futuro ou condicional, preceito que, naturalmente, seria privado de significado caso sobre cada bem se pudesse constituir um único direito de penhor - , o §1232 – nos termos do qual o credor pignoratício não está obrigado a entregar, para efeitos de proceder à respectiva venda, a coisa a um outro credor pignoratício de grau inferior e, se não estiver na posse da coisa e desde que não proceda ele mesmo à venda, não se pode opor à venda efectuada por outro credor pignoratício de grau inferior - e o §1205, n.º 2 – ao estabelecer que a entrega de uma coisa existente na posse indirecta do proprietário pode ser substituída, de modo que o proprietário transfira a posse indirecta para o credor pignoratício e a dação em penhor seja notificada ao possuidor). Com base neste último preceito do BGB (conjugado com o §868, nos termos do qual se alguém possui uma coisa como credor pignoratício e tem perante outrem o direito ou dever de possuir, esse outro é igualmente considerado possuidor), o Autor citado conclui que “*essendo il primo creditore pignoratizio possessore immediato della cosa e il costituente possessore mediato, quest’ultimo trasferendo il possesso mediato al secondo creditore potrebbe porre costui nella condizione voluta dal §1205 per la costituzione del pegno anche a di lui favore. Si avrebbero quindi sulla cosa un possesso immediato (del primo creditore pignoratizio) e due possessi mediati, del proprietario costituente, come tale, e del secondo creditore pignoratizio, per l’investidura datagliene da quello a titolo di pegno*”.

<sup>964</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 233, admite expressamente que se possam constituir diversos penhores a favor de diferentes credores do empenhante, bem como de diversos créditos do mesmo credor.

<sup>965</sup> Realçam este aspecto Mirabelli, ob. cit., pág. 405 e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit. pág. 1876 (destacando este último que esta constituição de múltiplos penhores sobre o mesmo bem pode ser simultânea ou sucessiva, embora subsista a necessidade de acordo entre o constituinte e os diversos credores relativamente à designação da pessoa encarregue da custódia do bem onerado, assim como acerca da ordem de preferência entre os diversos credores, tendo em conta que a execução do penhor por parte do primeiro deles originará o desaparecimento da garantia dos demais).

<sup>966</sup> Desde que, como salienta Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 496, o primeiro credor pignoratício aceite desempenhar tal incumbência em nome dos seguintes credores pignoratícios. Também Bustos Pueche, ob. cit., págs. 554 e 555 (que admite em termos amplíssimos a possibilidade de constituição de mais de um penhor sobre o mesmo bem, ainda que sem o recurso à figura do terceiro depositário, por entender que o constituinte, ao conceder o primeiro penhor, não perde a livre disposição jurídica – apenas a disposição material – do bem, reforçando o seu raciocínio com o facto de, aos olhos da lei, o desapossamento nem sempre exigir a entrega do bem ao credor, na medida em que é admissível a entrega a terceiro), Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 79 e Guillouard, ob. cit., pág. 120, evidenciam como a entrega ao credor não impossibilita a constituição futura de outros penhores sobre o dito bem, desde que o primeiro credor pignoratício consinta em possuir o objecto da sua garantia também em favor dos

Por ser assim e inversamente, a entrega do bem a terceiro não pressupõe necessariamente a existência de mais de um credor pignoratício, não sendo, por isso, o único fundamento para a constituição de mais do que um penhor sobre o mesmo bem.<sup>967</sup>

Não falta, porém, quem advogue o carácter imprescindível da designação de um terceiro quando os créditos, para além dos credores, sejam diversos, contrapondo tratar-se de uma mera possibilidade no caso de o penhor respeitar a um ou vários titulares do mesmo crédito.<sup>968</sup>

Esta mesma posição distingue, ainda, o caso de dação em penhor originária, da mesma coisa, em favor de vários credores (reputando de indispensável a nomeação de um terceiro)<sup>969</sup> “*perchè il compossesso dei diversi creditori non potrebbe giuridicamente esercitarsi né avrebbe quella necessaria evidenza che è nella ragione stessa della legge*”),<sup>970</sup> da eventualidade de, após ter concedido um penhor a favor de um dado

---

posteriores credores (relativamente a estes o credor primogénito desempenharia o papel de terceiro depositário). Se, pelo contrário, o primeiro credor se recusar a desempenhar esta função, não poderá ser forçado a fazê-lo, não podendo o devedor empenhar novamente o bem em causa, uma vez que já não tem a respectiva posse (neste sentido, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 104). Já Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 149 e segs., admite a constituição do segundo penhor mesmo sem a aceitação espontânea do primeiro credor pignoratício (ou do terceiro detentor por conta deste), desde que o segundo credor pignoratício e o devedor intimem o primeiro credor (ou o terceiro), muito embora assegure que esta convenção não obriga o primeiro credor a, uma vez satisfeito o seu crédito, não devolver o bem empenhado ao seu devedor, mas antes ao segundo credor pignoratício (pelo que não poderá ser responsabilizado por este por, extinta a obrigação, devolver o bem ao devedor, seu co-contratante)

<sup>967</sup> Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 87 e segs.. De acordo com este Autor, mesmo que a lei estabelecesse que o bem empenhado teria de ser imperativamente entregue ao credor, nem por isso estaria precluída a possibilidade de dação em penhor do mesmo bem a favor de mais de um credor, pois “*Il possesso si conserva animo tantum e resta fermo a favore del titolare semprechè un altro (...) possieda in suo nome per un titolo certo e valido*”, pelo que, uma vez entregue o bem ao credor se considera constituído o penhor e, havendo futuros credores, desde que todos acordem na designação de quem deverá possuir em nome de todos nada obstará à sua validade (sendo esta uma decisão a que é totalmente alheio o devedor empenhante).

<sup>968</sup> Mais concretamente e de acordo com Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 108 e segs., a nomeação do terceiro será inevitável em caso de “*costituzione separata, cioè quando i crediti, non solo i creditori, siano più di uno; perché, altrimenti, non vi sarebbe la consegna. Chi rappresenta, infatti, il terzo, possessore della cosa pignorata, quando non sia eletto dal debitore e dal creditore? Non altri che lo stesso proprietario, il quale può, ad nutum, esercitare la reivindica. Il pegno è rimasto quindi in potere del debitore*”, bem como quando “*debba sorgere una nuova costituzione di pegno sulla cosa già pignorata e passata in potere del creditore pignoratizio o del terzo. Codesti depositari non possono ulteriormente possedere per conto del novello creditore pignoratizio, se non mediante la elezione del terzo nella persona istessa del precedente depositario; altrimenti la consegna consensuale (unica forma di consegna possibile quando la cosa sia già uscita del potere del debitore) non sarebbe eseguita*”. Conclui, assim o Autor que “*Insomma, la consegna per mezzo del terzo depositario è il mezzo necessario (...) per la costituzione del pegno in favore di più creditori (...) in cui ci sia già una precedente costituzione e si voglia procedere ad un'altra in favore di un creditore sopravvenuto col grado che dipenderà dalle comuni convenzioni. Non certo in quello (...) dello unico credito con molteplici creditori*”.

<sup>969</sup> Podendo, eventualmente, ser suprida pela entrega das chaves do local onde o bem empenhado se encontra depositado ou, em alternativa, pela colocação de uma dupla fechadura no referido local., considerados como mecanismos equiparáveis à tradição material – acerca, em geral, das modalidades alternativas ao desapossamento material do empenhante, vide infra n.º 1 do Capítulo I.

<sup>970</sup> Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 137 e segs.. Segundo este Autor, neste caso “*il possesso di ciascuno esclude la coesistenza del possesso per identico titolo dell'altro. È, in altri termini, la impossibilità giuridica del possesso della stessa cosa da parte di due soggetti i cui titoli abbiano origine e causa diversa, ma tendano allo stesso obbietto: proprietà, usufrutto, pegno, ecc. Ecco come si rende necessario di ricorrere alla ipotesi espressamente prevista del terzo depositario cioè al possesso per rappresentanza*”. Em face do exposto, um dos credores ou um terceiro alheio à relação pignoratícia assume a qualidade de consignatário, sendo apenas a partir da data do documento contendo essa nomeação que a garantia de todos os credores – excluído, eventualmente, aquele que tenha a posse

sujeito, o devedor pretender constituir uma nova garantia a favor de outro credor (hipótese na qual e uma vez que uma nova entrega material se afigura inviável, restará a “*traditio consensual*”, seja através da *traditio brevi manu* – quando a coisa já esteja em poder do adquirente do primeiro credor pignoratício<sup>971</sup> - ou da pura entrega consensual, quando a coisa se encontre, a outro título - depósito, penhor, locação, etc. -, no poder de um terceiro).<sup>972</sup>

---

anterior a essa convenção e venha a ser nomeado depositário - se torna oponível a terceiros (não havendo nenhum acordo acerca da designação do depositário e se um dos credores dispuser já da posse da coisa, apenas em favor dele – e não dos demais – se considera constituída a garantia face a terceiros). Quanto à graduação recíproca dos créditos pignoratícios, o mesmo Autor (cfr. págs. 145 e 146) sugere que cada concorre sobre o preço de venda na proporção dos respectivos créditos, não existindo, por força da indivisibilidade do penhor, nenhuma prioridade a favor de nenhum deles (sem prejuízo de, convencionalmente, tal prioridade poder ser estipulada): todavia, a divisão pode até ser previamente estabelecida, de modo que o penhor onere apenas uma parte da coisa empenhada, pois “*una porzione della cosa può restare nella libera disponibilità del debitore pignoratizio in guisa di poterla vendere o pignorare ancora ad altri. Allorchè queste frazioni si identificano nella costituzione di più pegni, coeva o successiva, si ha, indirettamente, uno spostamento convenzionale dei gradi senza che esso sia espressamente previsto. Il creditore di somma maggiore può concorrere sul ricavato per una proporzione minore (...) estinto per qualsiasi causa il diritto del singolo creditore, gli altri creditori pignorati non accrescano la garanzia a proprio vantaggio, come accade nel pegno indiviso sulla intera cosa; invece, sulla proporzione scoperta concorrono i creditori chirografari*”.

<sup>971</sup> Neste circunstancialismo, a entrega considera-se efectuada no momento em que for prestado o consentimento por parte do primeiro credor pignoratício (assim, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 148), consentimento esse que produzirá o efeito de transformar o primeiro credor num terceiro relativamente ao segundo credor (assim, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 454 e segs., alegando que tal aceitação se deverá presumir quanto o primeiro credor já estivesse, anteriormente ao nascimento do penhor, uma relação de cariz obrigacional que lhe concedesse a detenção do bem: fora estes casos, a aceitação do primeiro credor é obrigatória, não podendo considerar-se um terceiro, “*se non entrando quale parte in una convenzione in cui appaiano, come controparte, il pignorante ed il secondo pignoratario, la cui volontà, previamente concordata, deve incontrarsi con la sua*” e não sendo viável a constituição do penhor através da simples notificação ao primeiro credor. Quando se produza a notificação, esta “*non potrà valere che a costituire sulla cosa il diritto reale, colla limitazione però che il pegno stesso acquisti la sua perfezione, agli effetti del privilegio, solo (...) al momento in cui il primo creditore, aderendo alla notificatagli volontà del pignorante, consegnò la cosa al secondo o continui a tenerla, nonostante la fine del proprio pegno, per conto di esso*”, pelo que, apenas quando a constituição do segundo penhor se processe nestes termos o segundo credor pignoratício disporá de um direito próprio sobre o objecto da garantia, direito esse que lhe permitirá exigir ao primeiro, após a extinção do seu penhor, a entrega da coisa empenhada: se assim não for, o segundo credor será um mero cessionário do empenhante na pretensão de restituição do bem empenhado, podendo o primeiro credor opor-lhe todas as excepções de que dispunha relativamente ao seu primeiro credor). Este último Autor rebate ainda as acusações de quem considera que, deste modo, se transforma degrada a situação dos credores quirografários, contrapondo que se mantém intacta a propriedade do devedor sobre o bem empenhado e que “*ali ostacoli di fatto a successivi atti di disposizione non costituiscono il contenuto di una legittima pretesa dei creditori chirografari*”, assegurando-se a defesa destes últimos através do desapossamento originário do devedor, não sendo necessária “*che il secondo pegno sia accompagnato da un fatto materiale che lo esteriorizzi estensibilmente giacchè coll'originario spossessamento essi sono per sempre messi in guardia dal pericolo di considerare presente nel patrimonio del debitore quel valore ormai da lui alienato*”.

<sup>972</sup> Neste caso, o consenso postula necessariamente a intervenção do terceiro, sem a qual a garantia não poderá ser oposta aos demais credores (Francesco Pellegrini, ob. cit., págs. 148 e 149), muito embora se possa presumir tal consentimento quando o terceiro tenha sido designado por força de um seu anterior relacionamento com o devedor, com base no qual fosse já o detentor do bem (neste sentido, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 455 e segs., rematando ser suficiente, em ordem à constituição do penhor, a notificação do terceiro). Por seu turno, será dispensável a intervenção (e o consentimento) do primeiro credor, bastando que “*pignorante e secondo creditore esprimano in confronto del terzo consenziente la volontà che esso tenga la cosa anche in funzione del secondo pegno, cio che integrerà, in un certo senso, una nuova consegna della cosa stessa*” (assim, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 454 e segs.). Em face do direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 171 e 172, esclarece que a constituição posterior de um segundo penhor sobre o mesmo bem (*in casu*, sobre acções nominativas e salva a impossibilidade de, se a

Em nosso entender e conforme afirmado anteriormente, a constituição de diversos penhores sobre o mesmo bem, a favor de diversos credores (e em garantia de diversos créditos) poderá processar-se mediante a entrega a um deles desde que, no momento originário do surgimento de todas eles ou, posteriormente, aquando do nascimento das novas garantias, exista um acordo relativamente à escolha do credor receptor da coisa: em qualquer dos casos, verifica-se a entrega do bem ao (a um) credor e a retirada da disponibilidade do bem ao empenhante.

Apenas no caso de, anteriormente à constituição da garantia, o bem se encontrar em poder do terceiro a outro título se afigura indispensável, não tanto que o bem onerado permaneça em seu poder (uma vez que este pode aceder a desfazer-se da sua detenção, por exemplo em benefício do credor pignoratício), mas a obtenção do seu consentimento para a constituição da garantia originária ou de uma sucessiva (sendo que, nesta última hipótese, não será forçosa a concordância do primeiro credor pignoratício), podendo o *quid* onerado permanecer em poder do terceiro ou, com a concordância deste e dos diversos credores, passar para as mãos de um destes.

Também na óptica da determinação do objecto onerado e quando se verifique a constituição contemporânea de dois ou mais penhores, podemos operar uma outra distinção, consoante a massa de credores se apresente unificada ou, ao invés, o empenhante tenha diante de si cada um dos diversos credores.<sup>973</sup>

Uma vez admitida a pluralidade de penhores (sucessivamente constituídos) sobre o mesmo bem, cumpre determinar qual a graduação recíproca entre eles, surgindo a regra da prioridade temporal como a mais plausível, embora se afiance a possibilidade da sua derrogação por vontade das partes.<sup>974</sup>

---

primeira garantia se tiver constituído de acordo com as regras cambiárias, a segunda não o poder ser, uma vez que não poderá haver posteriores endossos em garantia) não requer o consentimento do primeiro credor pignoratício, dependendo apenas do acordo das partes nesse segundo contrato (mais especificamente, “*si el título, se hallase en poder de un tercero, éste pasaría a poseer en interés también del nuevo acreedor pignoratício; si él título, en cambio, se encontrase en posesión del primer acreedor pignoratício, éste tendría además la condición de tercero a efectos del traslado posesorio en la constitución de la ulterior prenda*”).

<sup>973</sup> Opera esta distinção Enrico Poggi, ob. cit., pág. 450 e segs.. De acordo com este Autor, no primeiro caso “*è come se egli impegnasse a ciascuno una quota della cosa proporzionale al credito; si avrà in sostanza una comunione di pegno per parti indivise*”. Já no segundo, o empenhante pode pretender vincular a favor de cada um dos credores uma parte ou a totalidade do bem: se pretender empenhar apenas uma parte, os diversos penhores não têm o mesmo objecto, não existindo, deste modo, possibilidade de conflito e dispondo cada um dos credores do direito de alienação da respectiva quota; conflito este que se poderá verificar se for empenhada totalidade do valor do bem e que será resolvido de forma a que cada um dos credores pode satisfazer-se sobre “*una quota che stia al valore totale della cosa comé l'importo del credito di ciascuno sta all'ammontare complessivo di tutti i crediti*”, excepto se outra graduação for convencionalmente acordada (em caso de dúvida, o Autor sustenta que deverá presumir-se estarmos perante um penhor de quotas do bem empenhado).

<sup>974</sup> É a posição de Enrico Poggi, ob. cit., págs. 459 e 460, para quem a regra será a da prioridade temporal da constituição (mesmo quando estejam em causa penhores constituídos em garantia de créditos futuros ou condicionais, tendo em conta que “*importando la costituzione del pegno l'assoggettamento materiale della cosa al potere del creditore, la volontà di obbligare ex tunc la cosa medesima viene perciò stessamente e positivamente dimostrata*”), salva a legitimidade de o empenhante, ao constituir o primeiro penhor, se reservar a possibilidade de constituir um segundo penhor com preferência sobre aquele (mesmo admitindo que, neste caso, se faz depender de uma condição a maior ou menor consistência económica do direito constituído, pois tal condição “*è potestativa ma non tale da inficiare senz'altro la convenzione, una volta che il pegno conserva sempre la sua consistenza giuridica ed economica qualunque sia il suo rango. Pertanto la possibilità della convenzione discende dal principio della libertà contrattuale*”).

A posição de supremacia de que goze um determinado credor pignoratício, em sede de concurso com outros credores da mesma igualha, projecta-se igualmente no domínio da legitimidade para a alienação do objecto da garantia.<sup>975</sup>

Seja ou não o modo exclusivo de criação de vários penhores sobre o mesmo bem, a realidade atesta o recurso frequente à designação de um terceiro para conservar o bem onerado, designadamente no âmbito do depósito das mercadorias empenhadas em armazéns gerais (desempenhando os proprietários destes o papel de terceiros detentores em nome dos credores), complementando-se o funcionamento da garantia mediante a emissão de um documento que incorpora um penhor (*warrant*<sup>976</sup> ou cautela de penhor):<sup>977</sup> deparamo-nos com penhores desta índole no nosso Código Comercial<sup>978</sup> e

---

<sup>975</sup> Neste sentido, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 460 e segs., na esteira do direito alemão (cfr. o §1232 do BGB), atribui primazia ao primeiro credor pignoratício, advogando que lhe assiste (caso o bem empenhado não esteja na sua posse ou na sua posse exclusiva) o direito de exigir a entrega do bem empenhado a fim de proceder à dita alienação (pelo contrário, os credores de grau posterior apenas poderão proceder à venda quando o credor preferente não o faça). O Autor justifica esta posição de supremacia do direito substantivamente preferente, também em sede processual, com a faculdade deste credor de reter o bem empenhado até à sua completa satisfação, com a consequência de “*il secondo creditore dovrà sempre attendere che sia venuto a scadenza il credito del primo, anche se sia da tempo scaduto il suo*” (sem que tal signifique uma sujeição do segundo credor ao livre arbítrio do primeiro, na medida em que aquele poderia recorrer a tribunal para resolução do conflito, especialmente quando o bem se encontrasse em poder do primeiro credor pois este, ao consentir no segundo penhor, implicitamente aceitaria que este deveria ter a sua normal execução), assistindo, por outro lado, ao segundo credor o direito de requerer judicialmente a venda em caso de inércia do credor preferente quando ambos os créditos se encontrem vencidos (já na eventualidade de o primeiro credor exercer o direito de venda quando o seu crédito se encontre vencido mas o segundo não, “*il sopravanzo o resterà presso il primo nella sua qualità di terzo di fronte al secondo pegno, convertito in un pegno proprio di denaro, o sarà rimesso al secondo creditore per costituire a suo favore un pegno irregolare: è possibile inoltre che sia rimesso al secondo creditore per essere imputato al suo credito*”).

<sup>976</sup> Não confundir, porém, esta figura com a dos *warrants* autónomos (cujo regime consta do Decreto-Lei n.º 172/99, de 20 de Maio, republicado pelo Decreto-Lei n.º 70/2004, de 25 de Março), cujo objecto é conferir, relativamente a um activo subjacente, o direito a subscrever, a adquirir ou a alienar o activo subjacente, mediante um preço, no prazo e demais condições estabelecidas na deliberação de emissão ou, ainda, o direito a exigir a diferença entre um valor do activo subjacente fixado na deliberação de emissão e o preço desse activo no momento do exercício e que são qualificados por lei como valores mobiliários, com a consequente aplicação subsidiária do regime consagrado para estes – cfr. art.º 2.º, n.º 1, alíneas a) e b).

<sup>977</sup> Em termos simplificados, estes armazéns recebem as mercadorias e emitem um título duplo (recibo-*warrant*), representativo desses bens, podendo cada um deles ser transmitidos conjunta ou separadamente. Através do endosso do *warrant*, depois de destacado este do título, e transcrevendo esse primeiro endosso no registo do armazém geral, o depositante constitui um penhor a favor do endossatário para garantir o crédito constante do *warrant*. O armazém geral apenas entregará as mercadorias ao portador do recibo se este tiver previamente pago ao portador do *warrant* – vide, por todos, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, págs. 536 e 537 e Théry, ob. cit., pág. 299.

<sup>978</sup> Cfr. art.º 408.º e segs. do Código Comercial (para o qual remete o art.º 398.º, § único, n.º 3 do mesmo Código), distinguindo entre o conhecimento de depósito e o *warrant*, em especial o art.º 411.º, nos termos do qual a transmissão de ambos os títulos resulta na transmissão das mercadorias depositadas; a transmissão apenas do conhecimento produz a transferência da propriedade das mesmas – com ressalva do direito do credor pignoratício – e o endosso apenas do *warrant* confere ao endossatário o direito de se pagar sobre o produto da venda dos bens armazenados. Normalmente, a constituição do penhor sobre estas mercadorias processar-se-á da seguinte forma: o proprietário das mercadorias depositadas destaca o *warrant* do conhecimento de depósito e, com o primeiro endosso – do qual deverá constar a importância do crédito garantido, a taxa de juros e a respectiva data de vencimento, devendo ainda o endosso ser transcrito no conhecimento de depósito e transcrição assinada pelo endossado (art.º 412.º) -, cria um novo título de crédito, transmissível por via de endosso, não podendo, a partir dessa data, o depositário entregar os bens ao seu proprietário sem que antes seja satisfeito o credor pignoratício portador do *warrant* (sobre esta matéria, vide Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, págs. 286 e 287).

em diversos diplomas avulsos),<sup>979</sup> assim como nas codificações de outros países, nomeadamente França<sup>980</sup> Espanha.<sup>981</sup>

<sup>979</sup> Sem qualquer pretensão exaustiva, podem enumerar-se o Decreto-Lei n.º 43102, de 3 de Agosto de 1960, complementado pelo Decreto-Lei n.º 401/70, de 21 de Agosto (atribui à Junta Nacional das Frutas a faculdade de instituir o regime de armazéns gerais para abranger as mercadorias da produção industrial das actividades sujeitas à sua disciplina), no Decreto-Lei n.º 47169, de 27 de Agosto de 1966, complementado pelo Decreto-Lei n.º 48043, de 17 de Novembro de 1967 (autorizando a Federação Nacional dos Produtores de Trigo a emitir e descontar cautelas de penhor - *warrants* - com garantia dos cereais, sementes de forragens ou quaisquer outros produtos, de produção continental, ultramarinos ou exóticos, depositados pela Federação nos seus celeiros, silos ou armazéns, constituídos, para o efeito, em armazéns gerais agrícolas), na Lei n.º 8/70, de 18 de Junho (que autoriza as federações dos grémios da lavoura, os organismos de coordenação económica e os grémios da lavoura dos Açores e da Madeira a emitir e descontar em instituições de crédito cautelas de penhor - *warrants* - e a dar como garantia os produtos agrícolas, florestais ou pecuários, originários, em via de transformação ou já transformados, depositados nos grémios da lavoura e cooperativas agrícolas da sua área), no Decreto-Lei n.º 195/70, de 4 de Maio (institui o sistema de depósito em regime de armazéns gerais para vinhos comuns, vinhos especiais e aguardentes víquicas, sujeitos a estágio para envelhecimento). O modelo das cautelas de penhor - *warrants* - e dos respectivos conhecimentos de depósito para desconto em instituições de crédito, bem como as normas reguladoras da verificação dos armazéns e da fiscalização técnica dos produtos foram aprovadas pela Portaria n.º 539/70, de 26 de Outubro (os modelos especiais dos conhecimentos de depósito e de cautelas de penhor para operações de crédito sobre produtos víquicos depositados em regime de armazéns gerais e as condições de segurança e apetrechamento das adegas ou armazéns destinados à recolha dos produtos para depósito em regime de armazéns gerais constam do Despacho n.º 69/71, de 23 de Março, alterado pela Declaração n.º 94/71, de 22 de Abril). Importa, todavia, salientar, na esteira de Galvão Teles, Anotação cit., pág. 215, que os *warrants* podem igualmente dizer respeito a bens que se conservem em poder do seu dono, constituindo analogamente um título de crédito ao portador (como tal livremente circulável através de endosso) e um penhor estabelecido em garantia do mesmo, sobre bens que não saem das mãos do proprietário. Inversamente e como constata Troplong, ob. cit., pág. 92, os bens empenhados poderão igualmente ser depositados num local pertença do credor ou por este arrendado, caso em que estaremos perante uma constituição de penhor através de depósito, mas sem necessidade de recurso a um terceiro (no mesmo sentido Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., págs. 535 e 536).

<sup>980</sup> Como em França, onde já Troplong, ob. cit., pág. 92, dava conta do depósito das mercadorias empenhadas em depósitos públicos, desde que ficasse estabelecido que apenas o credor pignoratício teria o direito de dispor das mesmas. Actualmente, o regime dos armazéns gerais, nomeadamente no que concerne à possibilidade de negociarem *warrants* que representem as mercadorias que neles depositadas consta dos art.ºs L522-1 e segs. do Code de Commerce (vide infra n.º 1.2.2 do Capítulo II).

<sup>981</sup> Tomillo Urbina, ob. cit., pág. 539 e segs., realça a natureza “*essencial y exclusivamente pignoratícia*” deste título, uma vez que a relação jurídica de depósito em armazéns gerais se materializa num suporte documental divisível em três partes: a matriz (que ficará sempre em poder do depositário), o resguardo de depósito (“*título apto para transmitir, en determinadas condiciones, la propiedad de las mercancías depositadas sobre las que se ha constituido el gravamen pignoratício*”) e o resguardo de garantia ou *warrant* (“*por cuya transmisión se constituye prenda en favor del tenedor del documento sobre los objetos depositados*”). Segundo o Autor, os *warrants* comungam das principais características distintivas dos títulos-valor ou de tradição, quais sejam a legitimação para exercício dos direitos conferida pela posse do título, a literalidade (embora o portador do *warrant* não possa desconhecer a relação de depósito a que se encontram sujeitos os bens onerados, pelo que em caso de perda ou deterioração destes - ou de existência de um ónus anterior sobre o mesmo bem - o credor pignoratício adquirirá, salvo se a perda tenha decorrido de caso de força maior, o direito a uma indemnização pelo valor determinado no contrato) e autonomia: simplesmente, uma vez que o *warrant* possui unicamente uma função de garantia, não transmitindo a propriedade dos bens (mas apenas a posse mediata dos mesmos), ele incorpora apenas dois direitos: “*un derecho real de garantía constituido sobre las mercancías depositadas, y un derecho personal de crédito frente a los endosantes del documento. Este derecho de crédito cartularizado tiene su origen en la relación subyacente sustentada entre el primer endosante y el primer endossatario (acreedor pignoratício)*”, não consentindo ao seu portador exigir do depositário a entrega das mercadorias, pelo que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, deverá promover a venda judicial daqueles bens. Relativamente às menções, do *warrant* deve constar a indicação do valor pelo qual as mercadorias empenhadas respondem, os juros, a data de vencimento do crédito assegurado – a sua não indicação implica a consideração da dívida como pagável à vista – o lugar do pagamento, as assinaturas do devedor e do credor e, por último, a constatação que a operação foi registada na matriz do contrato e nos livros do

Contudo, na medida em que este título é susceptível de transmissão, poderá questionar-se se o endosso em garantia do *warrant* não constitui uma violação da proibição do sub-penhor.<sup>982</sup>

Importa, todavia, salientar que cumpre verificar se efectivamente o devedor, não obstante a colocação dos bens em poder de terceiros - nestes armazéns ou noutros locais - se mantém privado do poder de disposição relativamente aos bens empenhados.<sup>983</sup>

Outro domínio em floresceu o recurso à figura de um terceiro encarregue da custódia do bem onerado, sobretudo antes da desmaterialização dos valores mobiliários, foi o do penhor de acções.<sup>984</sup>

---

armazém onde os bens foram depositados (a omissão deste último requisito gera a nulidade do título pignoratício). Conforme decorre ao acabado de expor, além das menções que devem ser apostas no título, a função de garantia do *warrant* encontra-se ainda dependente de outros requisitos extra-cartulares, como sejam a inscrição na matriz (funcionando esta como uma base de dados contendo as diversas vicissitudes das operações pignoratícias) e nos livros da entidade depositária (com função idêntica, ao ponto de o Autor questionar a necessidade desta duplicação de formalidades) cabendo a esta última a responsabilidade pelo cumprimento destas formalidades, depois de o registo lhe ter sido solicitado pelos interessados (incumbendo-lhe, neste âmbito, o dever de controlar a regularidade das operações cujo registo é solicitado - e, quando tal não suceda, a recusá-lo - embora este controlo seja mais ténue no caso de operações de dação em penhor, porquanto o armazém depositário não tem nenhuma intervenção nos endossos ordinários efectuados antes ou depois da constituição do penhor, pelo que, nesta hipótese e ao não ser o emissor do título, nenhuma responsabilidade pode ser assacada relativamente à veracidade das declarações cartulares que vinculam unicamente os sujeitos que as tenham apostado). Por último, o Autor aborda a possibilidade de um penhor recair sobre um bem próprio (o chamado penhor de proprietário), que pode decorrer da circunstância de o possuidor de um *warrant* adquirir o resguardo de depósito, considerando que, à partida, tal facto conduzirá à extinção, por confusão, do penhor, mas não inexoravelmente, uma vez que a lei se limita a facultar ao interessado a legitimidade para a solicitar e, assim sendo, “*nada obsta a que el mismo titular pueda optar por que la pignopración agote el período estipulado para su duración al tiempo del libramiento del warrant (...). El endosso ulterior del warrant recrea la vitalidad del crédito pignoraticio cuando la confusión subjetiva acontece con anterioridad al vencimiento del título pues, en tal caso, el pignus in re sua, con ser una situación anómala, lo es sólo con carácter provisorio e temporal*” (pelo contrário, se a confusão se verifica no momento - ou após - o vencimento do *warrant*, a situação é definitiva e irreversível, conduzindo à extinção da garantia). Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 306, realça como caso paradigmático da entrega a terceiros o dos *warrants* emitidos relativamente a mercadorias depositadas nos armazéns gerais e, *de lege ferenda*, recomenda a sua utilização para o penhor de estabelecimento comercial (através da nomeação de um gerente para comandar os respectivos destinos), de determinados equipamentos produtivos (os quais ficariam sob a alçada do dito gerente) e de produtos transportados pelo devedor para fábricas de terceiros para laboração ou transformação (com a advertência que a devolução do bem ao devedor, por parte do terceiro, implica responsabilidade deste pela destruição da garantia).

<sup>982</sup> Tomillo Urbina, ob. cit., pág. 591 e segs., coloca a dúvida nos seguintes termos: “*si el warrant representa la prenda constituida sobre las mercancías, su endosso en garantía sólo podrá ser la prenda de la prenda*”. Todavia, o Autor entende que esta perspectiva é extremamente redutora, porquanto o direito de penhor, apesar de ser a característica mais típica do *warrant*, não esgota o seu conteúdo, na medida em que “*El warrant incorpora dos derechos: un derecho real de garantía, constituido sobre las mercancías depositadas en el almacén general; y un derecho personal de crédito frente al librador y los endosantes sucesivos del título (...). El crédito documentado no tiene por objeto la prenda, sino el derecho - garantizado con prenda sobre las mercancías depositadas - a percibir la cantidad dineraria que el tenedor del resguardo de depósito (obligado principal) adeuda al tenedor del warrant, suma que generalmente vendrá indicada nel título pignoraticio*” (o Autor aduz ainda que à mesma conclusão se chega depois da análise do regime jurídico do *warrant*, do qual decorre que este título “*no atribuye a su tenedor el derecho a obtener la entrega de las mercancías sino el derecho a exigir su ejecución (...). Però, ejecutada la prenda, el derecho al remanente no corresponde al endosante en garantía del warrant sino al tenedor del resguardo de depósito, que podrá ejercitarlo directamente frente al depositario*”).

<sup>983</sup> Julgando não ser bastante a entrega dos bens em armazéns gerais quando o constituinte da garantia mantenha publicamente o direito de neles entrar, Puig Brutau, ob. cit., pág. 30.

<sup>984</sup> Refere este aspecto Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 58 e segs. (e também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 75, salientando que este depósito se faz normalmente em instituições de crédito,

Uma interrogação pertinente prende-se com a qualificação jurídica da situação do terceiro<sup>985</sup> a quem seja entregue a coisa e, concomitantemente, do contrato celebrado com esse sujeito, considerando a doutrina dominante estarmos perante um contrato de depósito,<sup>986</sup> embora mesmo dentro desta corrente de pensamento não exista unanimidade quanto ao enquadramento deste particular depósito em alguma das modalidades que este contrato pode assumir.<sup>987</sup>

---

entregando o devedor ao credor um documento comprovativo do depósito que consente ao seu portador a posterior restituição dos títulos), comparando a hipótese de penhor de ações tituladas à do depósito de mercadorias empenhadas em armazéns gerais e precisando que, também no penhor de ações o credor conserva sempre em seu poder um documento representativo do depósito (contudo, o Autor afirma não se tratar de um verdadeiro depósito, conforme decorre do facto de o próprio CCE prever a possibilidade de em caso de abuso do bem empenhado, por parte do credor ou do terceiro designado, o empenhante poder requer, então sim, o depósito do bem). Todavia, esta alternativa afigura-se mais viável no que respeita às ações nominativas do que às ao portador, uma vez que, nestas últimas, a obrigatoriedade de exibição do título por parte do credor ou do empenhante para o exercício dos direitos sociais inerentes à participação onerada coloca entreves adicionais à operação.

<sup>985</sup> Mirabelli, ob. cit., pág. 404, limita-se a afirmar que o terceiro actua como mandatário das partes.

<sup>986</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1876 (apesar de reconhecer não ser clara a posição do terceiro, conclui que “*su función es semejante a la de un depositario limitándose a custodiar la cosa entregada en garantía hasta el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor o hasta la realización del derecho de prenda (...). Junto al deber de custodia del tercero tiene la obligación general de conservación de la cosa debiendo realizar los gastos necesarios para la misma con derecho a reintegrarse de los efectuados*”), Puig Brutau, ob. cit., pág. 29, Serrano Alonso, ob. cit., pág. 265 (falando do terceiro como uma espécie de depositário, que possui o bem ao serviço do credor pignoratício, o qual possui mediatamente através do depositário), Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2144, Barbara Cusato, ob. cit., págs. 190 e 191 (indicando ser este o entendimento consolidado da jurisprudência desde os anos 70, servindo as normas legais relativas ao depósito para determinar a eventual responsabilidade do terceiro para com o credor), Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 79 e Rubino, Il pegno cit., págs. 220 e 221 – este último, qualifica o contrato com o terceiro como um contrato ordinário de depósito que, se negociado e celebrado apenas por uma das duas partes do contrato de penhor (credor ou empenhador), esse terá a obrigação de agir também em nome do outro (e de dar a conhecer ao terceiro o objectivo prosseguido pelo depósito): não o fazendo, a outra parte no negócio de garantia não será parte na relação de depósito, mas poderá passar a sê-lo, desde que dê a conhecer a sua situação ao depositário, passando este também a responder perante ele pelo dever de conservação do bem (em termos similares, Ciccarello, ob. cit., pág. 691 e Realmonte, Il pegno cit., pág. 658). Menos enfático é Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 498, concluindo, ainda assim, que o terceiro “*se encuentra en una situación de cierta especialidad, pero muy próxima a la del depositario (...). En principio, recibe la cosa y asume la obligación de custodiarla en beneficio del acreedor y del pignorante, cuya voluntad conjunta es necesaria para materializar la transmisión posesoria al tercero. Este, al cumplir la función de guarda y conservación de la cosa mientras no ha vencido la obligación principal garantizada, actúa armonizando los contrapuestos intereses de los otros contraentes (...). Vencida la obligación principal, el tercero (...) deberá cumplir su obligación de restituir, con la particularidad de que el destinatario de tal restitución será bien el propio pignorante, si la deuda fue satisfecha, bien el adjudicatario de la cosa si, incumplida la obligación principal, se realiza la prenda*” (rejeitando, em razão desta dupla responsabilidade do terceiro para com o credor e o devedor, que o terceiro seja um mero sub-rogado do credor na sua posição de possuidor do bem onerado). No nosso país, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 91 e 92, qualifica este negócio como um depósito com função de garantia, “*porquanto as partes envolvidas instrumentalizam o contrato de depósito ao fim último da conservação do bem empenhado*” (de modo que “*o accipiens não é parte do contrato de penhor, mas sim do contrato de depósito, assumindo, conseqüentemente, a obrigação de custódia, enquanto as partes no contrato de penhor perseguem a função de garantia, assegurando a conservação da coisa, pelos seus meios*”).

<sup>987</sup> De acordo com Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 883 e segs., podemos distinguir entre a teoria do depósito no interesse de terceiro, o credor, de modo a que o depositário seja forçado a devolver o bem a esse terceiro – quando se verifique um determinado evento futuro e incerto – ou ao depositante – se aquele evento não se verifica - (tese criticada pelo Autor pois a sua aceitação “*significherebbe attribuire al creditore il ruolo di terzo estraneo al contratto, nel cui interesse l’oggetto del pegno verrebbe affidato al detentore*” e, assim, o penhor nasceria no momento da entrega do bem ao depositário, mesmo prescindindo da aceitação deste no que respeita à detenção também por conta do credor pignoratício: ora,



Esta posição encontra especial fundamentação no direito francês, porquanto o art.º 2079.º do CCF, na versão anterior à reforma de 2006, afirmava que o penhor nas mãos do credor constitui um depósito destinado a assegurar o seu direito de preferência.<sup>988</sup>

Nesta linha se inserem aquelas posições que qualificam o terceiro como mero detentor (seja relativamente ao direito real de penhor do credor pignoratício, seja no que concerne ao direito de propriedade do constituinte),<sup>989</sup> de modo que não obnubilar a posse pignoratícia do credor.<sup>990</sup>

---

tal concepção “*urta contro il principio per il quale la garanzia non sorge fino allo spossessamento del costituente (...) in quanto lo stipulante (concedente) conserverebbe, fino all’intervento del creditore, il potere di ritirare ad nutum la cosa depositata*”. Por outro lado, sustenta que os negócios a favor de terceiro pressupõem um negócio válido entre promissário e promitente que possa produzir os seus efeitos normais mesmo que não se verifiquem as condições para a operatividade da estipulação a favor de terceiro, o que não sucede no caso do penhor, uma vez que “*il contratto con il detentore del pegno non sarebbe di per se stesso idoneo a produrre il suo effetto principale (costituzione della garanzia reale) senza la clausula a favore del creditore*”), do depósito cumulativo, nos termos da qual o esquema legal do depósito se presta a múltiplas aplicações práticas, encontrando-se a função essencial de custódia absorvida por uma outra função prevalecente de garantia relativamente a uma determinada obrigação (embora reconhecendo-lhe algum mérito – por captar que “*il creditore assumerebbe il ruolo di condepositante, l’accipiens, obbligandosi a detenere anche per suo conto, non potrebbe restituire ad alcuno dei tradenti senza il consenso dell’altro: si realizzerebbe in questo modo il spossessamento*” - o Autor refuta esta teoria, por rejeitar que o empenhante e o credor pignoratício tenham interesses convergentes - “*Al primo interessa che le cose siano mantenture nelle condizioni in cui si trovano al momento della consegna, al secondo che sia conservata la garanzia del suo credito: ad uno preme l’integrità delle cose, all’altro che il valore non diminuisca in modo da diventare insufficiente a garantire la sicurezza del credito*” – e, por isso, o terceiro é responsável separadamente perante cada um deles, para além de este entendimento subentender, erroneamente, que “*la situazione possessoria del creditore preesista alla consegna della cosa, giacché la qualifica di condepositante presuppone l’esistenza di un rapporto diretto o mediato con la cosa che si affida al depositario*”) e do depósito trilateral, de modo a que o depositário se obrigue cumulativamente perante o credor – prometendo conservar até à sua integral satisfação - e o constituinte – comprometendo-se a restituí-lhe o bem empenhado em caso de cumprimento da obrigação garantida. Também esta tese é criticada por Giuseppe Portale, ob. cit., págs. 891 e 892, por a lei prever a intervenção no contrato de depósito do depositante e do depositário e, sobretudo porque a função típica do depósito - manter a coisa no estado em que se encontrava no momento da celebração do contrato – não se identificar necessariamente com a finalidade essencial da entrega a terceiro em matéria pignoratícia, a qual “*tende ad assicurare la conservazione della cosa, ma soprattutto a far sorgere, con lo spossessamento del costituente, il diritto di pegno*”). Em termos análogos, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 123 e segs..

<sup>988</sup> Contudo, segundo Giuseppe Portale, ob. cit., págs. 878 e 879, “*la somiglianza che la legge stabilisce fra il pegno ed il deposito non è assolutamente esatta. Essa non deve essere presa alla lettera. Il depositario non ha un diritto reale (...), la legge ha solamente voluto mostrare che il creditore pignoratizio (...) non ha il diritto, come per esempio un usufruttuario, di servirsi della cosa. In questo si avvicina al depositario*”. Também o CCB parece apontar neste sentido, porquanto o art.º 1435.º, I, estabelece que o credor pignoratício se encontra obrigado à custódia do bem empenhado, como um depositário.

<sup>989</sup> Neste sentido, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 321 e segs., considerando que o credor continuará a ser possuidor (através da detenção do terceiro), de forma que “*la possession partielle reste sur la tête du créancier qui l’exerce par son représentant; quant à la détention partielle (...) elle est alors exercée par le tiers qui est en ce qui concerne les utilités de la chose non absorbées par le droit du gagiste, le représentant du constituant resté possesseur à cet égard*” (o Autor esclarece ainda que o surgimento do terceiro não coloca em causa a natureza real do direito de penhor, que continua a incidir sobre um bem corpóreo, uma vez que “*Si le tiers détient la chose donnée en gage pour le compte du créancier gagiste, cette chose continue donc à faire l’objet à la fois de la possession et du droit réel du gagiste; sans doute il naît entre les tiers et le gagiste des rapports obligationnels mais il en est de même dans tous les cas de détention*”).

<sup>990</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1876, afirma que “*El hecho de la entrega de la cosa a un tercero no priva al acreedor pignoraticio de su condición de poseedor, lo que ocurre que lo será de forma mediata a través de la posesión inmediata efectuada por el tercero receptor de la cosa*”.

A crítica a esta tese dominante parte da constatação das diferenças entre os contratos de depósito e de penhor, pois enquanto este é constituído no interesse de dois sujeitos, empenhante e credor pignoratício (eventualmente com prevalência deste último), no depósito normalmente existe um único depositante (no interesse do qual o depósito é efectuado) e, sob outro prisma, o conteúdo do depósito reside exclusivamente na custódia do bem, enquanto no penhor a custódia é apenas um meio para alcançar o fim de garantia do negócio.

Em consequência destas divergências, no momento da extinção, no depósito haverá lugar à restituição do bem ao depositante, mas já no penhor o titular do direito à restituição variará consoante o devedor pague a dívida garantida (caso em que o bem lhe será devolvido) ou não o faça (hipótese na qual o bem será entregue ao credor, a fim de este proceder à respectiva execução).

Outra opinião, minoritária todavia, equipara a situação do terceiro à que resulta de um “*sequestro convenzionale*”, isto é, aquilo a que poderemos talvez chamar um arresto convencional.<sup>991</sup>

De acordo com esta opinião, tratar-se-ia de um acordo destinado a harmonizar transitoriamente a colisão entre os direitos (propriedade e garantia) dos dois sujeitos, sendo a custódia levada a cabo no interesse daquele cujo interesse venha a ser, no futuro, considerado preferente: a analogia com o arresto residiria na circunstância de, também neste instituto, o depositário assumir uma obrigação de custódia relativamente a cada um dos sujeitos, com o objectivo de subtrair o bem do poder material de cada um deles.<sup>992</sup>

Também esta posição é alvo de reparos, sobretudo realçando as diferenças entre os negócios tendentes ao surgimento do sequestro convencional e com o terceiro detentor do penhor.<sup>993</sup>

Por último, não falta quem sustente que a entrega da coisa a terceiro origina o nascimento de duas relações possessórias distintas,<sup>994</sup> mas conexas – uma entre o constituinte e o terceiro e outra entre este e o credor – permitindo a convergência sobre um mesmo bem de duas situações possessórias baseadas num título diverso: tudo somado, estaríamos na presença de um “*negozio trilatero atipico di garanzia*”.<sup>995</sup>

---

<sup>991</sup> Por exemplo, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 129, qualifica a situação do terceiro como semelhante à de um “*secuestrario*”, ou seja, um depositário instituído por duas pessoas, cujos interesses procura harmonizar. Em termos análogos, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 444, argumentando que o terceiro “*riceve la sua qualità della volontà di due soggetti aventi sulla cosa interessi diversi e potenzialmente collidenti*”.

<sup>992</sup> Em termos aproximados, Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 893 e segs..

<sup>993</sup> Especialmente incisivo a este respeito é Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 894 e segs., salientando que “*nel sequestro convenzionale il sequestrante soccombente sarebbe parte del negozio soltanto in senso formale, in quanto la situazione possessoria - che durante la controversia è obbiettivamente e attualmente perplessa - dopo la decisione della lite si stabilizza retroattivamente a favore del vincitore. Nel negozio con il terzo detentore, invece, non è esatto parlare di consolidamento dell'uno o dell'altro diritto. Il contratto è posto in essere affinché nasca la garanzia reale, la quale, una volta sorta, coesisterà con il diritto di proprietà anche dopo l'inadempimento, fino alla realizzazione coattiva del credito*”: ora, tudo isto, no entender do Autor, demonstra a existência de três interesses distintos, como se comprova pelo facto de, superando o valor do bem empenhado o do crédito garantido, o excedente dever ser devolvido ao concedente e, ainda, pela possibilidade de o empenhante demandar o terceiro em caso de deterioração do bem empenhado, mesmo que o credor já tenha sido satisfeito em sede de execução da sua garantia.

<sup>994</sup> Concluindo existirem três posses: a posse imediata do terceiro, a posse mediata do credor pignoratício e a posse mediata mais remota do proprietário, vide Puig Brutau, ob. cit., pág. 29.

<sup>995</sup> A expressão é de Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 894. Parece aderir a esta posição Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 75 e 76 (pois, apesar de aludir a uma relação trilateral – e à posse imediata do terceiro e mediata do credor – afirma que a posição do terceiro “*es la de un subrogado en todas las obligaciones del acreedor pignoraticio, y en todos los derechos del mismo derivados de la posesión*”).

A comprovação deste entendimento resulta, de acordo com o seu mentor, da existência de três sujeitos autônomos, com interesses típicos e contrapostos, da heterogeneidade do conteúdo das respectivas declarações negociais e, por fim, da presença de três relações reciprocamente condicionadas quanto ao seu conteúdo.<sup>996</sup>

Aceitando, em termos aproximativos, a equiparação entre a posição daquele a quem o bem seja entregue na sequência da constituição do penhor e a do depositário, da mesma não pode resultar, automaticamente, a aplicação analógica das normas do depósito ao penhor (nem tão pouco a qualificação do terceiro, à imagem do depositário, como mero detentor), a qual deve ser encarada com bastante cautela,<sup>997</sup> conforme se alcança da não integral coincidência entre a posição de um e de outro sujeito, como melhor se verá ao qualificar a posição do próprio credor pignoratício a quem seja entregue o bem onerado

Ainda assim, a referida equiparação poderá assumir maior razão de ser relativamente ao terceiro a quem seja entregue o bem, por comparação com a hipótese de entrega ao credor pignoratício, pois aquele mantém-no em seu poder em vista de direitos alheios (do credor e do constituinte), enquanto este o faz também atendendo a interesses egoísticos e próprios.

### 5.1.3 - Composse

A nossa lei (cfr. n.º 2 do art.º 669.º), à semelhança de outras,<sup>998</sup> admite da constituição de penhor através da atribuição ao credor de uma composse juntamente

---

<sup>996</sup> De acordo com Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 895 e segs., a tutela de cada um dos intervenientes nesta relação trilateral será assegurada do seguinte modo. No que concerne ao constituinte da garantia, este poderá, em caso de abuso do bem por parte do terceiro (entendendo por abuso não apenas o uso sem o consentimento ou de modo diverso do convencionalizado com o proprietário, mas também o não cumprimento do dever de custódia com a diligência devida, mesmo que este comportamento negligente não impeça a restituição do bem e não cause qualquer dano ao seu proprietário), requerer o sequestro do mesmo (uma vez que sobre o terceiro impendem os mesmos deveres que oneram a posição do credor a quem tenha sido entregue o bem). Relativamente ao credor pignoratício, sobre o qual não recai nenhuma obrigação de custódia (nem tão pouco a responsabilidade, perante o empenhante, pelo incumprimento da obrigação de custódia por parte do terceiro, pois esta pressupõe a detenção material do bem), assiste-lhe o direito de reagir contra o terceiro detentor sempre que este não cumpra o seu dever com a diligência exigida (mesmo que a sua actuação ainda não tenha causado prejuízos), eliminando a relação entre ambos, nomeadamente solicitando o sequestro judicial do bem. Finalmente, o terceiro detentor tem direito a uma compensação pelo exercício das suas funções, crédito este que justifica a atribuição de um direito de retenção do bem até integral pagamento (em caso de concurso entre este crédito do terceiro e o crédito do credor pignoratício, deverá prevalecer o primeiro, pois “*se il creditore è parte in senso tecnico, è chiaro che il credito del custode e, pertanto, il diritto di ritenzione nasceranno non solo nei confronti del costituente, ma anche del creditore (...)*” até porque “*le spese necessarie per la conservazione del pegno devono essere sostenute dal creditore, salvo il diritto di farle rimborsare dal concedente; principio che opera qualunque sia la forma del pegno*”).

<sup>997</sup> Em termos aproximados, Emilia Massari, L'obbligazione di custodire nel pegno e nel deposito, in Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, 1950, pág. 1091 e segs. e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125.

<sup>998</sup> Cfr. o art.º 2786.º, n.º 2, do CCI e o §1206 do BGB. O CCE espanhol não prevê esta modalidade de constituição do penhor, muito embora a generalidade da doutrina a aceite (vide, por todos, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 73 e 74), desde que o constituinte permaneça impossibilitado de dispor da coisa empenhada e não lhe seja possível aceder à mesma de modo independente (não sem reconhecer que este mecanismo dificulta a publicidade de facto que a entrega material ao credor visa prosseguir), posição subscrita igualmente por Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 496. Pelo contrario, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 118, mostra-se adversa a esta modalidade, por assegurar que “*el titular de la garantía tampoco puede disponer de la prenda sin la colaboración del pignorante. Por tanto, es posible que llegado el momento, el pignorante coposeedor se oponga y obstaculice gravemente la enajenación del*

com o empenhante, desde que este fique privado do direito de dispor materialmente da coisa empenhada.<sup>999</sup>

Deste modo, tempera-se a exigência de desapossamento exclusivo do empenhante e consequente empenhamento do credor, admitindo uma forma de “*spossessamento attenuato*”.<sup>1000</sup>

Se não se nega o interesse subjacente a uma convenção neste sentido<sup>1001</sup> – designadamente quando o empenhador não deseje, com receio de má conservação, confiar a coisa exclusivamente ao credor e pretenda um meio menos vexatório de constituição da garantia – as dúvidas quanto à sua viabilidade devem ser dissipadas analisando até que ponto a situação de comosse compromete as finalidades pretendidas com a entrega do bem empenhado ao credor.

Ora, tendo em conta que esta visa, conforme salientado anteriormente, garantir os direitos do credor e dar publicidade ao penhor, tais finalidades não são beliscadas pela posse conjunta do credor e do empenhador, desde que este fique privado do poder exclusivo sobre a coisa (isto é, não possa dispor materialmente dela) e a situação de comosse seja de molde a revelar a existência de um ónus (ou, pelo menos, consinta aos interessados suspeitar da existência desse encargo).<sup>1002</sup>

---

*bien, y que obligue al acreedor a acudir al auxilio judicial para conseguir la realización del valor de la garantía”.*

<sup>999</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 129 e segs. e Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 926 (este último adverte que “*a lei não se satisfaz com o mero facto de que o credor pignoratício adquira também a faculdade de disposição do objecto empenhado. O que se impõe é que o autor do penhor a não tenha*”, admitindo, porém, a validade de um penhor em que se convençione a guarda do objecto empenhado num cofre com duas fechaduras, sendo a chave de uma delas confiada ao credor e a outra ao constituinte da garantia).

<sup>1000</sup> A expressão é de Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 7.

<sup>1001</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 78 e 79, apontam como exemplo de comosse a colocação dos bens empenhados no cofre de um banco, juntamente com o pacto de proibição de abertura do mesmo sem o consentimento de ambas as partes. Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 11 e segs., aponta como situações típicas de recurso a esta modalidade de constituição do penhor o caso em que o bem dado em garantia ocupe demasiado espaço ou, pelas suas características, deva permanecer em locais especialmente edificadas para o efeito (dos quais dificilmente poderia ser transportado sem avultadas despesas e sem risco de deterioração), assim como a hipótese de o devedor não carecer de disponibilidade da totalidade das matérias primas – normalmente destinadas a transformação e em relação às quais paga o valor à medida que as vai retirando - podendo levantá-las gradualmente (desde que os locais do empenhante sejam fechados com uma dupla fechadura e duas chaves, ficando uma delas para o credor, sem o concurso do qual a abertura será inviável), assim consentindo o desenrolar da actividade produtiva do devedor, sobretudo no que concerne às operações destinadas à conservação ou tratamento do produto (embora estas operações normalmente exijam a presença de um representante do credor, quanto mais não seja para a abertura das instalações). Para uma súmula das principais situações, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 124.

<sup>1002</sup> Ou, nas palavras de Gabrielli, Il pegno cit., pág. 125, “*se risulta rispettato il requisito dell’indisponibilità (in senso materiale e in senso giuridico) dei beni da parte del costituente, senza la cooperazione del creditore, e quello della cognoscibilità per i terzi dell’esistenza di una situazione di comossesso (rectius: concustodia) a titolo di pegno*”. Em termos idênticos aos expostos no texto, vide Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 131, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 85 e 86, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 197 (dando, esta última, conta de decisões judiciais negando a admissibilidade da custódia comum sempre que, após a constituição da garantia, os bens empenhados permaneçam na disponibilidade plena e exclusiva do constituinte), Francesco Messineo, Costituzione cit., pág. 307 e segs. (afirmando que “*Il datore è parzialmente spossessato, anche se egli diventi compossessore, poichè altro è – anche dal punto di vista del potere materiale sul bene – possesso esclusivo che ne consenta la libera disponibilità e altro è comossesso, ossia possesso in comunione con altri, il quale comossesso necessariamente richiede, perchè si possa disporre della cosa, il concorso del compossessore*”) e Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 54, nota 74 (afirmando que o desapossamento deve ser “*idoneo a porre il costituente nell’impossibilità di disporre della cosa o del titolo senza la cooperazione del creditore (...) ed a mettere i terzi nelle condizioni di conoscere la condizione giuridica del bene impegnato*”, ou seja, “*deve essere assistita da una pubblicità idonea a rendere edotti i terzi della*

Em face do exposto, não se suscitam dúvidas quando o bem seja colocado num lugar neutro<sup>1003</sup> ou onde apenas possa ser alcançável com a cooperação do credor e do constituinte; pelo contrário, já será mais questionável se a coisa onerada poderá permanecer em poder do constituinte.<sup>1004</sup>

Nesta segunda hipótese, parece que a comosse apenas será idónea a produzir o desapossamento do empenhante quando se verificarem, cumulativamente, duas condições: que o proprietário do bem dado em garantia não possa dispor materialmente da coisa e, ainda, que seja de molde a permitir a cognoscibilidade por terceiros do surgimento de uma situação de comosse a título de penhor.<sup>1005</sup>

Deste modo e quanto ao primeiro requisito, relativo às relações internas entre o empenhante e o credor pignoratício, exigir-se-á, não apenas que ao primeiro seja retirado o direito de dispor, mas igualmente a possibilidade material de subtrair os bens empenhados.<sup>1006</sup>

---

*costituzione del pegno*”). Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1498 a 1500, destacam como a mera comosse, sem exigência de qualquer requisito adicional, não tornaria cognoscível exteriormente que o bem havia saído do poder de disposição do empenhante, nem protegeria uma das partes contra possíveis abusos da outra, pelo que se exige “*que ninguna de las dos partes pueda ejercer él solo el poder sobre la cosa*”, impondo-se ainda a exteriorização da situação possessória: com base nestes dois pressupostos, os Autores consideram válidos os penhores em que nenhum dos comossuidores possa, por si só, tomar posse do bem ou dela dispor sem o consentimento do outro (como sucederá quando é empenhada uma grua que apenas com o consentimento de ambos pode ser desmontada ou transportada; ou quando se empenhem bens armazenados e qualquer dos dois não possa entrar no armazém sem o auxílio do outro – v.g., quando a porta apenas se abra com uma dupla chave, encontrando-se cada uma em poder dos diversos sujeitos), aceitando mesmo a comosse mediata (em caso de o mediador possessório apenas poder devolver o bem conjuntamente ao credor e ao empenhante).

<sup>1003</sup> Como exemplos de lugares neutros, Francesco Messineo, *Costituzione cit.*, pág. 308, indica o depósito do bem empenhado numa caixa forte em nome conjunto do credor pignoratício e do empenhante, num armazém arrendado conjuntamente ao credor pignoratício e ao empenhante ou num armazém geral (neste último caso, contra a emissão de um comprovativo de depósito em nome do credor pignoratício e do empenhante).

<sup>1004</sup> Nomeadamente quando os bens empenhados permanecerem num armazém propriedade do empenhante ou do qual este sujeito possua a exclusiva disponibilidade (por exemplo, por ser o único arrendatário). Uma possível solução seria a locação do imóvel, propriedade do empenhante, ao credor pignoratício, passando a existir uma situação de empossamento do credor e não de comosse: contudo, tal alternativa será de descartar tendo em conta “*il carattere di equivocità che si introdurrebbe nel possesso del creditore pignoratizio, per la circostanza di tenere le cose oppeggorate in un magazzino, il quale, seppure locato ad esso creditore, non lascerebbe di essere di proprietà del datore del pegno*” (Messineo, ult. ob. e loc. cit.). Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 54, nota 74, explicita que “*se difatto le cose sono rimaste nella piena disponibilità del costituente il pegno, non basta che l’affidamento della cosa alla custodia di entrambi dal contratto costitutivo del pegno*” (em conformidade, conclui que “*nel caso di pegno di merci che rimangono presso il magazzino del costituente, si reputa non sufficiente la consegna al creditore di una delle due chiavi del magazzino dove sono custodite le merci, ma necessaria l’apposizione sulla porta di un cartello dal quale risulti la costituzione del pegno e la concustodia*”).

<sup>1005</sup> Assim, Francesco Messineo, *Costituzione cit.*, pág. 309 e segs., posição esta subscrita por Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 125, nota 73 e Ciccarello, ob. cit., pág. 692.

<sup>1006</sup> Francesco Messineo, *Costituzione cit.*, pág. 309 e segs., admite que tal condição será preenchida quando a cada um dos sujeitos seja atribuída uma chave, diversas entre si, de modo a que o local onde se encontrem apenas possa ser aberto com o concurso de ambas (especialmente quando, para além disso, o dador do penhor se comprometa, por escrito, a não retirar do referido local o bem empenhado – ou parte dele – enquanto vigorar a relação pignoratícia): assim sendo, nesta *fattispecie* o credor acaba por desempenhar um papel de guardador dos bens, desconfiando do outro guardador (o empenhante). Sempre de acordo com este Autor, nem a tal se poderá objectar que, deste modo, um dos comossuidores (o credor) teria poderes mais amplos e intensos que o outro, porquanto tal discrepância é permitida por lei, muito embora tal disparidade de poderes não signifique, antes pelo contrário, esvaziar a posse do empenhante de consistência efectiva, pois ao credor não é legítimo dispor do bem sem o seu consentimento). Concluindo, o Autor remata ser “*del tutto indifferente l’appartenenza del magazzino, ed*

Já no que concerne ao carácter notório da comosse - que respeita mais aos bens empenhados do que ao local onde os mesmos se encontram - este relaciona-se com a evidência que o desapossamento do empenhante deve assumir, pois caso não exista um sinal dando conta que as coisas empenhadas se encontram na posse conjunta do credor e do constituinte da garantia, os terceiros poderão, legitimamente, considerar tais bens como não onerados.<sup>1007</sup>

Todavia, não falta quem recuse ver a publicidade do desapossamento como condição de validade da situação de comosse, argumentando que nenhuma disposição legal impõe a necessidade de advertir terceiros da existência do vínculo.<sup>1008</sup>

---

*è indifferente il luogo della custodia, poichè decisiva è la impossibilità (senza scasso, o senza falsificazione di chiave) dell'apertura del magazzino, da parte del solo datore del pegno*". Já para Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 7, tal efeito de indisponibilidade produzir-se-á mediante o depósito da coisa empenhada num cofre de segurança de uma instituição bancária (com a ressalva que a respectiva abertura apenas possa acontecer na presença simultânea do devedor e do credor) ou, em alternativa, através do depósito num armazém, cuja porta seja encerrada com duas fechaduras e duas chaves, ficando cada uma destas últimas para o credor e o devedor (de modo a que seja necessária a intervenção de ambos para aceder ao local).

<sup>1007</sup> Francesco Messineo, Costituzione cit., pág. 310 e segs., dá conta da prática usual de colocar, na porta do local onde os bens empenhados se achassem depositados, um letreiro advertindo para a oneração a que tais bens se encontravam sujeitos. No parecer deste Autor, tal mecanismo é idóneo para conferir publicidade à situação de comosse, apesar de considerar tal cartaz como não integrante do desapossamento, mas sim *"un di più che la cautela consiglia, sebbene la legge non prescriva alcuno specifico modo solene, per rendere non-equivoco lo spossessamento del datore; ed è perciò da ritenersi idoneo qualsiasi mezzo, purchè tale, da dare alla persona di ordinaria diligenza, la possibilità di accertarsi dell'esistenza della custodia congiunta del bene oppignorato e del titolo, al quale essa custodia ha luogo"*. Como bem nota o Autor, nem mesmo o registo assegura o efectivo conhecimento da constituição dos direitos, pelo que a situação de comosse deve assegurar apenas a cognoscibilidade da constituição do penhor, pelo que o terceiro (nomeadamente outro credor do empenhante) que possa saber da existência de mercadorias do devedor *"non potrà sostenere di aver considerato quelle merci franche e libere (...) sol perchè erano nei magazzini del debitore, se, sapendo già del luogo di custodia di tali beni, abbia omesso di accertare in quelli circostanze e con quali modalità e nel interesse di chi, essi vi erano custodite"*, pelo que o terceiro *"potrebbe dolersi soltanto dell'esistenza di una garanzia oculata sulle merci a favore di altri. Ma, ove il creditore pignoratizio faccia valere di essersi servito di un modo di costituzione previsto dalla legge, esso modo non potrà essere inficiato di clandestinità o equivocità, tanto più quanto si sia andato al di là delle precrizioni della legge, adoperando il cartello indicatore (o altro accorgimento analogo)"*, sendo irrelevante a eventual anterioridade do crédito desse terceiro face ao do credor pignoratício compossuidor, pois a eficácia do penhor depende da sua intrínseca validade.

<sup>1008</sup> É a posição de Montel, La pubblicità dello spossessamento quale preteso ulteriore requisito per la costituzione del pegno mediante concustodia, in BBTC, 1964, II, pág. 621 e segs. (em comentário a uma decisão contrária do Tribunal de Termini de 22/3/1964 que considerou *"non costituisce spossessamento palese, ai fini della validità del pegno nei confronti dei terzi, la consegna al creditore, di una delle chiavi del magazzino dove sono custodite le merci rimanendo l'altra in possesso del debitore"*). Este Autor começa por contestar a posição daqueles para quem mesmo a inscrição nos registos não produz efeitos independentemente da consulta por parte dos interessados (requerendo, pelo contrário, o efectivo conhecimento um acto de diligência por parte de quem pretenda conhecer tais factos), contrapondo que *"l'iscrizione o la trascrizione sui pubblici registri producono effetto indipendentemente dalla consultazione o meno dei detti registi da parte del terzo, in quanto nel regime di pubblici registri lo stato di buona o mala fede è irrilevante"*, concluindo que a lei apenas exige a subtracção do poder de disposição ao empenhante, ou seja, *"si preoccupa non tanto (...) di porre sull'avviso gli eventuali acquirenti del bene gravato o altri creditori nei cui confronti il debitore risponde coi suoi beni presenti e futuri, quanto di impedire che del bene possa trovar luogo un acquisto ex art. 1153 c.c.: in altre parole, che la normativa è disposta a tutela del creditore pignoratizio e non invece a tutela dei terzi"*. Em termos aproximados, Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 7 e segs., afirmando que *"Il congegno della custodia come viene frequentemente integrato da un altro elemento, che non influisce sulla valida e efficace costituzione del pegno ma risponde alla preoccupazione che la mancanza di pubblicità del rapporto possa meter in pericolo il diritto di prelazione del creditore, in quanto i terzi, ignorando il vincolo costituito sulle cose depositate nel locale del debitore e considerandole libere, potrebbero intraprendere su di esse"*

Relativamente às modalidades que a comosse pode assumir, VAZ SERRA admite a denominada comosse imediata – em que a coisa fica em poder directo do empenhador e do credor, não podendo nenhum deles dela dispor materialmente dela sem o acordo do outro – assim como a comosse mediata – em que a coisa é entregue a terceiro, ao qual apenas será lícito restituir a coisa ao empenhador e ao credor conjuntamente, seguindo também as instruções comuns dos dois no que respeita à conservação do bem.<sup>1009</sup>

Pese embora a distinção entre ambas as figuras, o enquadramento da segunda hipótese no âmbito da comosse oferece algumas dúvidas, porquanto não é de excluir a sua qualificação como uma variante da constituição de penhor através da entrega da coisa a terceiro, uma vez que, em ambos os casos, será este o titular dos poderes materiais sobre o bem onerado.

Mais duvidosas ainda se afiguram as hipóteses de colocação da coisa sob custódia conjunta do devedor e de um terceiro ou do credor e de um terceiro, oscilando a doutrina entre os que aceitam e os que reprovam tal modo de constituição do penhor.

É nosso parecer que a primeira alternativa não enfrenta obstáculos de monta (uma vez que, se o bem pode ser entregue ao credor ou ao terceiro, não descortinamos a razão para que não o possa ser a ambos, estando subjacente a tal convenção a salvaguarda das finalidades da comosse, isto é, a retirada da disponibilidade do bem ao empenhante e a publicitação da garantia, em razão da retirada do bem do poder fáctico do empenhante);<sup>1010</sup> já a criação de uma situação de comosse entre o devedor e o terceiro apenas será legítima se e quando aqueles mesmos objectivos inerentes à comosse sejam alcançados, senão no que respeita à publicitação da garantia, ao menos no que toca à privação do direito do empenhante dispor autonomamente - sem o consentimento ou o auxílio do terceiro - do bem onerado.<sup>1011</sup>

Igualmente espinhoso se apresenta o enquadramento dogmático desta figura, sendo possível identificar, pelo menos, três orientações diversas.<sup>1012</sup>

Uma delas fala de uma comosse – ou “*comunione di possesso di diritti eterogenei*” - a favor do constituinte, que possuiria a título de propriedade, e do credor,

---

*un'azione esecutiva*” (apontando como exemplo a aposição de um cartaz na entrada do local onde se encontram depositados os bens empenhados, dando conta da sua oneração). Não divergentemente, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 659, entende que as modalidades de comosse não terão necessariamente de assegurar a cognoscibilidade por terceiros da situação de custódia comum (e, reflexamente, da constituição da garantia), por considerar que tal suposta exigência não encontra fundamento legal.

<sup>1009</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 133. O mesmo Autor aventa várias modalidades que a comosse mediata pode assumir, designadamente a entrega a terceiro que ficará com um poder sobre a coisa a título de locatário (ou de comodatário) e com a determinação de apenas poder proceder à respectiva entrega conjuntamente ao credor e ao empenhador ou, se esta já se encontrava locada (ou dada em comodato), através da notificação ao locatário (ou ao comodatário) dando conta que apenas poderá efectuar a entrega conjuntamente ao credor e ao empenhador. Uma última variante prevê a hipótese de a coisa já se encontrar na comosse mediata do credor e do empenhador, caso em que o penhor se constituiria mediante notificação ao terceiro possuidor (dado que a relação de comosse pode extinguir-se antes da extinção do penhor).

<sup>1010</sup> Admitem esta hipótese Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 78 e Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 496.

<sup>1011</sup> Aceita a comosse entre o terceiro e o devedor Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 496, desde que tal modo de constituição da garantia mereça o consentimento de ambas as partes na relação pignoratícia e se a situação criada permitir aos restantes credores um conhecimento cabal da situação criada. Pelo contrário, rejeitam-na Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 78.

<sup>1012</sup> Acerca destas várias teorias vide Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 692, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 124 e Francesca Dell'Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 55, nota 74. Desvaloriza a importância prática desta discussão Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 659.

que possuiria a título de penhor (sendo, ao mesmo tempo, detentor relativamente ao direito de propriedade, que não pode desconhecer).<sup>1013</sup>

De acordo com esta perspectiva, a comosse nasce da circunstância de o originário possuidor único (constituente da garantia) fazer participar da posse um outro sujeito (credor pignoratício), transformando-se assim de possuidor em “*co-possuidor*”.

Ao invés, outros Autores entendem ser inexacto falar, neste contexto, de comosse relativamente a posses com base em títulos diversos e até mesmo de posse do credor pignoratício, sendo este um mero detentor, mantendo-se a posse a título de propriedade no constituinte da garantia, mas sendo exercida através do credor pignoratício (que, por seu turno, permanece possuidor no que respeita ao seu direito de penhor).<sup>1014</sup>

Tratar-se-ia, quando muito, de uma situação de guarda conjunta em sentido técnico, (“*condetenzione*”), permanecendo cada um dos sujeitos possuidor solitário relativamente ao respectivo direito.<sup>1015</sup>

Por fim, uma outra corrente, faz apelo à noção de “*concustodia*”,<sup>1016</sup> na esteira dos próprios ditames da lei – o art.º 2786.º, n.º 2, utiliza o termo “*custodia di entrambe*” – considera que esta custódia nasce de um acordo destinado a resolver o conflito de interesses entre o credor e o constituinte da garantia, embora de modo diverso do desapossamento ou da entrega do bem a terceiro, por forma a que a função de guarda da coisa venha a ser exercida como se encarregue desse função se encontrasse um único sujeito.

---

<sup>1013</sup> A expressão é usada por Francesco Messineo, *Costituzione cit.*, pág. 305 e segs., um dos principais defensores deste entendimento. De acordo com este Autor, “*la comunione di possesso non si stabilisce a pari titolo fra creditore pignoratizio e debitore oppignorante, in quanto questo secondo possiede la cosa propria (...) a titolo di proprietà, sebbene abbia concesso la cosa in pegno, laddove il creditore pignoratizio possiede nomine próprio a titolo di pegno, ma è in pari tempo detentore (o, come se diceva un tempo, possessore nomine alieno) della cosa oppignorata, in quanto non disconosce il poziore diritto (di proprietà) del datore del pegno*”. Como salienta Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 9, trata-se de uma comunhão de posse de direitos heterogéneos.

<sup>1014</sup> Aludindo à dificuldade em conceber uma posse conjunta de direitos diversos e heterogéneos como a propriedade e o penhor. (neste sentido, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 124 e Giuseppe Portale, *ob. cit.*, pág. 876, nota 4). Particularmente incisivo nas críticas é Montel, In tema di costituzione di pegno mediante comopossesso tra creditore pignoratizio e datore, in *BBTC*, 1951, Vol. I, pág. 285 e segs. (apud Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 9), para quem é inadmissível a comunhão de posse relativamente a direitos heterogéneos, uma vez que, no caso do penhor, o empenhante permanece único possuidor a título de propriedade, simplesmente enquanto antes era possuidor directo ou imediato, com a constituição da garantia o credor pignoratício torna-se co-detentor e o proprietário exerce o seu poder de facto sobre o bem conjuntamente com aquele credor: em suma, estaremos perante um concurso entre um possuidor directo e um detentor, e não entre dois detentores (retoma estas críticas Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, págs. 9 e 10).

<sup>1015</sup> Assim, Montel, *ult. ob. e loc. cit.*. A este entendimento poder-se-á, contudo, objectar que “*ha il difetto di lasciare insoluto il problema relativo alla estensione dei diritti del creditore pignoratizio, la cui protezione esige il suo impossessamento, o, quanto meno, il suo coimpossessamento della cosa oggetto del pegno*” (Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 11).

<sup>1016</sup> O pai deste entendimento parece ter sido Provinciali, *Pegno mediante concustodia*, in *Il diritto fallimentare*, 1951, Vol. I, pág. 243, para quem a actividade de conservação do bem empenhado não deve ser exercida por cada um das partes tendo em conta unicamente os respectivos interesses individuais, mas antes conjuntamente, como se fosse apenas um sujeito a exercê-la, isto é, “*è l'agire di un ufficio, derivante dalla compartecipazione delle parti e dalla preordinata fusione delle loro attività, che ha la titolarità della funzione*” (apud Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 9). Adoptam esta perspectiva Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 692, Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 124 e 125 e Giuseppe Portale, *ob. cit.*, pág. 786, nota 4. Todavia, também esta posição é alvo de críticas, designadamente porque “*non spiega perché l'ufficio privato (del quale non indica i titolari, se questi non si debbano ravvisare nelle parti medesime) sarebbe investito dal possesso, nè chiarisce quali sarebbero i poteri di questo ufficio nei confronti di ciascuna delle parti*” (Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 11).



#### 5.1.4 - Qualificação da posição jurídica do credor pignoratício: possuidor ou mero detentor?

Encontrando-se fora de discussão que o constituinte da garantia não perde a propriedade do bem empenhado, importa qualificar a posição jurídica do credor pignoratício relativamente ao objecto do seu direito.

Antes de procurarmos uma resposta para a interrogação acabada de colocar e sem prejuízo do que ficou dito supra,<sup>1017</sup> urge esclarecer alguns conceitos relativos ao instituto da posse,<sup>1018</sup> nomeadamente no que respeita ao objecto deste direito e às suas diversas modalidades,<sup>1019</sup> distinguindo-a da simples detenção,<sup>1020</sup> sendo esta tradicionalmente caracterizada pela ausência do *animus*,<sup>1021</sup> designadamente quando o

---

<sup>1017</sup> Vide supra n.º 3.1 do Capítulo I.

<sup>1018</sup> Afigura-se pacífico que a posse se pode decompor em dois elementos distintos: o *corpus*, entendido como relação material do possuidor com a coisa objecto do direito possuído; e o *animus*, significando a intenção de exercer um direito no próprio interesse – Paulo Cunha, ob. cit., pág. 186. Segundo Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 262 e segs., a posse consiste “*dans le fait pour une personne de retirer ou d’avoir la possibilité matérielle de retirer d’une chose tout ou partie des utilités qu’elle comporte, dans son intérêt propre et avec l’intention de se comporter extérieurement comme en avant le droit; c’est une appropriation de fait des richesses dont les droits réels traduisent l’appropriation de droit*”, compreendendo assim um elemento material – o *corpus* – e um elemento intencional, a intenção de se comportar como titular de um direito real – o *animus* (embora o Autor chame a atenção para a circunstância de o direito moderno tender a alargar a noção de posse a casos em que não existe um contacto físico sobre uma coisa corpórea, entendendo-se a “*maîtrise*” não em termos materiais, mas antes como “*une utilisation de fait exercée par une personne dans son intérêt exclusif ou un rapport extérieur permettant cette utilisation; seulement la maîtrise ici porte non sur une chose corporelle*”: é o que sucede quando se fala da posse a respeito de créditos ou de direitos de propriedade intelectual ou industrial).

<sup>1019</sup> Vide, a este respeito e por todos, Paulo Cunha, ob. cit., págs. 180 a 188.

<sup>1020</sup> Também apelidada de posse precária ou posse em nome alheio. Para além disso ou por isso mesmo, é normalmente aceite que o detentor não actua em nome e em benefício próprio, mas de outrem, que será o verdadeiro possuidor (normalmente a pessoa que entregou o bem ao detentor): neste sentido, vide Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 98 e segs., sustentando que a detenção será precária, devendo falar-se de possuidor precário ou em nome alheio “*Sempre que alguém exerça sobre uma coisa poderes materiais no interesse exclusivo de outrem*”. De acordo com Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 279 e segs., não é absolutamente rigoroso falar da ausência de um elemento intencional na detenção, uma vez que o detentor pratica deliberadamente actos materiais, não por sua própria conta (como faz o possuidor), mas sim no interesse de outrem, o possuidor, razão pela qual o Autor entende ser necessário distinguir, a respeito do elemento intencional da detenção, a detenção pura (“*l’exercice par une personne de la possession d’une autre pour le compte de cette dernière*”, na qual “*le détenteur n’a en principe aucun intérêt propre, n’est que l’instrument de la possession d’autrui*”), a detenção parcial (na qual alguém pretende exercer um direito real menor sobre uma coisa que tem em seu poder, embora reconhecendo não ser o proprietário da mesma, de modo que “*En ce qui concerne les utilités de la chose qu’elle prétend s’approprier en vertu de son droit réel, elle a la qualité de possesseur partiel; pour la partie des utilités actuelles ou futures qu’elle ne prétend pas absorber mais que le propriétaire réel ou prétendu se trouve dans l’impossibilité de retirer ou de sauvegarder parce qu’il n’a pas la chose entre les mains, le possesseur du droit réel démembré (...) est considéré comme détenteur pour le compte du propriétaire*”: o Autor aponta como exemplo paradigmático desta categoria a situação do usufrutuário) e a detenção interessada (categoria de contornos mais discutíveis, em que uma pessoa pratica sobre uma coisa actos possessórios por conta de outrem, sendo que esta última se obrigou perante a primeira a transferir-lhe – sob certas condições – o produto das utilidades retiradas da coisa: o Autor concretiza que este tipo de detenção opera através de uma dupla representação e cita o caso do locatário em que este “*représente le propriétaire (...) dans l’exercice de sa possession; en cette qualité, il retire de la chose les avantages qu’elle comporte (...) il le représente aussi dans l’exécution de ses obligations envers lui envisagé en tant que créancier, situation qui rappelle le contrat ave soi-même conclu par un représentant*”).

<sup>1021</sup> Todavia, esta concepção subjectivista da posse, que atribui um papel decisivo ao *animus*, é actualmente posta em causa por se entender que o Código Civil (com a eventual excepção do já aludido

detentor exerça o poder de facto sobre a coisa sem intenção de agir como beneficiário do direito (art.º 1253.º, especialmente alínea a)).<sup>1022</sup>

Desde logo, discute-se se o objecto da posse serão os direitos ou, ao invés, as coisas objecto desses direitos em si mesmas consideradas, enfrentando o primeiro entendimento diversos obstáculos.<sup>1023</sup>

---

art.º 1253.º, alínea a)) não faz qualquer referência ao elemento subjectivo, antes consagrando situações possessórias que dispensam qualquer animus (art.ºs 1251.º e 1263.º), podendo este ser reconduzido à chamada teoria da causa (de acordo com a qual teria o conteúdo de um título de aquisição da posse, ou seja, seria possuidor aquele que tenha beneficiado de uma das formas de aquisição previstas na lei) – neste sentido, Menezes Cordeiro, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, 2000 (3.ª Edição), pág. 54 e segs., muito embora reconheça que o art.º 1253.º, alínea a), ao aludir à intenção (ou melhor, à falta dela) como critério de qualificação da detenção, parece adoptar uma concepção subjectivista da posse, em contraponto com o restante regime, marcadamente objectivista, do instituto.

<sup>1022</sup> Paula Costa e Silva, ob. cit., pág. 23 e segs., a respeito deste preceito, mas com aplicação geral a todos os casos de detenção (e até de posse), entende que, apesar da intenção se encontrar intimamente ligada à actuação, não deverá ser configurada como um mero facto interno a que ninguém tem acesso, ou seja, “*A intenção que aqui nos aparece é a intenção exteriorizada, através do comportamento de quem actua (...) não releva enquanto facto interno impossível de alcançar e, conseqüentemente, de demonstrar. Se o direito dá múltiplas vezes relevância à intenção, só pode relevar uma intenção exteriorizada*”, embora acrescente que tal exteriorização não se encontra sujeita a nenhuma forma especial, podendo resultar de um comportamento concludente. Aplicando este raciocínio à distinção entre posse e detenção, a Autora conclui que possuidor e detentor não se comportam da mesma forma relativamente à coisa, pois, em regra, o possuidor actuará como proprietário e o detentor como um não proprietário “*E é exactamente a esta diversidade de actuações, decorrente do modo como cada um se representa a situação em que se encontra, que julgamos fazer o legislador apelo ao dizer-nos que o detentor é aquele que, apesar de exercer poderes de facto, não quer beneficiar-se do direito que poderia inferir-se da sua conduta. Diremos que, se do comportamento do agente, resultar que ele se comporta como um proprietário, tal situação se qualificará, imediatamente, como uma posse. Ao invés, se do seu comportamento resultar que ele se não comporta como um proprietário, tal situação será qualificada como uma detenção*” (todavia, por vezes o legislador qualifica como detenção determinadas situações, sem curar de saber qual a intenção do agente).

<sup>1023</sup> Os principais são, em primeiro lugar, o facto de os direitos de garantia, como o penhor, não serem susceptíveis de exercício duradouro e continuado que é pressuposto da posse, na medida em que o exercício deste tipo de direitos é destinado à alienação do bem empenhado, assim produzindo a sua extinção (ao que se poderá contrapor que o poder de fazer vender o bem empenhado assiste a qualquer credor e não apenas ao credor pignoratício, para além de o direito de penhor conter uma fase estática, que precede a executiva, na qual se verificam um conjunto de limitações ao direito do proprietário do bem empenhado e de terceiros), que os direitos de garantia não implicam a faculdade de uso do respectivo objecto (podendo, porém, objectar-se que o uso da coisa é apenas uma das várias possíveis forma de explicitação do poder de facto sobre esse mesmo bem, para além de a posse de um direito de garantia não pode assumir os mesmos contornos da posse de um direito de gozo), que o exercício de um direito de garantia não tem manifestações exteriores (o que, além de ser contestável, esquece a existência de outros direitos cujo exercício é ainda menos aparente e relativamente aos quais a lei reconhece a posse: é o que sucede com as servidões negativas), que a relação de acessoriedade face ao crédito garantido transformaria o penhor num direito de carácter pessoal ou, quando muito, num direito creditório pignoratício (embora esta constatação seja refutável, uma vez que a acessoriedade implica uma relação de dependência funcional, mas não influencia a natureza jurídica do penhor, nem constitui obstáculo à existência de uma disciplina autónoma, mesmo correndo o risco de manutenção da posse do penhor independentemente da existência de um crédito, situação análoga à que se verifica nas servidões prediais) e que alguns dos principais efeitos da posse não se poderão produzir relativamente aos direitos reais de garantia, designadamente por não fazer sentido a manutenção e/ou reintegração na posse (embora seja verdade que alguns desses efeitos não se produzem relativamente ao penhor – como sejam a aquisição por usucapião -, tal não significa a desnecessidade da manutenção e/ou reintegração na posse, designadamente durante a fase estática da garantia). Acerca deste assunto e para mais desenvolvimentos, Montel, *Garanzia* (diritti reali di), in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII, 3.ª Edição, 1957, pág. 747 e segs., rejeitando ainda uma diversidade de soluções, com base na presença ou ausência de detenção material do objecto da garantia, para o penhor e para a hipoteca, admitindo apenas a posse do direito de penhor. Por seu turno Cano Martínez de Velasco, ob. cit., pág. 26 e segs., entende que “*la posesión de*

Não obstante, parece ser esta posição mais adequada face aos dados do ordenamento vigente,<sup>1024</sup> (não sem ignorar, ainda hoje, a subsistência de vozes dissonantes)<sup>1025</sup> pelo que, sempre que sobre o mesmo bem concorrerem mais do que um direito real, assim também coexistirão um igual número de posses.

---

*derechos es una posesión del derecho y no de la cosa dentro de los límites de cada tipo de derecho. Pero no cabe hablar de la posesión de un derecho por su titular, ya que éste puede defenderlo con las acciones propias de él” e, por outro lado, “La posesión de un derecho no se identifica con su apariencia. La posesión es en fenómeno interno, que transcurre exclusivamente entre el poseedor y el objeto poseído (derecho). La apariencia es un acontecer externo, que sucede entre el poseedor del derecho y los terceros, que lo creen verdadero titular. Por ello, la protección jurídica a la apariencia es un instituo colateral o tangencial, per no identico, al de posesión de derechos”* (no que especificamente respeita ao penhor, esclarece que “*el derecho real de prenda es poseible, pues su ejercicio es duradero. No se limita a la prenda a su realización, en su caso, sino que antes de ella el acreedor pignoraticio retiene la cosa, defiende su posesión frente a terceros y percibe sus frutos*”). Já Serrano Alonso, ob. cit., págs. 157 e 158, esclarece que decorre do art.º 437.º do CCE, que também as coisas imateriais e certos direitos podem ser objecto de posse, uma vez que “*en ambos casos se manifiesta la tendencia a la espiritualización del concepto de tenencia o corpus (...) ha suavizado el sentido literal del término tenencia para darlo como existente en ciertos supuestos en los que resulta difícil o imposible su existencia*” (enumerando como direitos susceptíveis de posse os direitos reais que impliquem uma imediato gozo e apreensão do bem, como sejam, entre outros, a propriedade e o penhor).

<sup>1024</sup> Neste sentido parece apontar o art.º 1251.º, ao definir a posse como o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real (em termos concordantes, no direito italiano, os art.ºs 1153.º - que prevê a posse do direito de penhor - e 114.º - que fala de “*possesso della proprietà o di altro diritto reale*” - do CCI, preceitos tanto mais relevantes quanto, como salienta Montel, Garanzia cit., pág. 749, o legislador, quando se quis referir unicamente aos direitos reais de gozo fê-lo expressamente). Ao invés, na vigência do Código de Seabra, parecia decorrer da própria lei que o objecto da posse seriam coisas (uma vez que o art.º 674.º definia a posse como a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito e, por outro lado, do art.º 479.º decorreria que a expressão “*direito*” abrangeria apenas aquele que directamente exercido sobre uma coisa – até porque mal se conceberia a retenção ou fruição de bens não materiais), muito embora já então vozes houvesse que sustentavam serem direitos os objectos da posse (cfr. Paulo Cunha, ob. cit., pág. 191, “*O que se possui é um direito, já que a posse não é mais do que a exteriorização dos poderes que se constituem sobre a coisa, quer se trate da propriedade, quer duma servidão quer dum usufruto, etc. Simplesmente, quando os poderes que se exteriorizam correspondem a um direito menor do que o de propriedade, seria na verdade, abusivo falar-se em posse de cousas, porque então, só se estão a exteriorizar alguns dos poderes resultantes da propriedade: por isso nestes casos se empregam antes as expressões: posse de servidão, posse de usufruto, etc. Porém, no caso em que os poderes que se exteriorizam correspondem à totalidade dos poderes do proprietário sobre a coisa, a verdade é que o que materialmente se está a possuir-se é a coisa por isso, em vez de falar em posse da propriedade, ou posse do direito de propriedade, se fala somente em posse da coisa.*”). Montel, Garanzia cit., pág. 747 e segs., salientando a distinção entre posse da coisa para efeitos de constituição do penhor e posse do próprio direito de penhor, nos seguintes termos “*Altro è infatti il possesso della cosa che è un presupposto per la nascita del pegno, ed altro il possesso del diritto di pegno. Il primo è un possesso nomine alieno del diritto di proprietà, e quindi, da un lato, possesso di un diritto diverso da quello di pegno, dall’altro possesso in nome altrui, cioè detenzione, il secondo è lo stato di fatto che corrisponde al diritto di pegno, l’esercizio di fatto di tale diritto. E se il possessore in nome proprio di un ius in re aliena è necessariamente possessore in nome altrui del diritto di proprietà, non può invece formularsi la proposizione reciproca (basta pensare al conduttore, al depositario e simili, detentori, ma non possessori in nome proprio di alcun diritto) e tanto meno poi v’è correlazione tra il requisito della detenzione per la nascita di un diritto e la suscettibilità di possesso di tale diritto*”. Nesta conformidade e segundo este último Autor, “*cardine del concetto di possesso è il riferimento ad un oggetto concreto; quindi possesso è la signoria di fatto su una cosa, signoria che (...) ben configurabile ogniqualvolta vi sia un diritto che implichi un poter immediato sulla cosa. Se così è, concludevamo, è evidente che le ragioni che ostano alla ammissibilità del possesso di un diritto di credito non valgono nei confronti del pegno e dell’ipoteca, i quali, essendo diritti reali, implicano un potere immediato sulla cosa gravata*”.

<sup>1025</sup> A mais avalizadas das quais, porventura, será a de Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 64, para quem “*a posse, como situação de facto, só pode ter por objecto uma coisa. Não pode haver um exercício de poderes de facto sobre um direito*”, de modo que a posse não está condicionada pela existência de um

Deste modo, em caso de dação em penhor de um bem, deparamo-nos com duas posses concorrentes: a posse de proprietário, cujo titular é o constituinte da garantia, e a posse relativa ao direito de penhor, pertencente ao credor pignoratício.<sup>1026</sup>

Em termos mais precisos, o proprietário é possuidor em nome próprio do direito de propriedade, enquanto o credor pignoratício é, simultaneamente, possuidor em nome próprio do direito de penhor e possuidor em nome alheio ou detentor no que concerne ao direito de propriedade do bem empenhado.<sup>1027 1028</sup>

Por último, cabe mencionar que a posse se pode adquirir de diversos modos, começando pela tradição real do bem em causa (ou seja, o novo possuidor passa a exercer poderes directamente sobre a coisa, do mesmo passo que o antigo possuidor fica inibido desses poderes), passando por aqueles que prescindem da entrega material do bem (como sejam a tradição simbólica, em que a entrega material do bem é substituída pela entrega de um objecto que represente o bem em questão; a tradição ficta - que, por

---

direito definitivo concreto (o que se comprovaria pela circunstância de, sendo nulo o título de aquisição de um direito - v.g. um usufruto -, o usufrutuário continuar a ser possuidor, não do direito de usufruto, mas sim do bem em causa).

<sup>1026</sup> Em face do direito francês, Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 152, esclarece que “*À l’égard du droit de propriété le gagiste n’est qu’un détenteur précaire; aussi ne peut-il pas usucaper la propriété de la chose engagée. Mais le droit réel de gage est susceptible de possession; est possesseur du droit de gage le créancier qui se comporte comme le titulaire d’un droit de gage et qui a l’intention de se comporter comme tel*”; no direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 343, assevera que “*não anula a posse direta do credor pignoratício a indireta do proprietário da coisa empenhada*”; no direito italiano, Pace, ob. cit., págs. 34 e 35, nota 68, “*Il possesso del pegno funziona come un presupposto per la costituzione e per l’esistenza del diritto; è una detenzione a titolo di pegno e non ha il contenuto del possesso del proprietario: quest’ultimo col possedere esercita il proprio diritto di proprietà, e possedendo gode della cosa, mentre, invece, il creditore pignoratizio detiene per conservare. Ma detiene nel proprio interesse. Egli è possessore in nome proprio rispetto al diritto che esercita sulla cosa per proprio conto, possessore a nome altrui riguardo al dominio*” (esclarecendo ainda que “*Se, malgrado il possesso della cosa da parte del creditore pignoratizio, il debitore pignorante può usucapire, ciò non significa che il primo posseda come rappresentante del debitore*”).

<sup>1027</sup> Relativamente à distinção entre posse em nome próprio e posse em nome alheio, seguimos as definições dadas por Paulo Cunha, ob. cit., pág. 182: “*Umaz vezes, aquêlê que exterioriza poderes sôbre uma cousa, fá-lo com a intenção de exercer êsses poderes no seu interesse, fá-lo como se fôsse, na verdade, titular dum direito sôbre essa cousa. Em resumo, faz o exercício desses poderes em seu próprio nome (nomine proprio) para si, e não em nome do titular do direito que recai sôbre a cousa. É a chamada posse em nome próprio. Outras vezes, aquêlê que exerce poderes sôbre uma cousa, exerce-as materialmente, mas não no seu interêsse, não como se fôra realmente o titular do direito sôbre essa cousa, mas, sim, em nome do verdadeiro titular dêsse direito. É ao que se chama posse em nome alheio (nomine alieno) a que, em doutrina, se dá também o nome de detenção*”. Em termos aproximados para o direito espanhol, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 332, distingue a posse na qualidade de titular da coisa ou direito possuído (apontando como exemplo a posse do usufrutuário face ao direito de usufruto) e a posse enquanto mero detentor de uma coisa ou de um direito pertencente a outrem (mencionando a posse do usufrutuário relativamente ao direito de propriedade).

<sup>1028</sup> Pelo contrário, no penhor sem entrega do bem ao credor pignoratício, este continuará a ser considerado possuidor quanto ao direito de penhor, mas o proprietário passará a ser mero detentor relativamente àquele mesmo direito, como escreve Galvão Teles, O penhor sem entrega cit., pág. 211: “*o credor adquire posse sobre o objecto, apesar de este não lhe ser entregue (...) A posse nem sempre é acompanhada da detenção, ou do poder material. Quando um é o possuidor e outro é o detentor, o primeiro tem apenas o poder ideal, que exerce por intermédio do segundo, mas que goza de protecção possessória, como se não houvera semelhante cisão. O detentor possui em nome doutrem, a quem cabe a posse propriamente dita ou em nome próprio. No penhor sem entrega é esta a situação que se dá. O credor obtém a posse pignoratícia, a respeito da qual o proprietário fica sendo mero detentor. O poder jurídico possessório está no primeiro, mas o correspondente poder material está no segundo*”.

seu turno, compreende a inscrição num registo público e o constituto possessório - <sup>1029</sup> e a *traditio brevi manu*.<sup>1030</sup>

Voltando à questão formulada no início deste ponto e em termos mais concretos, será que o credor pignoratício se poderá considerar, relativamente ao bem empenhado e no seguimento da correspondente entrega, como um verdadeiro possuidor ou, pelo contrário, deverá ser qualificado como um mero detentor?<sup>1031</sup>

Esclareça-se, desde já, que a resposta não é despicienda, porquanto da mesma decorre a possibilidade de o credor pignoratício exercer, em nome próprio, a tutela possessória para defesa do seu direito (cfr. art.º 670.º, alínea a)) e de o princípio da posse vale título, nos ordenamentos onde vigore, apenas aproveitar aos verdadeiros possuidores.<sup>1032</sup>

Parecem apontar para a primeira alternativa os art.ºs 670.º, alínea a) e 671.º, alíneas a) e b) na medida em que, respectivamente, conferem ao credor pignoratício o direito de usar das acções de defesa da posse (mesmo contra o proprietário do bem empenhado), de guardar e administrar a coisa dada em penhor e, em casos excepcionais, de usar essa mesma coisa.

Com base nestes amplos poderes de que desfruta, destarte exteriorizando um amplíssimo feixe de poderes sobre o objecto do seu direito, parece ser o credor o único possuidor do bem empenhado, excluindo a posse do constituinte da garantia.<sup>1033</sup>

---

<sup>1029</sup> Adota esta classificação Paulo Cunha, ob. cit., págs. 186 e 187. Figura sui generis é a do constituto possessório, na qual se converte uma posse em nome próprio numa posse em nome alheio, através de dois actos jurídicos contemporâneos, quais sejam a transferência para outrem da posse do até então titular desse poder e, por outro lado, a sua passagem a possuidor em nome alheio. Como refere Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 65 e 66, no constituto possessório acontece uma “*scissione tra detenzione (potere materiale) e possesso (potere ideale), scissione che non impedisce tuttavia al possessore di esercitare il suo diritto attraverso e mediante la persona del detentore*”, gozando o credor da posse pignoratícia, enquanto o proprietário empenhante é um mero detentor, tudo isto por força de “*una trasformazione dell’animus del proprietario, nel quale l’animus sibi habendi cede il posto all’animus alieno nomine detinendi*”, transformação esta que se produz em resultado de dois actos jurídicos distintos: o contrato de penhor e um contrato de depósito.

<sup>1030</sup> Acerca da idoneidade destas formas de tradição de bens para o nascimento do penhor, vide supra n.º 5.1 do Capítulo I.

<sup>1031</sup> Dando conta da existência de uma controvérsia análoga em Itália, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 120, (considerando prevalente a qualificação do credor pignoratício como possuidor), Protetti, ob. cit., pág. 217 (inclinando-se para a qualificação como possuidor, mas dando conta de algumas decisões judiciais afirmando ser o credor pignoratício um simples detentor) e especialmente Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 881, nota 15, realçando ser maioritária na doutrina a tese da posse (com argumentos como a circunstância de a lei falar do credor pignoratício como possuidor – argumento este que o Autor entende não ser decisivo, na medida em que o legislador não usa os termos “posse” e “detenção” com sentidos unívocos - e ter considerado o penhor como um direito real em sentido técnico) não sem citar posições contrárias (particularmente uma que defende ser a detenção pignoratícia uma detenção autónoma, sem qualquer referência ao título e equiparável à do depositário, posição contestada pelo Autor ao escrever que “*Vi sono, infatti, dei diritti il cui esercizio è ancora meno appariscente e di cui tuttavia la legge riconosce il possesso: si pensi alle servitù negative*”), destacando que na jurisprudência não se vislumbra uma tendência dominante.

<sup>1032</sup> Realça este último aspecto Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 295, esclarecendo que tal princípio apenas pode ser invocado pelos autênticos possuidores, seja a título de propriedade ou de outro direito real e relatando que a generalidade da doutrina e da jurisprudência reconhece ao credor pignoratício o direito de se fazer valer daquele princípio, embora o fundamento que conduz a este resultado nem sempre seja coincidente.

<sup>1033</sup> Parecem adoptar este entendimento o Acórdão da Relação do Porto de 18/11/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), (dispondo que “*A partir da sua constituição o credor obtém a posse pignoratícia, ficando o proprietário a ser mero detentor dos bens.*”) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 74 (falando de uma “*uma posse em nome próprio, nos termos do seu direito de penhor*”, embora salientando tratar-se de uma posse interdicial – por contraposição à posse civil, que confere ao seu titular a plenitude dos efeitos possessórios

A ser assim, entrega e desapossamento (enquanto modos de surgimento do vínculo pignoratício) teriam um único e o mesmo significado, isto é, a constituição do penhor ocorreria com a entrega do bem ao credor, entrega esta através da qual, simultaneamente, se operava o desapossamento (no sentido de retirada do bem da posse do constituinte) do devedor.

Porém, a este entendimento contrapõe-se um outro, nos termos do qual e pese embora o nascimento do penhor e a entrega material do bem empenhado ao credor, o proprietário do bem oferecido em garantia não perde a sua posse.

De acordo com esta orientação, o constituinte da garantia “*conserva a sua posse de proprietário, mas de proprietário de coisa empenhada, isto é, uma posse muito restrita, uma posse que fica para o proprietário quasi sem importância, mas que em todo o caso existe (...)*”, ou seja, “*no penhor pela entrega da coisa ao credor há duas posses em nome próprio, mas como a posse em nome próprio do credor pignoratício é mais forte e na prática ela oculta a outra, acontece falar-se apenas na posse do credor pignoratício.*”<sup>1034</sup>

Nesta conformidade, o credor pignoratício é, simultaneamente, possuidor em nome próprio – no que respeita ao seu direito real de garantia – e possuidor em nome alheio ou mero detentor – relativamente ao direito de propriedade, cuja posse correspondente permanece no respectivo titular.<sup>1035</sup>

---

– por facultar apenas o uso das acções possessórias, com exclusão de outros efeitos, como por exemplo a aquisição por usucapião).

<sup>1034</sup> Cfr. Paulo Cunha, ob. cit., págs. 190 e 191. Como afirma Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 332 e 333, cabe dissociar a posse imediata (que é exercida directamente sobre o bem ou direito, sem intermediação de qualquer outro sujeito) da posse mediata (exercida através de outrem), de modo que se verifica “*un desdoblamiento de posse, en el que uno conserva una posse como derecho, passando a otro la posse como facto*”.

<sup>1035</sup> Cfr. Paulo Cunha, ob. cit., págs. 184 e 185, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 31 (retirando da natureza precária da posse do credor pignoratício relativamente ao direito de propriedade a não atribuição a este de um direito exclusivo de execução do objecto da sua garantia) e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 154 (realçando que “*A sua posse em nome próprio resulta do interesse próprio que tem nessa posse, conexas com o exercício do seu direito de penhor. Portanto, cabem-lhe as acções possessórias para defesa da sua posse. É também possuidor em nome alheio, no que respeita às prerrogativas do empenhador. Por conseguinte, não pode adquirir por usucapião a propriedade da coisa empenhada, a não ser que se dê uma inversão do título da posse*”) e Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 102 e 103 (afirmando que “*Como o que se possui são os direitos e como sobre uma coisa se pode exercer simultaneamente mais do que um direito, acontece frequentemente que um indivíduo retém uma coisa ou exerce sobre ela poderes materiais no próprio interesse em virtude de um direito diferente do direito de propriedade (...). E então a sua posse é em nome próprio em relação ao direito que possui, e em nome alheio em relação ao direito que simultaneamente se exerce sobre o objecto que detém*”, apontando como exemplo o penhor, relativamente ao qual a justificação para a atribuição das acções possessórias ao credor pignoratício advém, precisamente, da sua posse pignoratícia, mesmo no caso do penhor sem desapossamento do empenhante, uma vez que o constituto possessório que esteve na origem da criação da garantia torna o empenhante detentor e mantém o credor pignoratício como possuidor no que respeita ao direito de penhor). Também algumas decisões judiciais se orientam neste sentido, conforme se alcança do Acórdão da Relação de Lisboa e de 10/10/1991, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), (onde se pode ler que “*A coisa empenhada pode ficar em poder do dono. Em tal caso, este é considerado, quanto ao direito pignoratício, como um possuidor em nome alheio. (...) O credor obtém a posse pignoratícia tornando-se o proprietário mero detentor do objecto empenhado. Apesar de dono, possui-o em nome ou representação do credor, em tudo quanto respeita ao direito real pignoratício*”), do Acórdão do STJ de 21/11/1979, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (no qual se afirma que “*O credor pignoratício tem posse em nome próprio do direito resultante do penhor, mas não a tem do direito de propriedade da coisa empenhada, sendo, portanto, possuidor em nome alheio de quem constituiu a penhora*”) e do Acórdão da Relação do Porto de 26/9/1996, in CJ 1996, IV, pág. 199 segs. (“*Tem-se observado que o credor pignoratício que de algum modo, mesmo só simbolicamente, tenha recebido a posse da coisa empenhada deve ser considerado simultaneamente possuidor em nome próprio e possuidor em nome alheio; possuidor em nome próprio do direito de*

Se assim é, a entrega não implica o desapossamento total do proprietário do bem empenhado, não se podendo, por isso, concluir que ambos os termos sejam sinónimos, nem tão pouco que o segundo se produza única e exclusivamente como consequência do primeiro.

---

*penhor, direito real de garantia (posse pignoratícia, com o correspondente poder jurídico possessório) e possuidor em nome alheio da coisa empenhada, cuja propriedade continua a pertencer ao devedor”). Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 200, reconhece, sem mais, que o credor pignoratício é possuidor “nos termos do seu direito de penhor”. No direito italiano, Montel, Pegno cit., pág. 777 (escrevendo que “Il datore di pegno conserva il possesso del bene; soltanto che, mentre, prima della costituzione del vincolo, egli lo possedeva direttamente, ora il suo possesso si esplica tramite un soggetto (creditore o terzo) cui il bene stesso è affidato; e questo soggetto, indubbiamente, rispetto al diritto di proprietà non possiede, ma soltanto detiene; laddove, quanto al diritto di pegno, il titolare di esso lo esplica direttamente ove egli stesso sia consegnatario del bene, tramite il terzo ove a questo terzo sia stato affidato”), Rubino, Il pegno cit., págs. 240 e 278 (acrescentando que o credor pignoratício não pode usucapir a coisa, pelo menos enquanto não comece a possuir *animo domini*, avançando que para tal não bastará o pagamento do crédito e a permanência da coisa em poder do credor), Faggella, ob. cit., pág. 124, para quem a posse contempla dois elementos “L’elemento obbiettivo è rappresentato dalla detenzione della cosa, dalla possessio corporis, l’elemento subbiettivo è rappresentato dallo scopo giuridico per cui si possiede. (...) il creditore pignoratizio la possiede a fine esclusivo di garentia (...) Il creditore pignoratizio ha la tutela possessoria della cosa ricevuta in pegno (...) Il possesso del creditore pignoratizio adunque è un possesso limitato dal fine di garentia: v’è tutto l’elemento obbiettivo, la possessio copore, e v’ha l’animo rem sibi habendi pignoris causa; e in questo fine di garentia sono contenuti i suoi diritti e i suoi obblighi, e non oltre di esso“, Giuseppe Mirabelli, ob. cit., pág. 384, nota 2b) (escrevendo que “Il creditore diventa possessore della cosa in nome altrui; possessore precario; ma sulla cosa acquista un diritto, ed è perciò sotto un altro aspetto, possessore pro suo, limitatamente al diritto acquistato” ou, noutros termos, “il creditore ha il possesso del diritto di pegno come diritto suo, che possiede legittimamente con l’animo di tenerlo per suo, ed ha il possesso della cosa, non come sua, ma soltanto rappresentando il costituente”, embora admitindo que, de facto, tal distinção acaba por se desvanecer, dado que “la consegna della cosa è termine essenziale del pegno, e possedendo la cosa a fin di possedere il diritto di pegno, la difesa possessoria di questo si estende necessariamente a quella. Il risultato della costituzione si rileva rispetto al costituente: il quale, possedendo la cosa per via di rappresentante, conserva il diritto di esercitare le azioni possessorie che gli possono spettare”), Chironi, ob. cit., pág. 585 (advertindo que “il creditore ha il possesso del diritto di pegno come diritto suo, che possiede legittimamente con l’animo di tenerlo per suo, ed ha il possesso della cosa, non come sua, ma soltanto rappresentando il costituente”, embora aceite que, na prática, a distinção seja menos notória, uma vez que, sendo a entrega forçosa para o nascimento do penhor – e possuindo o credor o bem para possuir o seu direito de penhor – a defesa possessória deste se estende necessariamente à própria coisa) e Enrico Poggi, ob. cit., pág. 450 e segs. (sublinhando que “il creditore ha il possesso del diritto di pegno, come diritto suo, che possiede legittimamente con l’animo di tenerlo per suo, ed ha il possesso della cosa, non come sua, ma soltanto rappresentando il costituente”, assim se justificando que “La stessa detenzione pertanto può servire di base materiale a più di un possesso di diritto di pegno sulla cosa. Tali considerazioni ci sembra giustifichino a sufficienza la possibilità di più pegni in solidum sulla stessa cosa, che sia condetenuta da tutti i titolari o detenuta da un terzo per essi”). No direito francês, podemos citar Guillouard, ob. cit., pág. 157 (afirmando que “le créancier gagiste au contraire a un droit réel sur la chose donnée en gage, il la possède pour son propre compte et a fin d’assurer le recouvrement de sa créance”), Weil, ob. cit., pág. 89 (“Sa qualité de titulaire d’un droit réel fait du créancier gagiste un véritable possesseur. Certes il n’a pas l’animo domini, il ne se considère pas comme propriétaire, il ne peut pas prescrire la propriété de la chose engagée. Mais il possède le droit de gage”) e, embora em termos ligeiramente diversos, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 20 e 21 (para quem “A l’encontre des tiers, le droit réel de gage confère la qualité de possesseur au créancier qui peut ainsi se prévaloir de la protection possessoire. En revanche, par rapport au constituant, il n’est qu’un simple détenteur car il n’a pas l’animo domini”, servindo esta tese para justificar, na óptica da Autora, a protecção possessória conferida ao credor pignoratício) e Marc Billiau, ob. cit., pág. 21, escrevendo que “Le gagiste ne possède pas à titre de propriétaire; il n’a pas la volonté de se considérer comme le propriétaire de la chose. Autrement dit, sa détention paraît entachée d’une certaine précarité (...). Cependant, le gagiste, s’il ne possède pas à titre de propriétaire, possède néanmoins son droit, c’est à dire le droit de gage, de la même manière qu’un usufruitier. Cette possession ne lui est d’ailleurs pas transmise; elle est constitué par l’effet même du contrat de gage et ne confère aucun droit d’usage”.*

No entanto, tendo em conta as anteriormente analisadas finalidades atribuídas à entrega, impõe-se a privação da prática de actos de disposição do bem onerado por parte do constituinte da garantia,<sup>1036</sup> mas tal circunstância não deve fazer esquecer que este conservará, em todo o caso, a posse restrita relativa ao direito de propriedade.

A esta concepção não obsta sequer o facto de o bem ser, aquando da constituição do penhor, entregue a um terceiro, pois este último será um detentor por conta do proprietário, relativamente ao direito de propriedade, e por conta do credor pignoratício, no que respeita ao direito de penhor (continuando aquele credor a possuir mediatamente e poder usar os meios de tutela possessória).<sup>1037</sup>

Pelo contrário, uma terceira opinião considera que o credor pignoratício não desfruta de qualquer posse em nome próprio, sendo apenas um mero detentor.<sup>1038</sup>

---

<sup>1036</sup> Neste sentido, Paulo Cunha, ob. cit., pág. 191.

<sup>1037</sup> Assim, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 278. Também Paulo Cunha, ob. cit., págs. 190 e 191, realça como o terceiro, passa a deter a coisa em nome alheio, por conta do credor pignoratício. Giuseppe Portale, ob. cit., pág. 881, destaca como, apesar de não existir qualquer relação material do credor com o objecto da sua garantia, continua a existir uma situação possessória, pois “*con l’affidare la cosa al terzo si pone in essere una di quelle situazioni indirette o mediate, nelle quali in luogo di un potere di fatto proprio del titolare si ha una relazione tra questi e chi detiene: il terzo apprende la cosa per realizzare lo spossessamento del datore del pegno e per detenerla per conto del creditore*”, não sem que deixe de a continuar a deter também por conta do empenhante, pelo que “*vengono a coesistere due coppie possessorie connesse sebbene distinte: costituente-terzo, terzo-creditore. Il detentore, cioè, esplica una funzione strumentale sia nei confronti del concedente, sia nei confronti del titolare del pegno, rendendo possibile il convergere su uno stesso bene di due situazioni possessorie con diverso titolo*”.

<sup>1038</sup> Assim, Guilherme Moreira, ob. cit., págs. 324 e 325 afirmando que “*(...) o contrato de penhor, que tem como elemento essencial e específico o direito de deter a coisa móvel, que o credor só pelo facto da entrega fica tendo. A entrega da coisa ao credor e o direito de a deter têm por fim garantir o credor, podendo assim alienar a coisa para se pagar pelo seu valor. É este o fim do penhor, sendo a entrega e a detenção da coisa meios para o conseguir. Como o direito de detenção é um direito real, podendo portanto exercer-se contra todos (art. 860º n.º 2.º), e a garantia é o fim desse direito, pode considerar-se o direito de preferência do credor pignoratício como uma consequência do direito de detenção (...). O que se torna em todo o caso indispensável para que haja o contrato de penhor é que o devedor ou o terceiro que o presta sejam desaposados da coisa, e que sobre esta fique tendo o credor o direito de detenção.*” e, mais recentemente e com reservas, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 173, pois, depois de afirmarem que “*O credor pignoratício possui a coisa empenhada em nome de outrem (autor do penhor), sendo, portanto, simples detentor*”, logo em seguida ressalva que “*Quando muito, poder-se-ia admitir que, à imagem do que ocorre nos direitos reais menores, como o usufruto, o penhor daria origem à constituição de uma posse específica, a posse pignoratícia e, então, dir-se-ia que a posse relativa ao direito real de propriedade mantém-se no autor do penhor, sendo o credor pignoratício detentor da coisa e titular de uma posse pignoratícia, a qual não lhe conferia a possibilidade de adquirir direitos reais sobre a coisa, por usucapião.*” e, ao menos aparentemente, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 26/1/1999, in *BMJ* n.º 483 (1999), pág. 297, no qual se afirma que “*O credor pignoratício não tem posse susceptível de fundamentar embargos de terceiro. A tutela possessória conferia ao credor pignoratício pela alínea a) do artigo 670.º do Código Civil não se fundamenta em qualquer posse daquele em nome próprio da coisa empenhada, mas na relação de mera detenção, subjacente ao penhor*” e Santos Justo, ob. cit., pág. 471. Em termos de direito comparado, podemos citar Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 95 e 96, o qual, apoiando-se no art.º 2079.º do CCF, afirma que o objecto empenhado permanece nas mãos do credor a título de depósito e apesar de negar que o paralelismo seja exacto (uma vez que o depositário, ao contrário do credor pignoratício, não tem um direito real, nem a posse da coisa e os meios para a sua defesa), serve para demonstrar que, relativamente ao devedor, o credor pignoratício é um mero detentor (não podendo, por isso, usar o bem empenhado, nem adquirir a respectiva propriedade por usucapião), funcionando essa detenção como condição do exercício do seu direito de preferência e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 107 e 108 (em virtude da ausência de *animus domini*, possuindo por conta de outrem e não podendo modificar o título dessa detenção, salvo inversão desse título, inversão essa cuja prova lhe incumbe fazer), bem como Troplong, ob. cit., pág. 115, falando de posse precária que apenas confere o direito de conservar e reter a coisa (contudo, a posição deste Autor não é totalmente clara, porquanto, noutro passo do mesmo texto, afirma que a constituição do penhor implica a aquisição da posse por parte do titular da garantia).



Como corolário deste raciocínio, as garantias sobre bens móveis nas quais o respectivos proprietários permaneçam com o bem seu poder, mesmo qualificadas por lei como penhores, serão verdadeiras hipotecas mobiliárias, tendo em conta a ausência do elemento essencial da detenção.<sup>1039</sup>

Esta posição é, não raras vezes, ancorada na equiparação do credor pignoratício a quem o bem seja entregue a um depositário, sobretudo tendo em conta que algumas legislações afirmam que o bem empenhado se encontra, durante a vigência da garantia, em poder do credor a título de depósito (cfr. art.º 2079.º do CCF, anterior à reforma de 2006).

Todavia e como bem salientam alguns Autores, a analogia entre a situação do credor pignoratício e do depositário não é inteiramente correcta, tendo em conta o carácter real do direito do primeiro e não do segundo, o interesse egoístico do credor pignoratício na manutenção do bem em seu poder (enquanto o depositário actua no interesse do depositante), culminando na natureza possessória do direito do credor pignoratício em contraponto com o carácter de mera detenção que assiste ao depositário.<sup>1040</sup>

Tomando posição, aderimos à posição intermédia (que defende a coexistência da posse pignoratícia com a posse de proprietário), por ser a que melhor se harmoniza com os dados legislativos, não conflituando igualmente com as concepções tradicionais da posse e da detenção acima expostas, podendo, por isso, o credor pignoratício exercer, em nome próprio, a tutela possessória conferida por lei (nomeadamente a concedida pelo art.º 670.º, alínea a)).

O direito francês é, a este propósito, elucidativo, porquanto, em resposta a uma posição inicial<sup>1041</sup> e apesar da equívocidade dos dados legislativos (depois de o citado art.º 2079.º do CCF equiparar o credor pignoratício a um depositário, alude sistematicamente à posse do credor pignoratício), propende igualmente para qualificar a posição do credor pignoratício como, simultaneamente, possuidor e de detentor.<sup>1042</sup>

---

<sup>1039</sup> Guilherme Moreira, ob. cit., págs. 325 e 326: “Neste caso, em que o credor não fica tendo o direito de detenção sobre a coisa dada em garantia, não pode dizer-se que haja um penhor; há, pelo direito de preferência que o credor fica tendo, uma hipoteca mobiliária”. Acerca da distinção entre penhor e hipoteca e do papel a atribuir ao desapossamento do constituinte para este efeito, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III.

<sup>1040</sup> Assim, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 95 e 96, Guillaouard, ob. cit., pág. 157 e, especialmente, Hardel, ob. cit., págs. 47 e 48 (este último esclarece que as diferenças entre os contratos de depósito e de penhor são de tal ordem – desde logo o facto de o primeiro ser celebrado no interesse exclusivo do depositante e o segundo no interesse de ambas as partes, para além de o primeiro ser normalmente gratuito e o segundo oneroso - que impossibilitam a equiparação da posição do credor pignoratício à do depositário, criticando essa assimilação legal e propondo que o legislador deveria ter exigido uma responsabilidade acrescida ao credor pignoratício, considerando que o objectivo do legislador foi realçar que o credor pignoratício se encontra impedido de usar o bem empenhado).

<sup>1041</sup> De acordo com Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 297 e 298, a posição dominante nos primeiros anos de vigência do Código de Napoleão qualificava o credor pignoratício como simples detentor (citando neste sentido a posição de Troplong, para quem o credor seria um simples depositário, detendo o bem unicamente com o intuito de assegurar o seu direito de preferência, embora lhe reconhecesse o direito de invocar em seu benefício a regra da posse vale título). O Autor recusa que o credor pignoratício possa ser equiparado a um detentor, uma vez que “*il entend exercer pour son propre compte et dans son intérêt personnel, la main-mise qui lui est conféré par la chose donnée en gage*”, pois, embora se não possa apropriar das utilidades proporcionadas pelo objecto da garantia (até porque esta recai mais sobre o valor económico da *res*, do que sobre esta na sua individualidade), tem o dever e a necessidade de conservar a coisa em vista de uma futura venda, pelo que “*exerce sur elle un pouvoir indépendant de celui du constituant, et ne peut être regardé comme le simple représentant de la possession de celui-ci (...) il prétend tout au moins être le maître de la valeur pécuniaire qu’elle représente*”.

<sup>1042</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 298 e segs., destaca como, sob a influência da jurisprudência que concedeu ao credor pignoratício o direito de se fazer valer do princípio da posse vale título, a doutrina

## 5.2 - Penhor de créditos e outros direitos

Ao contrário do que vimos suceder com o penhor de coisas e apesar da aplicação subsidiária do regime previsto para este, a entrega não é erigida pela lei como condição do nascimento do penhor de direitos em geral.<sup>1043</sup>

Com efeito, a constituição de um penhor sobre direitos encontra-se sujeita à forma e publicidade exigidas para a transmissão dos direitos empenhados (cfr. art.º 681.º, n.º 1) e, por força do art.º 408.º, n.º 1, essa transmissão não implicará, em regra, qualquer entrega do bem.

Esta solução, recorrente em termos de direito comparado<sup>1044</sup> (salvo, naturalmente, aqueles ordenamentos, como o espanhol, que nem sequer prevêm a

---

*“reconnaît au gagiste la double qualité de possesseur et de détenteur, en ayant une tendance à rattacher la possession du gagiste à sa qualité de titulaire d’un droit réel”*. Neste contexto, dois entendimentos existem para sustentar a distinção, um que assenta na circunstância de o credor poder opor o seu direito a terceiros ou ao constituinte (sendo, no primeiro caso, considerado como possuidor e no segundo como mero detentor), isto é, *“Dans les rapports avec le droit de propriété, le créancier gagiste n’est en somme qu’un simple détenteur précaire”* (ou, numa fórmula mais simples, o credor pignoratício tem a *“détention vis-à-vis du constituant, possession vis-à-vis des tiers”*) e outro, pelo contrário, que ancora a distinção no facto de o credor pignoratício ser possuidor no que respeita ao seu direito real de penhor e detentor no que concerne ao direito de propriedade que permanece no devedor (ou seja, *“la possession ne cesse d’appartenir au débiteur constituant. Mais si ce créancier n’a et ne peut avoir l’animus domini, il a celui du titulaire d’un démembrement de la propriété. Il entend posséder pour son propre compte le droit de gage dont il est investi (...) et on ne peut lui refuser la qualité de possesseur”*). O Autor recusa a primeira concepção (alegando que a posse – enquanto apropriação de facto que gera a aparência de apropriação de direito - não pode existir apenas relativamente a certas pessoas e, se assim é, *“si le gagiste a la possession partielle de la chose vis-à-vis des tiers, il doit l’avoir également vis-à-vis du constituant”*) e adopta a segunda como ponto de partida para concluir pela existência de uma detenção e de uma posse parciais por parte do credor pignoratício, argumentando que este tem o poder de facto sobre o bem recebido em garantia, que exerce em vista de apropriação eventual do respectivo valor pecuniário, isto é, *“il y a là une possession partielle, mais qui se manifeste moins fortement qu’au cas d’appropriation actuelle de la chose envisagée dans son individualité, en sorte que jusqu’à l’échéance ce qui apparaît surtout c’est la détention partielle qui l’accompagne”* (de modo mais completo, este Autor defende que, até ao vencimento do crédito garantido, o credor não se pode apropriar das utilidades produzidas pelo bem e, apenas após essa data, terá essa intenção: todavia, *“le constituant qui conserve la possession de la chose envisagée dans son individualité à laquelle le gagiste ne prétend pas, ne peut plus manifester cette possession que par l’intermédiaire du gagiste. Celui-ci sera donc en ce qui concerne les utilités matérielles de la chose, le représentant nécessaire du constituant dans l’exercice de la possession de celui-ci. Sa possession partielle n’atteignant la chose envisagée dans sa matérialité que dans la mesure où cette matérialité sert pour ainsi dire de support à la valeur pécuniaire qui en fait l’objet, il sera pour tout le reste un détenteur partiel pour le compte du constituant”*.

<sup>1043</sup> Embora Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 18 e 19, entenda que, em face da redacção do art.º 2076.º do Code Civil, a exigência de desapossamento do constituinte possui um âmbito de aplicação geral, abarcando mesmo as garantias sobre bens incorpóreos.

<sup>1044</sup> Em termos idênticos se expressa o art.º 2806.º do CCI, acrescentando, porém, que esta diversa modalidade de constituição do penhor não prejudica a obrigatoriedade, como condição do exercício do direito de preferência, da redacção de um documento escrito com data certa contendo uma suficiente indicação do crédito e do bem empenhado (cfr. art.º 2787.º, n.º 3). Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 167, afirmam que estes ónus de terá por verificado sempre que para o empenhamento do direito for necessária a sua inscrição no registo, tendo em conta que para esta inscrição será normalmente necessária a apresentação de um documento contendo as indicações exigidas pelo art.º 2787.º, n.º 3. Finalmente o n.º 1 do §1274 do BGB dispõe que à constituição de um penhor sobre direitos se aplicam as regras relativas à transferência desses mesmos direitos (se para a transferência do direito for necessária a entrega da coisa, aplicam-se as regras relativas à constituição do penhor de coisas e, por arrastamento, aplicar-se-ão por analogia as normas relativas à extinção do penhor por força da devolução da coisa, por remissão do §1278), acrescentando o n.º 2 que os direitos intransmissíveis não poderão ser objecto de penhor (por outro lado, o §1276 estabelece uma protecção do credor pignoratício frente a possíveis actos dispositivos

figura),<sup>1045</sup> encontra um desvio no direito brasileiro, no qual se determina que o penhor de direitos se constitui através de instrumento particular e posterior inscrição no registo de títulos e documentos (cfr. art.º 1452.º do Código Civil Brasileiro).<sup>1046</sup>

Curiosa é a evolução do direito francês, no qual, antes da reforma de 2006, o art.º 2075.º do CCF prescrevia que, para a constituição de penhor bens incorpóreos, como os créditos, era necessária a redacção de um documento escrito autêntico ou particular registado, o qual deveria ser notificado ao devedor do crédito empenhado (ou a aceite por este).<sup>1047</sup> No seguimento daquela reforma, o art.º 2355.º, n.º 4, passou a dispor que o penhor de direitos, com excepção dos créditos (que gozam de um regime particular) se rege pelas disposições relativas ao penhor de coisas corpóreas, isto é, surgirá mediante a redacção de um documento escrito contendo a indicação da dívida garantida, dos bens empenhados, sua natureza e quantidade (art.º 2336.º), associado à inscrição no registo ou, em alternativa a este, mediante o desapossamento do constituinte (art.ºs 2337 e 2338.º): naturalmente que, incidindo sobre bens incorpóreos, o mais corrente será que a garantia se constitua mediante registo e não através de desapossamento.

Mais precisamente, o novel regime gaulês impõe a redução a escrito, sob pena de nulidade, do contrato de constituição da garantia (art.º 2356.º, n.º 1),<sup>1048</sup> distingue

---

do empenhante que o prejudiquem, dispondo que um direito empenhado apenas poderá ser anulado – ou alvo de alteração em prejuízo do credor pignoratício - através de negócio jurídico com o consentimento do credor pignoratício, consentimento este que é notificado àqueles em favor de quem é prestado e é irrevogável), para além de a cessão do direito empenhado não prejudicar a subsistência da garantia. Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1571 e segs., ressaltam que, quando a transmissão do direito exigir a entrega de uma coisa, a mesma exigência valerá para a constituição do penhor, esclarecendo ainda que a aquisição *a non domino* do penhor de direitos apenas será admissível nos mesmos termos em que o é o direito objecto do penhor: apesar destas especificidades, o regime geral vertido para o penhor de coisas é aplicável também ao penhor de direitos, sempre que a lei não disponha em contrário (§1273.II).

<sup>1045</sup> Com efeito, o direito espanhol não prevê a possibilidade de dação em penhor de direitos, mas tal possibilidade é admitida (desde que se trate de direitos que recaiam sobre coisas móveis susceptíveis de posse e alienáveis), tendo conta alguns preceitos contidos no CCE (designadamente o art.º 1864 – que, ao referir que podem ser objecto de penhor todas as coisas móveis susceptíveis de posse, não pretenderá excluir os direitos – o art.º 1872.º - que considera o penhor de valores como uma modalidade do penhor de direitos – e o art.º 1868.º - que, ao falar de juros produzidos pela coisa empenhada, parece referir-se precisamente ao penhor de créditos) – neste sentido, vide Barrada Orellana, ob. cit., pág. 119, Medina de Lemus, ob. cit., págs. 147 e 148 (embora este último, a respeito da garantia que incida sobre créditos, negue tratar-se de um verdadeiro penhor) e López, Montés e Roca, ob. cit., págs. 446 e 447 (asseverando igualmente que, quando recaia sobre créditos, não estaremos perante um penhor, porque o crédito é insusceptível de posse, sim diante de “*la cesión de un crédito en garantía de una obligación. Como la prenda de derechos de crédito no permite la transmisión material del crédito, el desplazamiento posesorio se sustituye por la notificación al deudor*”).

<sup>1046</sup> Depois de, no art.º 1451.º, estabelecer que poderão ser objecto de penhor os direitos sobre coisas móveis susceptíveis de cessão.

<sup>1047</sup> Esta norma, apesar de se declarar aplicável a qualquer penhor que tivesse por objecto bens incorpóreos, no fundo apenas regulava especificamente o modo de constituição do penhor de créditos. Criticando a ineficácia e onerosidade deste regime - por não assegurar o empossamento do credor pignoratício, nem a publicidade da garantia – e defendendo ser necessário, por um lado, impedir que o devedor do crédito empenhado pague ao seu credor e, por outro, que os terceiros sejam informados da constituição da garantia, através de um sistema de publicidade pessoal, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 217.

<sup>1048</sup> O documento escrito deve conter a identificação do crédito garantido e do crédito empenhado (n.º 2) e terá uma data, a qual será extremamente relevante, uma vez que assinala o momento a partir do qual a garantia produzirá efeitos entre as partes e relativamente a terceiros (excepto o devedor do crédito dado em garantia), uma vez que nenhuma outra formalidade publicitária é exigida por lei - Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 389 (em termos análogos, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 559). Contudo, é discutível se esta enumeração dos elementos que devem constar do documento escrito é taxativa ou

entre a produção de efeitos, por um lado, entre as partes e os terceiros em geral (art.º 2361.º)<sup>1049</sup> e, por outro, face ao terceiro devedor do crédito empenhado (art.º 2362.º)<sup>1050</sup> e, por último, as formas de realização da garantia (art.º 2364.º e 2365.º).<sup>1051</sup>

Retornando ao nosso direito, da aplicação do princípio da sujeição do penhor de direitos às formalidades impostas para a transmissão dos mesmos ao penhor de créditos<sup>1052</sup> resultaria a desnecessidade tendencial de qualquer formalidade para o surgimento do penhor sobre este tipo de bens, por ser esse o regime vigente para a cessão desses mesmos créditos, a qual produz efeitos entre as partes por mero efeito do

---

meramente exemplificativa, pronunciando-se neste segundo sentido Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 526.

<sup>1049</sup> Que coincide com a data do acto escrito de constituição da garantia, excepto no caso de penhor sobre um crédito futuro, caso em que o credor adquire um direito sobre o crédito unicamente desde o nascimento deste (art.º 2357.º).

<sup>1050</sup> Para o que é necessária a sua notificação ou, em alternativa, a intervenção espontânea deste no acto de constituição da garantia). Não ocorrendo essa notificação, apenas o constituinte pode receber validamente a prestação; pelo contrário, a partir do momento em que tal notificação seja efectuada, a prestação deverá ser efectuada unicamente ao credor pignoratício (art.º 2363.º, n.º 1). Esta última solução, de acordo com Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 388, é entendida por alguns como argumento a favor da qualificação desta garantia como uma verdadeira garantia fiduciária (uma vez que “*le créancier n’a pas à craindre le concours avec d’autres créanciers. Ils bénéficieraient en réalité d’une situation d’exclusivité*”), posição esta rejeitada pelo Autor, negando a assimilação entre os efeitos do penhor e da cessão (até porque a jurisprudência recusa a produção de efeitos de uma cessão em garantia fora dos casos expressamente previstos pelo legislador), concluindo, por isso, que o credor não é proprietário das somas cobradas, embora a eficácia da garantida seja asseguradas através da atribuição de um direito de retenção sobre as quantias cobradas. Não estabelecendo a lei o modo através do qual esta notificação deverá ser efectuada, dever-se-á concluir que qualquer meio é idóneo para o efeito, cabendo ao credor ónus da prova (Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 527).

<sup>1051</sup> De acordo com o art.º 2364.º, quando, vencido o crédito dado em garantia, ainda não se encontrar vencido o crédito garantido, o credor pignoratício pode executar a garantia, conservando as quantias cobradas numa conta aberta num estabelecimento bancário (embora, segundo Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 259 e Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 528, essa conta não tem que ser nem especial, nem tem que ser bloqueada), com a obrigação de as devolver em caso de cumprimento da obrigação assegurada (em caso de falência do devedor do crédito empenhado, oito dias após uma intimação para pagamento, o credor afecta as ditas quantias ao reembolso do seu crédito, no limite do montante em dívida), destarte transformando o penhor de créditos num penhor sobre uma quantia em dinheiro (Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 259) ou numa garantia fiduciária sobre dinheiro (Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 528), até ao vencimento da obrigação garantida (este mecanismo representa, para o devedor, um perigo, sempre que o crédito empenhado seja superior ao crédito garantido - Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 528). Na hipótese inversa, vencimento do crédito garantido antes do crédito dado em garantia, o credor pode aguardar o vencimento deste – e perceber o respectivo montante (de acordo com Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 260, uma vez recebido este, o credor opor-se a um eventual pedido de restituição efectuada por outro credor com uma preferência superior, porquanto a lei, ao conceder ao credor pignoratício o direito exclusivo de cobrança do crédito empenhado, torna a garantia oponível a terceiros) –, requerer a atribuição judicial ou convencional do crédito onerado (equiparando esta figura a um pacto comissório - segundo Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 260, neste último caso mesmo sem necessidade de avaliação por um perito, uma vez que a norma que impõe este dever deve ser confinada ao penhor de bens corpóreos). Em caso de falência do constituinte do penhor de créditos, o credor pignoratício pode, alternativamente, requer a atribuição - judicial ou nos termos previstos em convenção das partes - do crédito empenhado ou aguardar pelo seu vencimento (cfr. art.º 2365.º), não aludindo a lei à venda do bem onerado (omissão esta justificada porque, como notam Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 563, não faria sentido alienar um crédito na maior parte das vezes pecuniário para obter... uma quantia em dinheiro).

<sup>1052</sup> Uma especial modalidade de penhor de créditos – denominada *pignus debiti* – ocorre quando coincidem no mesmo sujeito as condições de credor pignoratício e de devedor, caso em que aquele adquire um penhor sobre um crédito de que é devedor (Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1582, apontam como exemplo o penhor constituído a favor de um banco, sobre o saldo das contas bancária dos seus clientes, em garantia de empréstimo concedidos pelo referido banco aos mesmos clientes).

contrato, ficando apenas dependentes de notificação os efeitos a produzir relativamente ao devedor cedido e aos terceiros adquirentes do direito (cfr. art.ºs 578.º e 583.º).

No entanto, o penhor de créditos apenas produzirá os seus efeitos se e quando ocorrer a notificação ao respectivos devedores ou, em alternativa, a partir do momento em que estes o aceitem (cfr. n.º 2 do art.º 681.º),<sup>1053</sup> <sup>1054</sup> <sup>1055</sup> excepto quando se trate de penhor sujeito a registo, caso em que a constituição da garantia apenas produzirá efeitos depois de realizada a correspondente inscrição.<sup>1056</sup>

Assim, por exemplo, se o crédito a onerar se encontrar assegurado por hipoteca ou consignação de rendimentos, será necessária a inscrição do penhor no registo (art.º 2.º, n.º 1, alínea o), do Código do Registo Predial).

---

<sup>1053</sup> O art.º 857.º do Código de Seabra apenas se referia à notificação ao devedor do crédito empenhado, mas a doutrina já considera viável, em alternativa, a sua aceitação por aquele mesmo sujeito (cfr. Marques de Carvalho, ob. cit., págs. 67 e 68). Do mesmo modo, em face da redacção originária do Código de Napoleão, Hardel, ob. cit., págs. 60 e 61, assegura que a jurisprudência se orientou no mesmo sentido, ressaltando apenas que a aceitação deveria constar de acto autêntico.

<sup>1054</sup> À imagem do que vimos suceder no penhor de coisas, também no penhor de créditos a lei não fixa nenhum prazo para o cumprimento das formalidades exigidas para a constituição da garantia, muito embora deva ser realizada antes que outrem efectue um acto de apreensão sobre o crédito empenhado (nomeadamente antes que um outro credor obtenha um outro penhor - ou uma cessão - sobre o mesmo crédito e este seja primeiramente notificado ao devedor do crédito empenhado. Por isso, sempre que o mesmo crédito seja dado em penhor a diversos credores, prevalecerá o previamente notificado - cfr. Guillaouard, ob. cit., pág. 138 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 75).

<sup>1055</sup> Em termos análogos se exprime o Código Civil Brasileiro, cujo art.º 1453.º dispõe que o penhor não tem eficácia enquanto não for notificado ao devedor do crédito empenhado, tendo-se por notificado sempre que este sujeito, em documento público ou particular, se declare ciente da existência do penhor (o negócio de constituição de penhor de créditos deve, além disso e nos termos do art.º 1451.º do mesmo Código, constar de documento escrito, ao qual Silvio Rodrigues, ob. cit., pág. 382, atribui uma importância decisiva, porquanto “*justifica a transmissão dos títulos para o credor, o qual, agora, fica constituído mandatário do credor original, para cobrança do título do devedor. Realmente, ao fazer a caução, o devedor caucionante transfere o título ao credor mediante endosso. Esse endosso equivale à constituição de um mandato autorizando o credor pignoratício a receber, em nome do mandante, o título, a imputar a importância recebida na dívida, e compensá-la com o seu crédito, devolvendo ao devedor o remanescente, se o houver. A inexistência de contrato escrito poderia levar à ideia de que o título endossado tinha sido transferido por cessão, e não por força de penhor. Daí a sua necessidade*”) – a partir desta notificação – ou do conhecimento da garantia -, não poderá o devedor do crédito empenhado pagar ao seu devedor originário (mas antes apenas ao credor pignoratício), sendo esta notificação mera condição de eficácia da garantia face ao devedor do crédito empenhado (Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 383, realça que o contrato não notificado já produz efeitos entre as partes, até porque “*o próprio poder de notificar o devedor já é efeito da constituição do direito de penhor*”). Já quanto aos títulos de crédito (art.º 1458.º e segs.). Todavia, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 93 e segs., asseguram que – ao menos no que respeita às garantias de índole financeira - esta necessidade de notificação é típica dos penhores de crédito da primeira geração, tendo sido posteriormente suplantada pela constituição através da incorporação do crédito em títulos (segunda geração) e, actualmente, mediante a inscrição num registo dos valores escriturais (terceira geração). Também no direito alemão, o §1280 do BGB impõe igualmente a notificação do terceiro devedor do crédito cedido, embora Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1581, ressalvem que tal exigência não vigorará para aqueles créditos para cuja cessão se exija, além do mero consenso, algum requisito adicional (por exemplo, o registo, como sucede com a cessão de créditos garantidos por hipoteca): salvo nestas hipóteses, a notificação assumirá papel constitutivo – e não de mera publicidade – no sentido em que a garantia apenas nasce aquando da sua realização.

<sup>1056</sup> Também não se encontram sujeitos a notificação o penhor sobre direitos reais ou bens imateriais, desde logo porque não são créditos (estando, por isso, a sua colocação em penhor sujeita às mesmas regras que vigoram para a sua transmissão) e porque não existe um devedor a quem efectua-la. Outra alternativa passa por qualificar o penhor de direitos reais como penhor de coisas (objecto desse direito), constituindo-se através da entrega da mesma – para mais desenvolvimentos, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 59, pág. 183, nota 9.

Poder-se-á considerar que, nestas hipóteses, a notificação não será exigível pois o registo cumpre as mesmas finalidades visadas por aquele e mesmo, em termos mais amplos, que a notificação será dispensável sempre que os seus objectivos possam sejam alcançadas através de outros mecanismos.<sup>1057</sup>

No especificamente concerne ao registo e de modo um tanto contraditório, esta formalidade, por comparação com a notificação, realiza em termos mais perfeitos uma das funções normalmente atribuídas aos mecanismos de constituição do penhor (a publicidade), mas não satisfaz cabalmente o desiderato, específico do penhor de créditos, de dar a conhecer a constituição da garantia ao devedor do crédito empenhado.<sup>1058</sup>

Em ordenamentos, como o espanhol, em que a figura do penhor de créditos não encontra reconhecimento legal expresso,<sup>1059</sup> ao menos ao nível da legislação civilística, a doutrina vem, na senda da admissibilidade da figura, discutindo o regime jurídico aplicável,<sup>1060</sup> sendo que para alguns nem sequer será exigível a notificação do devedor

---

<sup>1057</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 181 e 182, apontando como exemplo o penhor de créditos constantes de uma letra, na medida em que a constituição desta garantia exige a entrega do título.

<sup>1058</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 183, apontando como exemplo o penhor de créditos hipotecários, o qual, mesmo após o registo, pode permanecer desconhecido para o devedor desse crédito que, assim, poderá pagar ao empenhador, parecendo que esse pagamento deverá ser oponível ao credor pignoratício.

<sup>1059</sup> Garcia Vicente, La prenda cit., pág. 25 e segs. - depois de destacar a importância prática desta garantia, sobretudo tendo em conta as vantagens como o baixo custo de constituição (por não ser necessário a outorga de documento público) e de execução da garantia (em razão da possibilidade de recurso à compensação), bem como a ausência de custos de administração do *quid* onerado (embora admitindo que o valor deste tipo de garantia dependerá da solvabilidade do terceiro devedor do crédito onerado) – atesta a ausência de um regime legal completo (existem apenas determinadas regras para o penhor de alguns direitos, como as valores mobiliários e as participações sociais), ao invés do que sucede no direito catalão (uma vez que o Código Civil da Catalunha, que incorporou a anterior lei dos direitos reais de garantia, prevê e regula o penhor de créditos, tendo até, aquando daquela incorporação, reduzido as condições de validade dos penhores *omnibus* – passando a impor apenas um tecto máximo de responsabilidade - e estabelecendo qual o destino a dar ao eventual excedente do valor do crédito onerado face ao do crédito garantido). Aranda Rodríguez, La prenda de créditos, Marcial Pons, Madrid, pág. 63 e segs., denuncia igualmente a ausência de um regime legal, acrescentando a escassez de contributos doutrinários e a contradição da orientação dos tribunais superiores (os quais, numa primeira fase, negaram o carácter real do penhor de créditos – atenta a ausência de alguns elementos essenciais do contrato de penhor, nomeadamente o desapossamento do devedor -, enquanto as decisões mais recentes apontam em sentido contrário), factos que em nada contribuem para a delimitação dos contornos e do regime legal do penhor de crédito.

<sup>1060</sup> Garcia Vicente, La prenda cit., pág. 25 e segs., aponta como única norma que, com carácter geral, se refere ao penhor de créditos a lei falimentar (em cujo art.º 90.º, n.º 1, ponto 6, se faz expressa referência ao penhor de créditos, determinando-se que, para usufruir de um privilégio especial “*bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados*”). Atento este panorama, a citada disposição de direito concursal, se não resolve todas as questões relativas ao regime jurídico do penhor de créditos (desde logo porque não se ocupa das especificidades desta garantia, como sejam a execução por compensação ou a imposição limites ao penhor de créditos futuros), tem o mérito de legalizar a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido da admissibilidade da figura, acabando por resolver, em sentido negativo, a querela acerca da necessidade de notificação do terceiro devedor do crédito cedido como condição de oponibilidade da garantia a terceiros: de acordo com o Autor, os demais aspectos do regime deverão buscar-se numa combinação das normas ditadas para o penhor comum e para a cessão de créditos. Mais concretamente, (ob. cit., pág. 45 e segs.), o Autor advoga que o regime jurídico aplicável ao penhor de créditos deverá assentar em quatro premissas essenciais, quais sejam a impossibilidade de importação cega das normas do penhor comum (desde logo porque estas se encontram pensadas para a constituição através de desapossamento do devedor, apesar de o Autor considerar este um obstáculo relativo, uma vez que a indisponibilidade lograda com aquele desapossamento pode, no penhor de créditos, ser atingida através de mecanismos alternativos, como seja a notificação do devedor do crédito empenhado, o efeito análogo ao da cessão de créditos que este penhor

do crédito onerado como condição para o nascimento desta garantia<sup>1061</sup> (o que torna o penhor de créditos uma garantia totalmente oculta),<sup>1062</sup> enquanto outros, ao

---

produz (qualificando mesmo a *fattispecie* como cessão em garantia, até porque “*La cesión no es un tipo contractual autónomo, sino que expresa el efecto que se produce sobre el crédito cedido pero no el título que lo justifica que, en nuestro caso, será la prenda*”, o que tornará aplicável o regime desta última garantia, em tudo o que não pressuponha o empossamento do credor), a inadmissibilidade de aplicação analógica das normas previstas para determinados penhores sobre créditos específicos e complexos, como valores mobiliários e participações sociais (por se tratar de normas especiais, como tal insusceptíveis de aplicação analógica) e o reconhecimento de uma ampla autonomia das partes da delimitação do regime aplicável (embora com limites, como os decorrentes da proibição do pacto comissório e as restrições aos penhores *omnibus*). O Autor alude ainda à possível dação em penhor de um crédito abrangido por um pacto de *non cedendo*, a qual, à partida será ilegítima por falta de legitimidade do constituinte da garantia – de modo que o terceiro devedor do crédito onerado poderá opor tal exceção ao credor pignoratício que pretenda cobrar tal crédito, desde que o pacto de incedibilidade seja anterior à constituição da garantia – embora a questão não seja linear porquanto alguns negam a oponibilidade a terceiros daqueles pactos, pelo menos quando os terceiros – neste caso, o credor pignoratício – não possam constatar a sua existência da documentação que suporta a constituição da garantia.

<sup>1061</sup> A este respeito, Garcia Vicente, *La prenda cit.*, pág. 48, começa por esclarecer que se atribui a tal notificação um conjunto de efeitos que não são necessários, porquanto se ela representa uma vantagem para o credor pignoratício (impedindo que o notificado pague ao seu devedor e iluda a garantia), não pode ser erigida como condição de validade do penhor, sob pena de se excluir a empenhabilidade de créditos futuros (para além de os requisitos de validade da garantia servirem, essencialmente, para informar terceiros de tal constituição e, a este respeito, a notificação “*no ofrece ninguna información valiosa ex ante a ulteriores acreedores o cesionarios y tampoco es imprescindible para atribuir la prioridad*”). Nesta conformidade, o Autor (ob. cit., pág. 61 e segs.) sustenta que o penhor de créditos produz efeitos *inter partes*, desde a data da sua constituição e esta não obedece a qualquer formalidade específica (é, por isso, um contrato consensual), sendo as exigências formais impostas como condição de oponibilidade da garantia a terceiros (embora esclarecendo que, uma coisa é “*la forma del contrato que predetermina la ley para que la prenda disfrute de oponibilidad frente a terceros*” e outra é “*si esa forma satisface o no las exigencias de publicidad de la garantía, en donde se debe separarse la descripción del Derecho vigente y el juicio que nos merezca la solución legal*”), de modo a determinar as condições em que os terceiros terão que suportar os efeitos da garantia, da mesma forma que sucede com o penhor em geral (todavia, o Autor esclarece que, no regime geral do penhor, nem a exigência de documento público – “*no hay publicidad genérica de los protocolos notariales*” -, nem tão pouco o desapossamento do devedor – “*cuyo fin es que el control sobre el bien mueble pignorado repose en un sujeto distinto al pignorante, control que impide que se frustre su eficacia a través de su transmisión a un tercero*”, ou seja, o desapossamento “*se vincula con el modo de transmisión de los derechos sobre bienes muebles corporales: los adquirentes, en las condiciones fijadas por el art. 464 CC, no tienen que suportar los gravámenes o restricciones. Tal vez sea más preciso señalar que el desplazamiento posesorio tiene un efecto de publicidad negativa, que en interés de los subadquirentes señala al titular desposeído como un sujeto que no puede disponer del bien para constituir un nuevo gravamen o para transmitirlo libre de cargas*” - satisfazem essa função publicitária): ora, para o penhor de créditos, o citado preceito da lei concursal estabelece como única condição de oponibilidade que a garantia conste de documento, público ou privado, munido de data certa, de modo que a notificação ao devedor do crédito empenhado, à imagem do que sucede no regime da cessão de créditos (cfr. art.ºs 1526.º, n.º 1, do CCE), tem apenas como função “*evitar un pago liberatorio a favor del acreedor aparente (cedente, pignorante) e impedir la oponibilidad de los actos dispositivos del crédito posteriores (...) si que contribuye a asegurar el control sobre la disponibilidad del pignorante respecto al crédito pignorado, en la medida en que el deudor cedido no puede ignorar el gravamen que pesa sobre el crédito*”, não assumindo qualquer efeito publicitário, uma vez que a notificação é um acto reservado (de modo que “*ni el deudor cedido tiene obligación alguna de comunicar a los acreedores del cedente el hecho de la cesión (o pignoración) ni la identidad de los deudores puede conocerse fácilmente en muchos casos por parte de los terceros interesados*”), apenas do conhecimento do o credor pignoratício e o devedor do crédito empenhado (todavia, o Autor reconhece a existência de posições contrárias, defendendo que a notificação tem carácter constitutivo da garantia, desempenhando funções análogas às do desapossamento no penhor de coisas corpóreas, nomeadamente assegurando a indisponibilidade do bem onerado), acrescentando que o erigir da notificação como condição do surgimento ou da oponibilidade do penhor de créditos implicaria a impossibilidade da garantia incidir sobre créditos futuros ou sobre créditos em massa (uma vez que, no momento do surgimento da garantia, será desconhecida a identidade dos devedores cedidos), assim como

equipararem-na ao desapossamento no penhor de coisas corpóreas, erigem-no como requisito (não apenas de oponibilidade) constitutivo do surgimento da garantia, mesmo inter partes.<sup>1063</sup>

---

desrespeitaria o eventual interesse legítimo do empenhante em manter oculto o negócio de garantia. Em suma, o principal interessado na realização da notificação é o credor pignoratício (daí que o Autor a qualifique como um ónus a seu cargo), apresentando aquela, do seu ponto de vista, vantagens não despiciendas: por um lado, ao advertir o devedor do crédito cedido do nascimento da garantia (produzindo, em conformidade, um desmembramento das faculdades inerentes ao crédito onerado), torna não liberatório o pagamento efectuado ao empenhante; por outro lado, torna-lhe igualmente inoponíveis os eventuais acordos extintivos ou modificativos do crédito empenhado que não obtenham o seu consentimento (excepto se, tratando-se de um contrato bilateral ainda não totalmente cumprido, uma vez que as excepções que nasçam posteriormente são oponíveis, dado que a posição do empenhante não pode ficar prejudicada pelo simples facto de ter constituído uma garantia sobre dito crédito, facto este que leva o Autor a considerar que “*por eso, apenas tienen valor como garantía los créditos derivados de relaciones sinalagmáticas, si éstas son duraderas*”); finalmente, porque a notificação é condição para o exercício, por parte do credor pignoratício, das diversas faculdades conferidas pela garantia, como sejam a conservação e defesa do crédito, a percepção dos juros e a cobrança do próprio crédito (não obstante e como o empenhante não perde a titularidade do crédito onerado, poderá dele dispor, simplesmente tais actos serão inoponíveis ao credor pignoratício).

<sup>1062</sup> De tal modo que a oponibilidade da garantia face a terceiros – quer demais credores do empenhante, quer posteriores cessionários do crédito onerado - opera sem necessidade de cumprimento de qualquer formalidade destinada a tornar tal garantia cognoscível àqueles terceiros, dependendo o direito de preferência do credor pignoratício da existência de um documento com data certa que ateste o nascimento da garantia (sendo, por isso, a prioridade entre os diversos credores com garantia sobre o mesmo crédito determinada por aquela mesma data). Garcia Vicente, *La prenda* cit., pág. 239 e segs., entende, *de lege ferenda* (pois, *de lege data*, não será possível alargar aos créditos empenhados o registo de hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento, uma vez que este é um registo específico, no qual apenas são inscritos os ónus sobre os bens expressamente indicados em tal norma), ser necessário assegurar a protecção dos terceiros, uma vez que, no actual sistema, “*los acreedores del pignorante no pueden conocer anticipadamente si los créditos de los que éste es titular están o no comprometidos, o cuál es el alcance de la afectación, no siquiera si el flujo previsible de créditos a su patrimonio está o no pignorado anticipadamente, en el caso de prenda sobre créditos futuros*”: para o efeito, o Autor advoga que “*el sistema de publicidad de esta garantía podría apoyarse en sujetos distintos a los sujetos de la cesión y, a ser posible, mediante algún mecanismo de información externo a ellos que no suponga un coste excesivo en su administración no restrinja inadecuadamente la legitimación para acceder a ella, esto es, mediante un mecanismo que considere valiosa la reserva sobre la solvencia de los deudores (...) parece oportuno dar noticia de la solvencia los deudores (...) no es tan sencillo decidir qué debe saberse (...) y cómo debe proporcionarse, esto es, si se trata de un registro de gravámenes o bien de deudores*”, concludindo que “*Tal vez deba desplazarse la perspectiva del problema: desde la publicidad de las garantías (como requisito inexcusable para reconocerle oponibilidad erga omnes) hacia la difusión de información dinámica sobre la solvencia de los deudores. Publicidad que es más urgente o necesaria en el caso de cesiones o prendas globales de créditos futuros*”.

<sup>1063</sup> É a posição de Cruz Moreno, ob. cit., págs. 1298 e 1299, para quem “*La notificación al deudor del crédito pignorado parecer ser el medio adecuado para colocar el acreedor pignoratício, en el acaso de prenda de créditos, en una posición similar a la que ostenta en el caso de prenda de cosas corporales gracias a la desposesión de las mismas por parte del constituyente (...) pues ésta desempeña, en la prenda de créditos, igual función que el traslado posesorio en la prenda de cosas materiales, y siendo este requisito constitutivo del derecho real de prenda, también creo que lo es su equivalente en el caso de prenda de crédito*” (razão pela qual a Autora não considera suficiente o conhecimento que, por qualquer outro meio, o devedor do crédito empenhado tenha da constituição da garantia, sem prejuízo de o pagamento que este efectue ao empenhante ser ineficaz face ao credor pignoratício, precisamente em razão do conhecimento da existência da garantia). Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., pág. 511, aceita a exigência de notificação do terceiros devedor do crédito onerado como modo de constituição do penhor de créditos, ressalvando, porém, a necessidade de, cumulativamente, ser observado o requisito da redacção de um documento escrito contendo suficiente indicação do crédito garantido e do bem empenhado. Puig Brutau, ob. cit., pág. 30 e Diez-Picazo, ob. cit., pág. 492, entendem que este tipo de garantia se constituirá, por analogia com o regime da cessão de créditos, através da notificação ao devedor do crédito empenhado.



Mesmo aqueles que defendem ser a notificação condição de oponibilidade do penhor de créditos a terceiros, impondo-a para que a garantias possa ser invocada face a estes, distinguem a respectiva eficácia relativamente ao terceiro devedor do crédito empenhado (considerado como um terceiro qualificado, não apenas porque sobre ele recai o dever de efectuar a prestação, como também pelo direito que lhe assiste de a realizar com carácter liberatório)<sup>1064</sup> e aos demais terceiros, como sejam os credores do

---

<sup>1064</sup> Aranda Rodríguez, ob. cit., pág. 157 e segs., entende que os efeitos desta notificação serão os mesmos que se produzem no caso da cessão de créditos, apenas temperados pela especificidade do negócio de garantia que constitui a causa do penhor de créditos. Nesta conformidade, decorre do regime legal da cessão de créditos (art.º 1527.º do CCE) que o negócio apenas produzirá efeitos relativamente ao terceiro devedor do crédito cedido (para a validade *inter partes* bastará o mero consenso das partes) quando este tome conhecimento do mesmo (entendendo-se a expressão “notificação” em sentido amplo, como sinónimo de qualquer meio através do qual se leve ao conhecimento dele a cessão), tendo como finalidade primordial dar a conhecer ao devedor do crédito cedido a identidade do cessionário, ao qual deverá ser realizada a prestação objecto do crédito cedido (“*sin la notificación como requisito de eficacia del deudor, se vincularía a éste respecto de cualquier acreedor que se le presente al cobro, lo que significa aceptar el riesgo de tener que pagar diversas veces a todo aquel que aparezca inicialmente legitimado para aceptar el pago*”), o mesmo sucedendo, *mutatis mutandis*, no penhor de créditos (“*la notificación al deudor tiene como efecto desdoblarse la vinculación del deudor cedido con el acreedor (cedente) añadiendo una nueva vinculación con el acreedor pignoraticio (cesionario). Es decir, la notificación provoca una vinculación concurrente del deudor cedido con ambos sujetos*”), no qual, na falta de tal notificação, o credor pignoraticio fica impedido de cobrar os juros do crédito empenhado (art.º 1868.º), de exercer a sua função de conservação do bem empenhado, e de exigir o cumprimento da obrigação empenhada. Por outro lado, no que respeita às excepções (entendida como a invocação, por parte do devedor do crédito cedido, de qualquer meio, respeitante à sua relação com o empenhante, que permita defender-se da pretensão do credor pignoraticio) que o devedor do crédito onerado pode opor ao credor pignoraticio, o Autor parte do princípio geral, vigente para a cessão de créditos, segundo o qual o cessionário (ou credor pignoraticio) adquire o seu direito tal e qual este era detido pelo cedente, ou seja, podendo o devedor do crédito empenhado opor-lhe as excepções que pudesse opor ao seu credor (devedor do crédito garantido), embora essa invocação encontra-se dependente da tomada de posição aquando da notificação da constituição da garantia (se aceitou a constituição do penhor, tal implicará a inoponibilidade das excepções pessoais que o devedor do crédito empenhado tivesse face ao empenhante; se, ao invés, se opôs a tal negócio – alegando, por exemplo, a invalidade do negócio do qual nasceu o crédito empenhado - o penhor será válido, sempre que o credor pignoraticio desconheça a causa de invalidade e esta seja imputável às partes no negócio de constituição do crédito onerado a menos que, mesmo desconhecendo-as, se prove terem nascido antes da notificação da constituição do penhor; finalmente, em caso de falta de notificação ou de conhecimento por outra via, poderá opor todas as excepções existentes até ao momento do conhecimento do penhor): de acordo com estas directrizes gerais, em caso de aceitação sem reservas, não pode opor ao credor pignoraticio a eventual excepção da sua dívida por compensação ou por prescrição (caso esta ainda não se tenha produzido, a aceitação implica aceitação tácita da dívida, acarretando a interrupção do prazo de prescrição), como não poderá opor as excepções pessoais que eventualmente pudesse opor ao empenhante (porque a aceitação da garantia sana os eventuais vícios do contrato que o unia ao empenhante – embora possa opor excepções como a prorrogação do prazo ou a remissão parcial da dívida – na medida em que o credor pignoraticio “adquire” o crédito nos mesmos termos em que o empenhante o possuía); em caso de aceitação com reservas respeitantes às excepções face ao empenhante, poderá opor apenas aquelas que desconheça no momento da aceitação, mas já não se as conhecia nessa data (solução que se aplica à compensação, à prescrição – quando esta se tenha produzido antes da constituição do penhor, só quando o desconhecimento desse facto não seja imputável ao devedor é que poderá este invocá-la; pelo contrário, quando o prazo de prescrição ainda não tenha decorrido integralmente, interrompe-se com o reconhecimento implícito da dívida decorrente da aceitação da garantia - e, relativamente às demais, impede a oposição das excepções pessoais que ele conhecesse e que deveria ter invocado nesse momento); em caso de oposição, poderá opor ao credor pignoraticio as excepções que tivesse face ao empenhante antes da constituição do penhor e as posteriores, mas anteriores à data da notificação do contrato de garantia (valendo tal conclusão para a compensação, para a prescrição e para a excepção de incredibilidade do crédito, mas merecendo desvios quanto à confusão, quer das qualidades de empenhante e de devedor do crédito onerado – caso em que a oposição desta excepção ao credor pignoraticio, após o conhecimento do penhor, não é viável, uma vez que tal confusão não pode prejudicar os direitos

empenhante e eventuais futuros cessionários do mesmo crédito (para cujo efeito entendem bastar a existência de um documento munido de data certa, à semelhança do regime vigente para a generalidade dos penhores – cfr. art.º 1865.º do CCE).<sup>1065</sup>

Esta diversidade de efeitos da notificação face aos terceiros estranhos ao contrato de garantia (credor pignoratício e empenhante) parece encontrar consagração legal no actual regime francês do penhor de créditos,<sup>1066</sup> porquanto a única condição de oponibilidade desta garantia a terceiros é a redacção de um documento escrito contendo a identificação dos créditos onerado e garantido (art.ºs 2356.º e 2361.º), sendo a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado – ou a sua intervenção no negócio - condição de oponibilidade da garantia apenas face a este sujeito, sob pena de, não se fazendo, o pagamento efectuado ao constituinte da garantia ser válido e liberatório (art.º 2362.º).

Retornando ao ordenamento pátrio, a norma que estabelece o modo de constituição do penhor, impondo a sua notificação ao devedor do crédito empenhado (art.º 681.º, n.º 2), juntamente com outras igualmente constantes do regime do penhor de

---

adquiridos de terceiro - ou da reunião das qualidades de credor pignoratício e de devedor do crédito onerado – podendo, nesta hipótese, dar-se a extinção da garantia, mas não do crédito empenhado, o qual se poderá extinguir por compensação); finalmente, em caso de ausência de notificação o devedor do crédito empenhado poderá opor todas as excepções até ao momento em que venha a ocorrer tal notificação.

<sup>1065</sup> Aranda Rodríguez, ob. cit., pág. 205 e segs., depois de reforçar que, inter partes, o penhor de créditos é um contrato consensual, esclarece que, quanto a terceiros (excepto o devedor do crédito empenhado), tal documento assume uma função não meramente probatória (pois esta prova é, em regra, livre e, a este propósito, a lei apenas admite documentos com data certa), sendo antes condição de oponibilidade (entendida como “*prevalencia del título contractual de adquisición sobre el título del tercero. A través de ella se pretende tutelar el adquirente y garantizar la circulación jurídica*”), significando que o cumprimento de tal formalidade é condição da outorga ao credor pignoratício do direito de preferência e de invocação do seu direito face a terceiros (sequela), embora negue que a tal documento possa ser atribuída uma função de publicidade, uma vez que o documento, mesmo que público, não sai da esfera jurídica dos contraentes (“*Sólo puede admitirse que sea un requisito de publicidad si con el término publicidad se quiere expresar que el documento es el medio por el que se da a conocer la celebración del contrato. En este sentido, no es un verdadero requisito de publicidad, o si se quiere, una forma de publicidad demasiado rudimentaria e imperfecta*”): mais concretamente, o art. 1865.º impõe a constância do penhor (em geral e também do de créditos) em documento público. Uma vez cumprido este requisito, assistem ao credor detentor de um penhor sobre um crédito as mesmas prerrogativas outorgadas a qualquer credor pignoratício, o que se torna patente na eventualidade de falência do empenhante (uma vez que o credor dispõe de uma verdadeira causa de preferência, pois embora não haja um empossamento do credor – traço caracterizador da figura – a notificação do devedor do crédito empenhado produz um efeito análogo de indisponibilidade do *quid* onerado), em caso de embargo do crédito empenhado por terceiro (embora não possa exercer uma acção de reivindicação – *tercería de dominio* – por não ser o titular do crédito onerado, o credor pignoratício poderá opor o seu direito ao do embargante – através da *tercería de mejor derecho* – desde que o seu direito seja anterior à data do embargo: se assim for, o resultado será o reconhecimento do direito de satisfação preferente do credor pignoratício sobre o produto da alienação do bem embargado) e na hipótese de conflito com sucessivos credores pignoratícios ou cessionários do crédito empenhado (devendo o conflito ser resolvido em função da prioridade temporal de cada um dos direitos, desde que demonstrável através de documento com data certa: assim, se o direito do cessionário for anterior ao do credor pignoratício, aquele prevalecerá, sem sequer poder ser invocada a excepção da regra posse vale título, aplicável apenas a coisas corpóreas; na hipótese de o direito do credor pignoratício ser anterior ao do cessionário, este adquire a titularidade do crédito, mas deve suportar o ónus previamente constituído; em caso de ambos os direitos se terem constituído na mesma data, prevalecerá o que primeiro houver notificado o seu direito ao terceiro devedor do crédito cedido/empenhado ou, se forem simultâneas, dar-se-á uma distribuição *pro rata* entre ambos).

<sup>1066</sup> Anteriormente e como já se referiu, o art.º 2075.º do CCF prescrevia que, para a constituição de penhor bens incorpóreos, como os créditos, era necessária a redacção de um documento escrito autêntico ou particular registado, o qual deveria ser notificado ao devedor do crédito empenhado (ou a aceite por este), com as interrogações a que se aludirá no texto relativamente ao carácter desta notificação.

créditos, é mesmo interpretada por alguns como uma manifestação da eficácia externa das obrigações no nosso ordenamento.<sup>1067</sup>

Da disposição legal em questão parece resultar que o negócio de constituição do penhor de créditos prescinde da participação do terceiro devedor do crédito empenhado, muito embora não falte quem defenda, ao menos em determinadas hipóteses, que a defesa dos seus interesses reclame a sua intervenção.<sup>1068</sup>

Resulta do regime legal que, ainda que tal notificação tenha sido omitida, se o devedor do crédito onerado pagar àquele que constituiu o penhor (ou celebrar com ele algum negócio relativo ao crédito empenhado), o pagamento (e o negócio) não são oponíveis ao credor pignoratício, bastando que este prove que o devedor tinha conhecimento do penhor: neste caso, o fito da notificação é alcançado pelo

---

<sup>1067</sup> Com efeito, Colaço Canário, ob. cit., págs. 69 a 72, retira do n.º 2 do art.º 681.º duas manifestações da eficácia externa das obrigações: o facto de o devedor do crédito empenhado (terceiro em relação à obrigação garantida) necessitar de ser notificado ou de aceitar a constituição do penhor e, por outro lado, de essas mesmas notificação e aceitação serem igualmente necessárias para com outros terceiros. Para além deste, também os art.ºs 684.º (ao admitir que o devedor possa opor ao credor pignoratício, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o empenhador, salvo os que provenham de facto posterior ao conhecimento do penhor), o n.º 1 do art.º 685.º (ao atribuir ao credor pignoratício o direito de cobrar o crédito empenhado, mesmo antes do vencimento do penhor, apesar de não ser parte da relação de crédito), os seus n.ºs 2 (ao impor ao devedor do crédito empenhado, quando o objecto consistir em dinheiro ou noutra coisa fungível, a obrigação de efectuar a prestação conjuntamente ao seu credor e ao credor pignoratício), 3 (o qual, para além de conceder legitimidade ao credor pignoratício para cobrar o crédito empenhado, confere ainda aos outros credores pignoratícios não preferentes o poder de compelir o devedor do crédito empenhado – terceiro face à relação pignoratícia – a cumprir) e 4 (nos termos do qual o empenhador, por ter dado em garantia o seu direito, terá de pedir o consentimento a um terceiro – o credor pignoratício – para receber o seu crédito) dispõem no mesmo sentido.

<sup>1068</sup> Ruscello, ob. cit., pág. 112 e segs., apesar de defender a tendencial indiferença para o terceiro devedor do sujeito a quem deva efectuar a prestação (e o facto de o penhor de créditos não produzir a transferência da titularidade do crédito, mas apenas de alguns aspectos inerentes a essa titularidade, designadamente alguns poderes na relação com o terceiro devedor), sustenta que “*non è da escludere in via di principio un interesse del terzo debitore nella costituzione del pegno*”, pelo que a estrutura constitutiva do penhor do penhor de créditos não se poderá reconduzir necessariamente a um acordo entre o credor e o devedor pignoratícios. De acordo com o mesmo Autor, para determinar a estrutura bilateral ou trilateral do negócio constitutivo do penhor importa considerar a “penhorabilidade do crédito”, a qual pode derivar da lei ou da vontade das partes (directamente, quando estas expressamente excluam a possibilidade de dar em penhor aquele crédito ou indirectamente, se da indisponibilidade não pode derivar senão a impossibilidade de dar em penhor), pois “*non pare si possa affermare che tutte le diverse indisponibilità diano luogo, com riferimento alla vicenda costitutiva del pegno di crediti, ad una vicenda strutturalmente plurilaterale*”: desde logo, alguns créditos indisponíveis não podem transformar-se, por vontade das partes, em empenháveis (por exemplo, os créditos alimentares); por outro, por vezes a razão de ser da não empenhabilidade pode determinar a desnecessidade da participação do terceiro na constituição do penhor; pelo que a intervenção do terceiro apenas será de exigir quando existam outros interesses merecedores de tutela além dos dirigidos à constituição da garantia. A intervenção ou não do terceiro devedor na constituição do penhor (vide págs. 153 e segs.) assume importância decisiva na determinação do momento a partir do qual a garantia será dotada de preferência, porquanto no primeiro caso tal acontecerá de imediato, na medida em que a participação no negócio equivale a aceitação, pelo que “*nulla piú è necessario per il completo espletamento degli effetti – diretti e indiretti – derivanti dal costituito pegno sul credito*”, enquanto no segundo o negócio constitutivo da garantia apenas produz efeitos entre as partes, o mais importante dos quais seria a obrigação de entrega do eventual documento de que conste do crédito empenhado ao credor pignoratício, reflexo de um mais amplo dever de cooperação). Segundo Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 47, o penhor de créditos “*appartient à la catégorie des opérations a trois personnes*”, enquanto Pace, ob. cit., pág. 43, entende que o terceiro, devedor do crédito empenhado, pode intervir no contrato de penhor – aceitando a constituição da garantia – mas não assume a qualidade de parte no negócio, por não deter a liberdade de escolha entre a aceitação e a recusa do contrato.

conhecimento da constituição do penhor por parte do devedor (cfr. art.ºs 681.º, n.º 3 e 582.º, n.º 2).<sup>1069</sup>

À primeira vista poder-se-á estranhar por que razão o penhor de créditos, ao contrário da cessão, se encontra dependente da observância destes trâmites,<sup>1070</sup> tanto mais que, deste modo, esta última se torna um negócio mais apelativo face àquele.<sup>1071</sup>

A justificação para esta discrepância de regimes advirá, porventura, do papel de sucedâneo da entrega da coisa que estas formalidades desempenham no penhor de créditos ou, noutros termos, na diferença entre a posição do cessionário e do credor pignoratício.<sup>1072</sup>

---

<sup>1069</sup> Colaço Canário, ob. cit., págs. 69 e 70, sustenta que também esta norma constitui uma manifestação da eficácia externa das obrigações, porquanto o credor pignoratício, agindo como terceiro, pode impedir o pagamento do devedor ao empenhador, desde que prove o conhecimento da constituição do penhor pelo devedor.

<sup>1070</sup> Critica esta mesma disparidade de soluções no direito francês, anterior à reforma de 2006, no qual a notificação ao devedor do crédito cedido ou empenhado era condição de oponibilidade da cessão e de validade no penhor, vide Théry, ob. cit., pág. 311, realçando que tal solução, normalmente ancorada no carácter real do contrato de penhor, constitui um “*paradoxe, qui consiste a traiter le nantissement de créances comme un contrat réel alors que son object est insusceptible de possession! Singulière solution qui s’applique aux biens incorporels mais non aux biens corporels!*”.

<sup>1071</sup> Sobretudo por tornar o penhor do conhecimento de sujeitos estranhos, circunstância que pode ser contrária ao sigilo muitas vezes exigido na prática comercial, bem como porque a necessidade de notificação dificulta ou impede a colocação em penhor de créditos futuros. Outras vantagens da cessão, face ao penhor são o facto de, neste último, o devedor ter a obrigação de pagar simultaneamente ao seu credor e ao credor pignoratício (quando o objecto da prestação consistir em dinheiro ou outros bens fungíveis – art.º 685.º, n.º 2), enquanto na cessão pode pagar unicamente ao cessionário; por outro lado e em sede de execução, o credor pignoratício vê-se forçado a efectuar a venda judicial (excepto no caso do penhor financeiro – v. art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004), ao passo que na cessão o crédito, o cessionário é o titular exclusivo do crédito. Escalpelizam este confronto entre a cessão e o penhor de créditos, Menezes Leitão, Cessão cit., págs. 444 a 446 e Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., pág. 547 a 553, concordando ambos que as desvantagens deste em face daquela conduziram a que, em ordenamentos como o alemão em que os negócios fiduciários são admitidos com grande amplitude, a cessão tenha relegado o penhor para um plano claramente marginal (não sem que o segundo dos Autores citados reconheça, igualmente, semelhanças entre ambos os institutos, na medida em que desempenham uma função idêntica de garantia - embora exclua a cessão da órbita dos direitos reais de garantia, categoria na qual faz reentrar o penhor – têm o mesmo objecto e o regime contém traços comuns em razão da remissão operada pelo art.º 684.º). Também em face do direito italiano, Tommaso Mancini, Pegno di crediti, cessione pro solvendo e cessione a scopo de garanzia, in BBTC, n.º 31 (1968), Tomo II, pág. 285 e segs., salienta que “*Rispetto al pegno dei crediti la cessione a scopo di garanzia ha l’indubbio vantaggio di essere traslativa del credito e di assicurare così al cessionario tutti quei poteri che dalla titolarità del diritto derivano. Nel pegno di crediti, invece, il creditore pignoratizio non acquista la titolarità del diritto dato in garanzia, bensì la semplice legittimazione all’esercizio di alcune facoltà di amministrazione (...). Il concedente rimane titolare de diritto di credito, per cui può attuare su di esso quegli atti dispositivi che sono, invece, interditi al cedente dopo l’avvenuta cessione. Rispetto al pegno dei crediti la cessione in esame ha, poi, l’ulteriore vantaggio di essere, analogamente a la cessione pro solvendo, un atto preparatorio dell’adempimento (...). Il pegno dei crediti esplica, invece, una mera funzione di garanzia, non potendo il creditore soddisfarsi sul credito se non dopo la scadenza dell’obbligazione garantita*”, enquanto Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 320 e segs., destaca o facto de no penhor de créditos se transferir para o sujeito garantido apenas a legitimação para cobrar o crédito onerado, enquanto na cessão se transfere a totalidade do crédito, diferença esta da qual resulta a possibilidade de o cessionário se satisfazer sobre o objecto da garantia mesmo antes do vencimento da obrigação assegurada (mas não sem que o devedor seja forçado a devolver ao seu devedor o eventual valor excedente do crédito cobrado face ao crédito garantido, de modo a que não exista violação da proibição do pacto comissório) e de evitar o concurso com os demais credores do devedor (embora com a limitação de a cessão apenas ser oponível, em caso de falência do cedente, se tiver sido notificada).

<sup>1072</sup> Advoga esta última alternativa Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 148 e segs., destacando como o facto de a titularidade do direito empenhado pertencer a pessoa diversa da legitimada para cobrar o crédito empenhado, confere ao credor pignoratício uma posição preferencial face aos demais credores do titular

De facto, se a entrega visa retirar o bem da disponibilidade material do empenhador (impedindo este de receber o crédito dado em penhor, destarte protegendo o credor), assim como alertar terceiros para a existência da garantia (evitando que sejam induzidos em erro), tais finalidades poderão ser, no penhor de créditos, alcançadas, pelo menos parcialmente, pela notificação ao devedor do crédito empenhado,<sup>1073</sup> podendo mesmo dizer-se, ao menos em sentido figurado, que realiza o desapossamento do devedor do crédito garantido.<sup>1074</sup>

A segurança do credor é reforçada pela notificação, porquanto esta se destina a dar conhecimento ao devedor do crédito empenhado – terceiro relativamente à relação pignoratícia - da existência do penhor (assim impedindo que este efectue o pagamento ao devedor pignoratício), muito embora se possa duvidar da efectividade dessa segurança, porquanto não é possível garantir, em termos absolutos, que o mesmo credor não tenha já, previamente, onerado o mesmo crédito a favor de outrem.<sup>1075</sup>

No que toca ao efeito publicitário da notificação do terceiro devedor do crédito empenhado um efeito publicitário, este é, por vezes, equiparado ao desempenhado, no penhor de coisas corpóreas, pela entrega do bem ao credor<sup>1076</sup> e à imagem do que

---

do direito, sendo a necessidade de publicitação da garantia face a estes (e aos terceiros em geral) – dando-lhes conta que o credor pignoratício cobrará a prestação na qualidade de credor e não de titular do direito - que justifica a imposição daquela formalidade.

<sup>1073</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 180 e Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 471.

<sup>1074</sup> Neste sentido, Planiol, Ripert, Becqué, pág. 102. Contra, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 282, considerando que a notificação tem apenas uma função publicitária, sendo inapta para realizar o empossamento do credor pignoratício, porque, ao contrário da entrega dos bens móveis, não assegura qualquer segurança ao credor pignoratício (nomeadamente porque não lhe assegura que o crédito empenhado não o tenha já sido anteriormente a favor de outrem), concluindo que o desapossamento se verifica através da transferência para o credor pignoratício de um conjunto de prerrogativas, das quais o devedor se desfaz, transferência essa que ocorre simplesmente por mútuo consenso (reclamando uma reforma do art.º 2075.º do CCF então vigente e propondo como solução o disposto no art.º 2075.º do Código Civil Belga, no qual se consagra um desapossamento fictício – que decorre do próprio contrato de penhor – apenas se impondo a notificação ao devedor do crédito empenhado como condição de oponibilidade da garantia). Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 253 a 255, consideram que a perda da prerrogativa essencial do penhor de créditos – o direito de cobrar o crédito dado em penhor – não implica automaticamente a passagem dessa faculdade para o credor, entendendo, pelo contrário, que o elemento característico deste tipo de penhor é a perda de certos direitos do devedor sobre o bem dado em garantia, o que não implica uma transferência desses direitos: em suma, será inútil procurar no penhor de créditos um desapossamento semelhante ao do penhor de coisas.

<sup>1075</sup> Destaca esta última ressalva Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 43.

<sup>1076</sup> Weil, ob. cit., pág. 88, admite que esta publicidade face a terceiros possa funcionar, por entender que qualquer terceiro que pretenda adquirir o crédito empenhado deverá, por uma questão de precaução, informar-se junto do devedor desse crédito acerca da sua existência, bem como de eventuais garantias anteriores. Também Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 47 e segs., reconhece à notificação uma função publicitária, esclarecendo que, enquanto esta é assegurada pela entrega no penhor de coisas corpóreas, não pode produzir-se do mesmo modo no penhor de créditos, uma vez que a simples entrega tem natureza aparente e notória, o que não sucede com a transferência de poderes para o credor que caracteriza o penhor de créditos (para além do facto de o penhor de créditos envolver um terceiro sujeito – o devedor do crédito empenhado – de tal modo que “*les prérogatives ne sont alors qu’un ensemble de droits permettant d’exiger une prestation d’un tiers*”): ora, através da notificação, a convenção pignoratícia torna-se do conhecimento, desde logo, do devedor do crédito empenhado (“*Par la signification les parties à la convention acquièrent la certitude que le débiteur a bien connaissance de l’existence du nantissement*”), mas também dos “*ayant cause*” do credor (em razão do aumento do património deste) e do devedor (pois a constituição do penhor representa uma diminuição do valor do património do seu devedor) e de outros terceiros (como outros eventuais credores com penhores anteriores sobre o mesmo crédito) – que se poderão informar junto do devedor do crédito onerado - uma vez que “*La signification du nantissement joue ainsi, mutatis mutandis, le même rôle que l’accomplissement des formalités de publicité foncière dans la constitution des sûretés réelles*

sucede com a notificação da cessão de créditos,<sup>1077</sup> muito embora tal visão também seja objecto de reparos.<sup>1078</sup>

Aliás, a tendencial equiparação entre a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado (no penhor de créditos) e a entrega do bem ao credor (no penhor de coisas) projecta-se num outro domínio, qual seja o de, também na primeira hipótese, a forma de constituição da garantia dificultar (ou até impedir) que esta possa recair sobre bens (créditos) futuros, sobretudo quando se desconheça a identidades dos devedores de tais créditos.<sup>1079</sup>

O erigir da notificação – ou da aceitação – como condição indispensável<sup>1080</sup> para a produção de efeitos do penhor, não só relativamente a terceiros,<sup>1081</sup><sup>1082</sup> mas também

---

*immobilières*” (todavia, o Autor recusa uma total equiparação entre a notificação e a publicidade imobiliária, dado que “*les opérations sur les créances n’ont pas atteint le degré de perfectionnement des règles de la publicité foncière et par là même leur degré de fiabilité*”, o que não invalida o reconhecimento de uma função publicitária à notificação, porquanto “*La coexistence de règles de publicité obéissant à des principes distinctes et adaptés aux opérations qu’elles régissent se conçoit très bien (...). Qu’il s’agisse, en effet, d’un droit réel portant sur un immeuble ou d’un droit affectant un meuble incorporel, le tiers qui veut en connaître l’existence doit s’informer. Que sa demande de renseignements soit adressée au conservateur des hypothèques ou à une autre personne ne nous apparaît pas fondamentale. Ce qui l’est beaucoup plus, c’est de déterminer l’effet de la mesure de publicité. Or, force est de constater que, sur ce point, il y a une unité profonde entre les deux institutions*”).

<sup>1077</sup> Menciona esta identidade de funções da notificação, nos casos da cessão e do penhor de créditos, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 50 e 52, sustentando que a mesma repousa na circunstância de, em ambos os casos, estarmos perante uma transmissão - num caso actual, no outro eventual -, concluindo pela identidade de função desta formalidade, qual seja a de tornar o negócio oponível a terceiros, através da publicidade que propiciam.

<sup>1078</sup> De facto, como bem nota Guillouard, ob. cit., págs. 128 e 129, estes terceiros terão de se dirigir ao devedor do crédito garantido para saber se o crédito empenhado já terá sido anteriormente empenhado ou cedido a outrem. Entre nós, nega o carácter publicitário da notificação Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 152 a 154, contestando ser aquela formalidade um elemento constitutivo do contrato de penhor, destinando-se unicamente “*a assegurar o controlo sobre a disponibilidade do empenhador relativamente ao crédito empenhado, na medida em que o devedor cedido não poderá ignorar o encargo que incide sobre o crédito dado em garantia. Assim, podemos afirmar que a notificação, à imagem do que se verifica no penhor de coisas, visa privar o autor do penhor da possibilidade de dispor do bem empenhado*”.

<sup>1079</sup> Eventualmente, poderá admitir-se que o credor pignoratício efectue tais notificações (ou mandate o empenhante para o efeito), à medida que os créditos surjam, assim dando a conhecer aos devedores de tais créditos a existência da garantia: porém, apenas a partir deste momento a garantia do credor pignoratício, relativamente a cada um desses créditos, produzirá efeitos.

<sup>1080</sup>

<sup>1081</sup> É esta a solução do CCI, cujo art.º 2800.º dispõe que a preferência não existe se não quando o penhor resulta de um acto escrito e a sua constituição tiver sido notificada ao devedor do crédito dado em penhor (ou tenha sido por este aceite através de escritura com data certa). Apesar desta redacção, Rubino, *Il pegno* cit., págs. 231 e 232, considera que a notificação ou aceitação são também condições para tornar o penhor eficaz frente ao devedor do crédito empenhado (uma vez que antes disso este poderá exonerar-se pagando ao seu credor), bem como para a eficácia face aos outros *aventi causa* do empenhador (a fim de determinar qual o direito com primazia). Assim sendo, mesmo antes da notificação (ou da aceitação) o contrato de penhor considerar-se-á perfeito entre as partes, mas esta eficácia, como salienta Rubino, ult. ob. e loc. cit., é bastante limitada, tendo em conta que no penhor de créditos faltam ou podem faltar as principais relações obrigacionais entre credor pignoratício e empenhador que caracterizam o penhor de coisas (como sejam o direito à entrega do bem, o direito de retenção ou a obrigação de custódia do bem) e, por outro lado, os efeitos limitados que se possam atribuir ao contrato (designadamente quando, por facto do empenhador, se torne impossível tornar o direito oponível a terceiros) poderão ser considerados como efeitos preliminares de um contrato em formação. Pelo contrário Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 154 e 155, sustentam que nas relações com o terceiro devedor do crédito a empenhar e com os adquirentes desse mesmo crédito, o vínculo se constitui com a notificação, mesmo que verbal, ao terceiro devedor (ou com a sua aceitação); ao invés, na relação com os demais credores (ou seja, para efeitos do direito de preferência) o penhor apenas se constitui com a notificação escrita ou a aceitação pelo terceiro que

tenham por base um documento escrito, resultando a identificação do crédito empenhado implicitamente desse documento e da subsequente notificação. Já Ruscello, ob. cit., pág. 32 e segs., retira do simples acordo das partes, independentemente da notificação, o nascimento de um vínculo entre elas (nos termos do qual o credor adquire o direito de exigir a reconstituição do penhor quando desapareça o respectivo objecto, designadamente quando o terceiro devedor não notificado da constituição do penhor pague ao seu próprio credor com efeitos liberatórios, produzindo este vínculo em duas consequências essenciais: no momento sucessivo ao vencimento do débito garantido o património do devedor poderia ser diminuído de modo a comprometer a satisfação dos demais credores; e, por outro lado, se o empenhante for um terceiro, a acção para reconstituição do penhor se dirigirá, não contra o devedor, mas contra um terceiro, assim ampliando a garantia do credor) e a outorga do direito de sequela ao credor pignoratício (possibilitando-lhe agir contra o terceiro adquirente, assim tornando a garantia oponível a terceiros estranhos à relação de garantia, desde que este terceiro, por sua vez, não notifique a constituição do seu direito: em suma, quando o surgimento de nenhum dos direitos tenha sido notificado, o penhor é oponível aos adquirentes posteriores; tendo sido notificada a constituição de todos os direitos, o penhor será oponível àqueles cujos direitos notificados posteriormente ao penhor), considerando que a notificação apenas produz efeitos relativamente aos demais credores do empenhante, mas advertindo que *“l’inesistenza attuale dei requisiti per la prelazione non impedisce di ritenere costituito il rapporto di garanzia poiché la notifica non fa che consolidar ela prelazione a favore del procedente”* e concluindo não existir contradição no facto de o credor pignoratício, antes da notificação, poder opor o seu direito aos adquirentes mas não aos credores do empenhante, na medida em que a primeira premissa resulta da equiparação da posição do credor pignoratício à de um normal credor que pode efectuar a penhora do bem em questão, porque a constituição da garantia, na falta de notificação, não lhe é oponível. Albina Candian, *Le garanzie cit.*, págs. 320 e 321, apesar de reconhecer que a generalidade da doutrina entende ser a notificação do terceiro devedor mera condição de oponibilidade da garantia, assegura, em conformidade com a jurisprudência dominante, *“nel pegno di crediti il mero scambio di consensi non dà luogo, di per se solo, alla nascita del diritto reale di garanzia sul credito, il quale sorge solo con la notificazione del titolo costitutivo al terzo debitore”*. Ainda no domínio do anterior CCI, Pace, ob. cit., pág. 43 e segs., afirma que a eficácia completa do penhor de créditos se encontrava sujeita à notificação da constituição da garantia ao devedor do crédito cedido (ou à sua aceitação), embora o negócio fosse válido inter partes sem o cumprimento da tal formalidade, simplesmente *“Non si comprenderebbe, infatti, il valore di un pegno senza privilegio, e la possibilita di esigere verso chi non è tenuto a riconoscere la nuova situazione che si è venuta a creare in forza del rapporto interno di pegno”*.

<sup>1082</sup> No direito francês e em face da redacção originária do art.º 2075.º do CCF, a generalidade da doutrina inclinava-se para considerar a necessidade de acto escrito e de notificação ao devedor do crédito cedido, uma mera condição de exercício do privilégio face a terceiros credores do empenhante (neste sentido, Weil, ob. cit., pág. 87, Théry, ob. cit., pág. 311, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 282, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., págs. 61 e 62, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 41 e Guillouard, ob. cit., pág. 130, recusando, em conformidade, que o devedor se possa socorrer do incumprimento das formalidades legais para exigir a invalidade do penhor), muito embora, em face da redacção introduzida em 1980, a dúvida seja legítima. Defendem ser esta uma formalidade cujo cumprimento condiciona a validade do negócio de constituição do penhor de créditos, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 92 e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 254 e 255, com argumentos impressionantes: *“Lorsque le gage porte sur une créance, le droit de préférence ne peut s’exercer que contre le débiteur de la créance, d’où la nécessité d’établir un lien direct entre le gagiste et le débiteur. L’information officielle du débiteur de l’existence du gage prive alors le constituant du droit de poursuivre le recouvrement de la créance gagée et cela suffit à établir le droit de préférence du gagiste (...) le formalisme de l’article 2075 ne devrait pas être considéré comme une règle d’opposabilité, mais comme une règle de fond. Elle est l’équivalent de la dépossession em matière de gage des meubles corporels qui est une condition de validité de la sûreté (...). La reconnaissance de la fonction de l’article 2075 devrait aussi entraîner dans son sillage la disparition de la condition relative à la remise du titre qui ne réalise aucune perte de prérogative du constituant du gage.”* e Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, pág. 217e segs. (estes Autores criticam o regime legal pois, por um lado, não assegura o empobrecimento do credor pignoratício – o que poderia ser alcançado impedindo que o devedor do crédito empenhado pagasse ao devedor - e, por outro, não permite a sua publicidade face a terceiros, embora aceitando que, em razão da difícil localização do crédito, tal publicidade teria que ser pessoal – crítica igualmente o sistema da notificação Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 60, escrevendo que *“La signification, vestige de l’ancien droit, apparaît en effet aujourd’hui comme une formalité archaïque parfaitement inconciliable avec les exigences du commerce juridique”*). Finalmente, Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 53 e segs., entende que a notificação do terceiro devedor do crédito garantido é condição de oponibilidade da garantia a terceiros, incluindo aquele sujeito: todavia,

entre as partes,<sup>1083</sup> funda-se na constatação que o credor pignoratício unicamente com o adimplemento daquela formalidade adquirirá uma verdadeira garantia, por apenas a partir desse momento o pagamento efectuado pelo devedor do crédito empenhado ao seu credor ser ineficaz com respeito ao credor pignoratício.<sup>1084</sup>

Mais, se o devedor pagar ao empenhante e mesmo que não tenha sido notificado ou não tenha aceite a constituição do penhor, esse pagamento não será oponível ao credor pignoratício, desde que este prove que o devedor tinha conhecimento da

---

reconhece que as críticas dirigidas a este entendimento (não apenas por constituir um entrave à circulação de direitos e do crédito, como também em razão da deficiente publicidade da garantia que asseguram) motivaram o surgimento de temperamentos àquela exigência, alguns defendendo que a notificação apenas é condição de eficácia da garantia – realizando uma função publicitária e presumindo-se, a partir da sua realização, que tais terceiros teriam conhecimento efectivo da constituição da garantia - face a terceiros que não o devedor do crédito onerado (uma vez que este, mesmo podendo não ser parte no contrato de penhor, se presume que terá consentido, de modo implícito, na celebração do contrato, pelo que a função cumprida pela notificação face a este sujeito será meramente informativa, assegurando que, efectivamente, o devedor do crédito empenhado teve conhecimento do surgimento da garantia); outros, defendem que “*La connaissance acquise par un tiers de l’existence d’un contrat peut alors produire des effets identiques à ceux liés à l’accomplissement des formes prévues*”, até porque o contrato seria oponível a terceiros desde a data da sua conclusão – ou, ao menos, desde a data em que tais terceiros tenham tomado conhecimento da convenção pignoratícia – de modo que “*ce n’est donc pas la publicité qui rend les contrats juridiquement opposables aux tiers. La publicité a simplement pour but d’assurer pratiquement l’efficacité du principe d’opposabilité. Ainsi, la publicité légale obligatoire crée à l’égard des tiers une présomption irréfragable de connaissance qui leur rend le contrat opposable de façon certaine. Il n’est, en revanche, pas certain (...) que l’inverse soit vrai. Le défaut de publicité rendrait le contrat inopposable aux tiers. Le contrat serait au contraire opposable aux tiers qui en connaîtraient l’existence*”. Actualmente, não restam dúvidas que notificação do terceiro devedor é apenas condição de oponibilidade da garantia face a este (art.ºs 2361.º e 2362.º do CCF, introduzidos com a reforma de 2006).

<sup>1083</sup> Como notam Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 700 e já foi por nós salientado, existe aqui um desvio face ao regime geral da cessão de créditos, porquanto o penhor de créditos sem notificação ao devedor do crédito empenhado ou sem a sua aceitação não produz qualquer efeito, quer entre as partes, quer relativamente ao devedor do crédito empenhado (no mesmo sentido, Vaz Serra, in, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 180 e Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., pág. 545 e Direito das garantias cit., pág. 250). Contra, Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 37 e 38, entendendo que a notificação desempenha, no penhor de créditos, a mesma função do desapossamento, no penhor de coisas, muito embora a natureza imaterial do crédito implique evitar que o *solvens* possa exigir o cumprimento da obrigação, pelo que o penhor de créditos “*apenas se perfecciona com a combinação de um elemento negocial e de um elemento externo que respeita à manifestação da existência da oneração do crédito, atenta a necessidade de proceder a uma exteriorização da vicissitude oneradora ocorrida ao nível do direito de crédito para permitir concatenar e tutelar os interesses dignos de protecção, em especial, os do devedor e, também, os dos demais credores concorrentes*”, não impedindo “*a produção de efeitos durante o iter formativo em relação ao devedor, na medida em que este tome conhecimento da garantia. Nesse momento, deixa de existir razão para tutelar o interesse prevalecente do devedor, pelo que os efeitos do penhor-garantia começam a produzir-se na medida desse conhecimento, o que exclui os efeitos que se devam produzir em relação a terceiros, como seja, a atribuição de preferência creditória*” (em suma, o Autor admite, ao menos implicitamente, que a notificação ou aceitação por parte do terceiro devedor seja apenas condição de eficácia do penhor face a terceiros) e também Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 150 e 151 (destacando como “*o penhor de créditos é um contrato consensual, cabendo à notificação a tarefa de lhe conferir, digamos, relevância externa relativamente a terceiros (...) a notificação e a aceitação são pressupostos lógicos da preferência*”).

<sup>1084</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 180, especialmente nota 7, Menezes Leitão, ob. cit., pág. 284 e Rubino, Il pegno cit., pág. 232, reconhecendo a eficácia desse pagamento entre o devedor do crédito empenhado e o seu credor, advertindo, porém, para a indispensabilidade de assegurar ao devedor do crédito empenhado, quando o credor pignoratício se satisfaça com o valor desse crédito, um direito de regresso contra o seu credor baseado no enriquecimento sem causa (se assim não for, este último aproveitar-se-ia duas vezes do seu crédito e o devedor desse crédito teria que o liquidar igual número de vezes).



constituição da garantia (cfr. n.º 2 do art.º 583.º, aplicável por remissão do n.º 3 do art.º 681.º).

Como se percebe, não é indiferente estabelecer que a notificação ou aceitação é uma *conditio sine qua non* para o surgimento do penhor ou, pelo contrário, afirmar que tais formalidades apenas condicionam a concessão do direito de preferência: no primeiro caso, o direito não surge senão após o preenchimento de tais requisitos; no segundo, o penhor nasce do acordo das partes, independentemente do cumprimento daqueles ónus, mas só é invocável perante terceiros, nomeadamente outros credores do devedor pignoratício, depois de ocorrer a notificação ou a aceitação.

Não falta que, indo mais longe, assegure que a notificação ou a aceitação – ou melhor, o direito de preferência delas decorrente para o credor pignoratício – não são essenciais ao surgimento do direito de penhor, podendo ser consideradas como um efeito meramente reflexo ou eventual deste.<sup>1085</sup>

---

<sup>1085</sup> É a posição de Ruscello, ob. cit., págs. 55 segs.. Procurando sintetizar a posição do Autor, diremos que ela se baseia no facto de considerar como *ratio* do art.º 2800.º do CCI – preceito que impõe a notificação ao terceiro devedor ou a sua aceitação – a protecção do credor pignoratício (tanto no confronto com os demais eventuais credores, como relativamente ao terceiro devedor) e apenas indirectamente dos demais credores, pelo que o simples acordo de garantia produz efeitos mesmo com respeito ao terceiro devedor, embora limitados (nas palavras do Autor, “*prima della notificazione o dell’accettazione di data certa, la situazione del creditore pignozatizio viene in ogni caso tutelata anche nei confronti dei terzi; ma è una tutela, se si vuole, mionre, perché non può tener conto degli interessi meritevoli di tutela di tereze persone, nei confronti delle quali – si ribadisce – il pegno pur sempre ha effetto*). No que respeita à notificação, a sua omissão não impede a transferência do crédito por via de cessão, pelo que, por maioria de razão, não deve obstar ao penhor de créditos; no que concerne à aceitação, ou o terceiro devedor é parte no negócio ou intervém nele (e não fará sentido falar de eficácia externa, apenas, quando muito de aceitação) ou, pelo contrário, não toma conhecimento dele (e apenas será necessária a aceitação quando o terceiro devedor seja titular de um crédito contra o devedor pignoratício e pretenda fazer valer a compensação - cfr. art.º 2805.º do CCI - mas apenas se a reciprocidade dos créditos ocorrer em momento anterior ao da constituição do penhor, mesmo que este ainda não tenha sido notificado ou aceite, pelo que se comprova que já antes da notificação ou aceitação o penhor de créditos produziu efeitos face a terceiros). Aliás, sempre segundo o mesmo Autor, tal posição é confirmada pelo já mencionado art.º 2800.º do CCI, na medida em que este pressupõe a existência de um penhor de créditos já constituído, sendo este direito já constituído que vai, posteriormente, ser notificado ou aceite, pelo que a prelação não faz parte do momento fisiológico do direito de penhor (que medeia entre o acordo das partes e o vencimento do crédito garantido, período durante o qual o credor pignoratício é já titular de direitos e deveres), mas tão somente do seu momento patológico (a partir do momento em que exista incumprimento da obrigação garantida), quando já existam determinados direitos e deveres, ou seja, “*La prelazione, cioè, affinché possa nascere, necessita di un fatto legittimante: la costituzione del pegno di crediti. È il pegno di crediti, dunque, il presupposto della prelazione, e non viceversa*”. O citado Autor responde ainda (cfr. pág. 87 e segs.) à objecção segundo a qual um direito de penhor sem preferência seria privado de qualquer conteúdo ou relevância, porquanto a garantia real teria por efeito precisamente romper com a regra da *par conditio creditorum*, pois entende que esta regra significaria que, antes da execução, todos os credores se encontram na mesma situação e, depois daquele momento, devem concorrer proporcionalmente ao produto da venda. Se assim é, naquele primeiro momento a posição do credor pignoratício difere da dos credores quirografários por força no direito-dever que lhe assiste de cobrar os juros e o próprio crédito recebido em penhor (e, por força do exercício de tais faculdades não submetidas à notificação ao terceiro devedor, este último vem a tomar conhecimento da constituição do penhor, conhecimento este que deverá ser equiparado, para efeitos do nascimento da preferência pignoratícia, à notificação ou à aceitação por parte do terceiro devedor); já no momento da execução, o credor pignoratício tem o poder de requerer a adjudicação do crédito empenhado ou, se ainda não se encontrar vencido, a sua venda (cfr. art.º 2804.º), sendo que em qualquer dos casos terá o terceiro devedor de ser intimado judicialmente para pagar, notificação esta que levará ao conhecimento deste último a existência da garantia pignoratícia, assim fazendo surgir o direito de preferência (concluindo, em conformidade, que a notificação ou a aceitação por parte do terceiro devedor “*non sono gli unici strumenti per il sorgere della prelazione ma (...) soltanto i mezzi che consentono una conoscenza legale come di norma*”).

A notificação não se encontra sujeita a qualquer forma específica – pelo que não terá de ser necessariamente efectuada por escrito – e pode ser operada, não só pelo empenhador, como também pelo credor pignoratício.<sup>1086</sup>

Por outro lado, a comunicação poderá ser levada a cabo judicial ou extrajudicialmente e, não se exigindo notificação escrita nem data certa, podendo até ser tácita; contudo, havendo vários devedores solidários, todos eles deverão ser avisados da constituição da garantia (sob pena de, fazendo-se a notificação apenas a alguns deles, somente o crédito contra esses se terá por eficazmente empenhado).<sup>1087</sup>

Todavia, alguns ordenamentos têm vindo a admitir, ao menos em determinados casos, a constituição de um penhor sobre créditos sem necessidade de notificação do devedor do crédito empenhado: foi o que sucedeu em França,<sup>1088</sup> com a aprovação da chamada *Loi Daily* (Lei n.º 81-1, de 2/1/1981 e do D.N. 81-862, de 9/9/1981) que previa a criação de um documento (“*bordereau*”) transmissível de representação do crédito, constituindo-se o penhor sobre esse crédito – quer entre as partes, quer relativamente a terceiros - na data indicada nesse documento (actualmente, este regime foi incorporado no Código Monetário e Financeiro).<sup>1089</sup>

---

<sup>1086</sup> Neste sentido e apesar do silêncio da lei a este respeito, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 184 e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 700. Porém, García Vicente, La prenda cit., pág. 112 e segs., adverte que a notificação por parte do credor pignoratício não basta, carecendo de ser realizada conjuntamente com o empenhante ou, pelo menos, juntar declaração atestando a autorização deste (ou o próprio contrato de penhor), uma vez que para o devedor do crédito onerado o credor pignoratício é um estranho, razão pela qual importa comprovar junto do seu credor a veracidade da declaração do credor pignoratício. Aranda Rodríguez, ob. cit., pág. 157 e segs., entende que a notificação poderá ser efectuada pelo empenhante (por qualquer forma – mesmo oralmente – sendo esta a forma mais segura de levar ao conhecimento do devedor do crédito onerado a constituição da garantia, assim se destruindo qualquer presunção de ignorância do negócio), pelo credor pignoratício, mas apenas desde que observados determinados requisitos (ou seja, desde que sejam apresentados documentos que comprovem a existência do crédito garantido e a constituição da garantia: sem a apresentação de tais documentos, não será possível vincular o devedor do crédito empenhado, uma vez que este “*no puede estar seguro de la celebración del contrato, porque cualquiera puede presentarle una comunicación semejante*”), mas não por qualquer terceiro estranho ao negócio de garantia (uma vez que não parece razoável “*que puede ficar obligado frente a una persona que no es su acreedor, porque alguien le comunique que ha tenido lugar una cesión. Se afirma que no bastan meros rumores, sino que es necesario que la noticia sea creíble y segura*”).

<sup>1087</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 185, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 700 e Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 34. Em face do direito italiano, Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 321, também não considera imperativo que a notificação seja efectuada através de oficial judiciário, bastando uma qualquer comunicação seguida de um acto de aceitação com data certa.

<sup>1088</sup> Em Itália, Ruscello, ob. cit., págs. 45 e 46, dá conta que a desnecessidade de notificação do devedor do crédito empenhado que constava do Código de Comércio Italiano, entretanto revogado.

<sup>1089</sup> Mais concretamente nos art.ºs L313-23 a L313-29-1 (e regulamentados pelos art.ºs R313-15 a R313-18 do mesmo Código). Todavia, o âmbito de aplicação da garantia (cfr. art.º L313-23) é mais restrito do que à primeira vista possa parecer, uma vez que apenas se aplica às cessões ou penhores constituídos para assegurar financiamentos concedidos por estabelecimentos de crédito, por pessoas colectivas de direito público ou privado ou pessoas físicas (nesta última hipótese, apenas se no exercício da respectiva actividade profissional) e tendo por objecto créditos que qualquer deste sujeitos disponha face a terceiros (pessoas colectivas de direito público ou privado ou pessoas físicas - nesta última hipótese, apenas se no exercício da respectiva actividade profissional), podendo tratar-se, não apenas de créditos líquidos e exigíveis (ainda que a termo), mas igualmente resultantes de um acto previamente celebrado ou a celebrar cujo montante e exigibilidade não se encontrem ainda determinados (art.º L313-23). Por outro lado, o documento apenas é transmissível a outro estabelecimento de crédito (art.º L313-26). Conforme já resultava do regime anterior, a garantia considera-se constituída – quer entre as partes, quer face a terceiros – no momento da entrega do documento (*rectius*, na data constante do documento na data da sua entrega), independentemente da data de nascimento, vencimento ou exigibilidade dos créditos empenhados: a partir dessa data, o cliente do estabelecimento de crédito mutuante não pode, sem o acordo deste último, modificar a extensão dos direitos relativos aos créditos empenhados (art.ºs L313-23 e L313-

A particular modalidade de desapossamento que caracteriza este tipo de penhor permite, mesmo sem recorrer à figura do terceiro depositário, a constituição de vários penhores sucessivos sobre o mesmo crédito, sendo a graduação recíproca fixada pela data da notificação ou da aceitação do devedor do crédito empenhado<sup>1090</sup> ou, quando se encontrem sujeitos a registo, da data da respectiva inscrição.

Com efeito, quando um crédito previamente dado em penhor seja novamente empenhado,<sup>1091</sup> bastará a notificação do primeiro credor pignoratício – por parte do credor ou do titular da nova garantia - para que este possa ser reputado detentor também em nome do segundo credor pignoratício, não substituindo esta comunicação a outra a efectuar ao devedor do crédito empenhado.<sup>1092</sup>

---

27). Por outro lado, a entrega do documento implica a transferência, de pleno direito, das garantias e dos acessórios inerentes a cada um dos créditos empenhados e a sua oponibilidade a terceiros sem necessidade de qualquer outra formalidade (art.º L313-27). O documento deve conter uma série de indicações (art.º L313-23), de entre as quais avulta a obrigatoriedade de identificação dos créditos empenhados ou, pelo menos, dos elementos que permitam essa identificação (tais como a menção do devedor, do local de pagamento, do seu montante ou avaliação e da data de vencimento), excepto quando se trate de créditos transmissíveis através de um procedimento informático que permita a sua identificação (caso em que do documento apenas terão que constar o modo de transmissão do crédito, assim como o respectivo número e montante global). Salvo convenção em contrário, o signatário do acto de empenhamento é garante solidário do pagamento dos créditos dados em penhor (art.º L313-24). Para proteger a integridade da sua garantia, o estabelecimento de crédito portador do dito documento pode impedir, através de simples notificação (a efectuar nos termos do art.º R313-15), o devedor do crédito empenhado de pagar ao seu credor-signatário do “borderau” (com a consequência de, após essa data, apenas o pagamento efectuado ao estabelecimento de crédito ser considerado liberatório - art.º L313-28).

<sup>1090</sup> Como salientam Mestre, Putman e Billiau, ob. cit., pág. 256, se o elemento característico do desapossamento no penhor de créditos é a perda de determinados poderes, relativamente ao bem empenhado, por parte do constituinte da garantia, nada impede a concessão de um penhor possa recair apenas sobre uma parte do crédito, deixando outra livre (seja para a empenhar novamente a favor de outro ou do mesmo credor, seja para a ceder), retirando um ulterior argumento a favor desta possibilidade da admissibilidade legal da cessão parcial de créditos. Para Ruscello, ob. cit., págs. 99 e segs., em caso de conflito de vários direitos sobre o crédito empenhado, quando o mesmo crédito seja dado em penhor mais do que uma vez e nenhum deles tenha notificado o terceiro devedor, prevalecerá aquele que o faça primeiramente (isto quer a notificação seja condição de surgimento do penhor ou de mera oponibilidade); se apenas um o tiver notificado, será o direito deste que prevalecerá (também independentemente dos efeitos a atribuir à notificação); se ambos notificarem, prevalecerá o que efectuar a comunicação em primeiro lugar (seguramente se a notificação for condição de nascimento do penhor), embora com dúvidas no caso de a notificação ou aceitação serem erigidas como mera condição de surgimento do direito de preferência (com efeito, nesta última hipótese, o Autor entende que a prova da anterioridade e da data certa da notificação, da aceitação ou de qualquer outro modo de conhecimento por parte do terceiro devedor apenas relevará quando, no procedimento de venda executiva do crédito empenhado, surjam diversos credores pignoratícios com garantia sobre o mesmo, mas já não no concurso com credores quirografários. Pelo contrário, se o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado e este consista em dinheiro, o credor pode reter o montante necessário para pagamento do seu crédito, pelo que o conhecimento efectivo da garantia faz com que o pagamento pelo terceiro devedor apenas tenha efeito liberatório se efectuado ao credor pignoratício: ora, não faria sentido que, em sede de venda executiva, fosse necessário comprovar a data certa da aceitação ou notificação, pois estaríamos a tratar de modo diverso situações idênticas – para além disso, antes da proceder à venda é sempre necessário intimar o terceiro devedor).

<sup>1091</sup> A este propósito, o Código Civil Brasileiro (cfr. art.º 1456.º), depois de impor ao devedor do crédito empenhado o dever de pagar ao credor pignoratício preferente (ou, caso tenha dúvidas acerca do credor prioritário, consignar em depósito a prestação), impõe a este a obrigação de, uma vez notificado por algum dos demais credores, promover a cobrança (sob pena de, não o fazendo, responder civilmente por perdas e danos perante todos os demais credores).

<sup>1092</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 184, justificando a necessidade de notificar o primeiro credor pignoratício com o intuito de tutelar o interesse do segundo credor pignoratício em evitar que o primeiro proceda ignorando o seu direito (designadamente cobrando o crédito, pagando-se e entregando o excedente ao empenhador). A notificação, prossegue o mesmo Autor, apenas será de

Pelo contrário, será de descartar, como requisito indispensável para a constituição do penhor de créditos, a entrega do documento que constate a respectiva existência,<sup>1093</sup> embora esta exigência resulte de alguns diplomas legais estrangeiros,<sup>1094</sup> embora pareça que a tendência mais recente aponte no sentido da desnecessidade de cumprimento desta formalidade.<sup>1095</sup>

A posição oposta repousa na consideração da entrega do documento como meio de publicitação do penhor e mecanismo de prevenção de fraudes, na medida em que o empenhador, conservando o documento em seu poder, poderá fazer crer que o crédito não se encontra onerado e, por outro lado, constituir novos penhores sobre o mesmo bem,<sup>1096</sup> funcionando aquela entrega como modo de evitar que o constituinte do penhor possa reclamar o pagamento do crédito onerado.<sup>1097</sup>

---

descartar quando o primeiro credor pignoratício aceda voluntariamente a permanecer depositário em nome do segundo.

<sup>1093</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 186, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 701, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 54 e 55, Marques de Carvalho, ob. cit., pág. 68, Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 284, Colaço Canário, ob. cit., pág. 60 (concretizando que tal entrega não é necessária, nem para a existência, nem para a eficácia do penhor, invocando em abono da sua posição o art.º 682.º, *a contrario*), Rubino, Il pegno cit., pág. 232, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 155 e 156, Mirabelli, ob. cit., pág. 405 e segs. (alegando que a solução contrária impediria a dação em penhor da maior parte dos créditos), Ruscello, ob. cit., pág. 38, nota 70 (argumentando tal entendimento resulta do próprio teor do art.º 2801.º do CCI – pois este dispõe que, caso o crédito dado em penhor tenha suporte documental, o empenhante deverá entregá-lo ao credor, assim admitindo implicitamente a empenhabilidade de créditos não documentados – constatando que a entrega do documento constitui apenas uma obrigação acessória que não influi no nascimento ou manutenção do penhor), Hardel, ob. cit., pág. 61 e segs. (embora relatando que a jurisprudência dominante opta pela solução inversa – o que, na opinião do Autor, constitui reflexo da aplicação das normas sobre penhor de coisas -, assegurando que o desapossamento é assegurado através da notificação do terceiro devedor, pelo que “*La dépossession du titre au contraire ne la réalise pas, car (...) elle ne prouve pas que le droit donné en gage été mis hors de la portée du constituant*”, uma vez que poderão existir várias cópias do documento que titula o crédito empenhado), Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 546 (dando conta da posição contrária da jurisprudência tradicional, embora salientem um Acórdão de 1983 da Corte de Cassação, que constituiu um *leading case*, no qual se afirma que a exigência de entrega do documento não seria necessária “*quand la tradition (de l’écrit) est matériellement impossible*”), Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 234 a 236, Simler e Delebecque, Droit civil cit., págs. 471 e 472, Legeais, Sûretés 1999 cit., págs. 283, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 56, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., págs. 216 e 217 e Weil, ob. cit., págs. 83 e 84 (embora este último reconheça que a solução oposta decorre da lei francesa).

<sup>1094</sup> Com efeito, o §1 do art.º 1452.º do Código Civil Brasileiro dispõe que o titular do direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício todos os documentos comprovativos do direito empenhado, salvo quando tenha interesse legítimo em conservá-los em seu poder. A norma não se refere especificamente ao penhor de créditos, mas sendo o seu âmbito de aplicação o do penhor de direitos *tout court*, também parece abarcar o penhor de pretensões creditórias.

<sup>1095</sup> Assinalam que a recente reforma do direito francês, de 2006, dispõe neste sentido, Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 254 e segs., acrescentando que a lei deixou ainda de prever (cfr. o anterior art.º 2078.º do CCF) que a imputação da quantia cobrada devia fazer, primeiramente, sobre os juros da quantia devida e só depois sobre o capital, cabendo assim às partes a liberdade do destino das quantias cobradas.

<sup>1096</sup> No direito francês, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 66 e 67 (enaltecendo o carácter publicitário da retirada do título ao devedor, entendido como o símbolo material e exterior do seu direito), Weil, ob. cit., pág. 84 (embora partidário da opinião contrária, não deixa de reconhecer estas vantagens da entrega do título) e, sobretudo, Guillouard, ob. cit., págs. 97 e 98, justificam esta solução com o facto de o art.º 2076.º exigir, como condição do exercício do direito de preferência em qualquer penhor, o desapossamento do devedor, sendo este alcançado, no penhor de créditos, através da entrega de um documento que demonstre a existência do crédito (acrescentando não ser necessária qualquer outra tradição, nem mesmo do objecto do crédito, ainda que este pudesse ser materialmente entregue e reconhecendo que a remessa do título atestante da existência do crédito poderá originar dificuldades quando se trate de direitos indivisos do devedor numa sucessão). Estes Autores discutem, por outro lado, se o título a entregar, no caso de se tratar de um título autenticado, poderá ser uma cópia reconhecida (ao passo que, tratando-se de um título constante de um documento particular, a opinião pacífica é a de que

Um outro argumento radica na atribuição de um carácter constitutivo à entrega do bem e aos desideratos visados pela mesma (sujeição do bem ao poder imediato do credor pignoratício e desapossamento do empenhante, mas não uma função publicitária *strictu sensu*, apenas uma publicidade negativa) os quais não poderão ser alcançados, no penhor de créditos, através da notificação ao terceiro devedor do crédito cedido, pelo que cumprirá efectuar a entrega do documento comprovativo do crédito empenhado, a qual desempenhará funções análogas à entrega do próprio *quid* onerado.<sup>1098</sup>

Ora, a entrega não elimina o risco de fraude que supostamente pretende evitar, dado que o credor pignoratício pode desconhecer a existência do documento e, noutra ordem de considerações, poderia o empenhador entregar ao credor pignoratício uma certidão e exhibir a terceiros o original,<sup>1099</sup> assim praticando a fraude que a entrega pretensamente acautelaria.

Por outro lado, não parece também de sufragar o entendimento segundo o qual a entrega do documento funcionaria, para o penhor de créditos, do mesmo modo que a entrega do bem opera para o penhor de coisas:<sup>1100</sup> esta posição pode contrapor-se que o documento – ao contrário da coisa – não constitui o objecto da garantia pignoratícia.

---

deverá ser remetido o original). Todavia, mesmo no direito francês anterior à reforma de 2006 este entendimento não era pacífico, a ele se opondo, por exemplo, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 93 e 94, considerando a exigência de entrega do título injustificada, por carecer de fundamento legal (no mesmo sentido, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 234) e por, a partir da data da notificação do penhor ao devedor do crédito empenhado, ser o credor pignoratício quem se encontra legitimado, mesmo face a terceiros, para fazer valer o crédito empenhado, o qual deixa de estar à disposição do constituinte da garantia, concluindo ser indiferente a detenção material do título, por não provar que o crédito empenhado se encontra fora da disponibilidade do constituinte (conquanto reconheçam que a entrega do título tornará as fraudes mais dificilmente praticáveis).

<sup>1097</sup> Salienta este aspecto Théry, ob. cit., págs. 312 e 313, embora conclua pela desnecessidade de entrega do documento ao credor pignoratício, uma vez que “*la signification suffit à protéger le gagiste puisqu’un paiement au constituant ne lui serait pas opposable*”.

<sup>1098</sup> Defende, com estes argumentos, a necessidade da entrega dos documentos, Pace, ob. cit., pág. 45 e segs., não sem antes reconhecer a pertinência de algumas motivações invocadas pelos partidários da opinião contrária (como sejam a insusceptibilidade de posse de um crédito, a impossibilidade de a entrega do documento poder cumprir a mesma função da entrega do objecto do penhor – pois não é condição necessária para o exercício do direito por parte do credor pignoratício, nem acrescenta algum novo direito ao direito de crédito -, constituindo um simples meio de prova; que a função da entrega do bem é cumprida, no penhor de créditos, pela notificação ao terceiro devedor do crédito dado em garantia; que a exigência da entrega do documento será obstáculo ao penhor de créditos não comprovados documentalmente), defende a sua tese reafirmando a ausência de uma função específica de publicidade na entrega do bem ao credor no penhor tradicional (reconhecendo-lhe apenas a virtualidade de sujeitar o bem onerado ao poder directo do credor), como se comprovaria pela admissibilidade da tradição simbólica, do mesmo modo que, no penhor de créditos, a notificação do terceiro devedor do crédito empenhado também não a teria, uma vez que não torna esta garantia cognoscível face a quaisquer outros sujeitos (desempenhando apenas uma função de gerar a indisponibilidade do bem onerado, impedindo o pagamento, por parte do terceiro devedor do crédito empenhado ao seu credor): ora, para assegurar aquela publicidade e a tutela de terceiros, no penhor de créditos, o legislador optou por “*estendere il requisito del possesso, per mezzo di documento, anche ai crediti. Il terzo, che contrata col creditore pignorante, poichè il documento non è più nelle mani di quest’ultimo, ha modo di accertarsi della non appartenenza del diritto o del vincolo di destinazione che grava sul credito. Se bastasse la sola notifica, il titolare del credito potrebbe cederlo e disporne in genere come libero da ogni vincolo, frodando così il terzo che non avrebbe modo di accertarsi della vera entità del diritto ceduto. Invece, perché v’è un obbligo alla consegna del documento, il terzo, che ha diritto all’esibizione ed alla consegna di esso, ha modo di accertarsi della esistenza di vincoli sul credito, qualora il titolare non posseda il documento stesso*”.

<sup>1099</sup> Outra hipótese de fraude ocorreria quando o credor exhibisse a terceiros uma certidão (por exemplo alegando ter perdido o original).

<sup>1100</sup> Como salienta Ruscello, ob. cit., pág. 155 e segs., estas posições fundam-se na unidade estrutural do penhor de créditos e de coisas, funcionando naquele a entrega do documento comprovativo do crédito como a entrega da coisa empenhada neste último. Todavia, o Autor repudia esta conclusão, argumentando

Um outro argumento, porventura mais persuasivo, baseia-se na consideração da necessidade de entrega dos documentos ao credor pignoratício como uma aplicação ao penhor de créditos da previsão genérica, ditada a respeito do penhor de coisas, da admissibilidade de constituição do penhor - não só pela entrega da coisa empenhada - através da entrega dos documentos que confirmam a sua exclusiva disponibilidade (cfr. art.º 669.º, n.º 1).

Contudo, tal raciocínio é contestável, sobretudo tendo em conta que a entrega do documento não assume, no penhor de créditos, a mesma importância e as mesmas funções desempenhadas pelo desapossamento no penhor de coisas, nomeadamente porque estas últimas são (ou, pelo menos, pretendem ser) desempenhadas, no penhor de créditos, pela notificação ao devedor do crédito empenhado.<sup>1101</sup>

Acresce que exigir a entrega dos documentos como condição do nascimento (ou da eficácia) do penhor, equivaleria a negar a possibilidade de colocação em penhor de todos os créditos não munidos de suporte documental.<sup>1102</sup>

Quando muito, a entrega do título revestir-se-ia de algum interesse quando o direito a empenhar fosse um crédito contra pessoa indeterminada, em razão da impossibilidade de identificar um devedor a quem notificar a constituição da garantia.<sup>1103</sup>

---

que a entrega do documento comprovativo do crédito empenhado (cfr. art.º 2801.º) - ao contrário do art.º 2786.º, em matéria de penhor de coisas - pressupõe, lógica e cronologicamente a constituição do penhor.

<sup>1101</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 232 e 233, acrescentando ainda que no penhor de coisas corpóreas a entrega do documento apenas pode substituir a entrega da coisa quando o documento confira a exclusiva disponibilidade da coisa, o que normalmente não acontecerá no penhor de créditos. Por seu turno Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 156, sentenciam que as formas de constituição do penhor (*in casu* a notificação ou a aceitação) são estabelecidas com intuítos publicitários, sendo que a publicidade resultante da entrega de um documento meramente probatório é muito reduzida ou mesmo nula. Em sentido análogo Faggella, *ob. cit.*, pág. 103 e segs., assegurando que a entrega do documento não produz a transferência do *ius possessionis* - podendo funcionar tão somente como prova dessa mesma transferência - a qual consiste na transmissão, através de uma declaração de vontade, da faculdade de exercício do direito (considerando que a notificação ao devedor do crédito empenhado não opera, por si só, a essa transferência e, mais ainda, não é sequer um elemento essencial do direito real de penhor, nem tão pouco da preferência a ele associada, mas apenas uma formalidade destinada a evitar que o notificado pague ao constituinte da garantia), resultando dessa transferência um conjunto de obrigações (como sejam a prática de actos de conservação do direito e a cobrança dos rendimentos e juros periódicos) e direitos (tais como proceder à cobrança do crédito empenhado) para o credor pignoratício. Em termos concordantes, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 546, constatando que a entrega do documento não faz com que o constituinte perca o poder sobre o crédito (objectivo alcançado apenas pela notificação), desempenhando uma função publicitária muito limitada (não impedindo necessariamente o credor, que pode possuir outros títulos, de dar em penhor o mesmo crédito a outros credores), Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 234 a 236 e 255 (ressaltando que, em matéria de penhor de créditos, o verdadeiro desapossamento reside na impossibilidade jurídica do devedor do crédito garantido receber o pagamento do seu devedor, efeito este que não resulta da posse do título, mas antes da notificação, desde que esta respeite as exigências legais e alcance o seu destinatário), Théry, *ob. cit.*, pág. 312 (constatando que a entrega do título não resultará qualquer segurança acrescida para o credor - supostamente por evitar que o constituinte pudesse reclamar o pagamento - e para os outros credores - impedindo o devedor de constituir novos penhores - por a notificação ser suficiente para proteger o credor - tornando o pagamento ao constituinte inoponível - e não se concebendo o porquê da sujeição da validade de uma garantia à protecção de terceiros) e Weil, *ob. cit.*, pág. 84 (sustentando que a detenção do título pelo credor pignoratício não coloca o crédito empenhado fora do domínio do constituinte, não é visível para terceiros e, por último, não constitui uma garantia suficiente para o credor pignoratício, uma vez que a entrega do título não chegará ao conhecimento do devedor do crédito empenhado, pelo que este poderá pagar ao seu credor).

<sup>1102</sup> Salientam este aspecto Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, pág. 94, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 546 e Marques de Carvalho, *ob. cit.*, pág. 68.

<sup>1103</sup> Enfatizando este aspecto Théry, *ob. cit.*, pág. 313.

Em face do exposto, a entrega dos documentos constatando da existência do crédito empenhado funcionará apenas como uma obrigação decorrente do vínculo contratual, caso esse documento exista, esteja em poder do empenhador e este não tenha qualquer interesse legítimo na sua conservação (cfr. art.º 682.º),<sup>1104</sup> justificável pelo facto de, não raras vezes, o credor pignoratício carecer desses comprovativos para o exercício dos direitos resultantes do penhor.

A terminar este percurso pelo penhor de créditos, merece especial atenção a dação em penhor de um crédito garantido com fiança, especialmente quando a constituição da garantia não for – como não tem que ser – notificada ao fiador.<sup>1105</sup>

VAZ SERRA<sup>1106</sup> sustenta que, enquanto esta notificação não ocorrer (ou o penhor não chegue ao conhecimento do fiador de outro modo), o fiador se poderá liberar pagando ao empenhador, adquirindo um crédito contra o devedor principal, sendo o penhor sobre o crédito ineficaz relativamente ao fiador. No entanto, o penhor não se extingue, porquanto o credor pignoratício mantém intactas as suas pretensões contra o devedor principal.

Menção separada merece a constituição de penhor sobre títulos de crédito,<sup>1107</sup>  
<sup>1108</sup> muito embora seja legítima a interrogação acerca do objecto da garantia, ou seja, se

---

<sup>1104</sup> Neste sentido, Ruscello, ob. cit., pág. 38, nota 70, tendo em conta que o art.º 2801.º do CCI estabelece esta obrigação em termos mais amplos, afirmando *tout court* que o constituinte tem o dever de entregar os documentos comprovativos ao credor pignoratício. Para este Autor (vide pág. 158 e segs.), a entrega do documento probatório assume uma função cautelar - de modo a permitir a cobrança, atribuição ou venda do crédito recebido em garantia – (em termos idênticos Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 155, entendem que as funções associadas à entrega do documento são permitir ou facilitar a cobrança e a venda do crédito empenhado pelo credor pignoratício) reconduzível a um mais amplo dever de cooperação do devedor, não só para com o credor pignoratício (além de funcionar como meio de prova, permitir-lhe-á aquilatar com precisão a consistência da garantia recebida, para além de a sua apresentação ao terceiro devedor – nomeadamente em caso de cobrança do crédito empenhado - demonstrar a qualidade em que age e, ainda, evitar actos passíveis de defraudar a sua garantia, tais como cessões ou novos penhores sobre o mesmo crédito), como também para com o terceiro devedor (podendo concorrer para criar um situação de aparência de titularidade idónea, suficiente para justificar o cumprimento liberatório nas mãos do credor pignoratício, quando este proceda à cobrança do crédito empenhado). Deste dever de cooperação poderão brotar ainda outros efeitos, como sejam a limitação dos poderes de disposição do devedor que, apesar de permanecer titular do crédito empenhado, apenas poderá levar a cabo actos de disposição que não afectem a garantia do credor pignoratício (assim, se um penhor posteriormente constituído, mas primeiramente notificado, prevalecer sobre outro penhor anteriormente constituído, o titular deste último tem o direito de exigir a prestação de uma nova garantia ou, em alternativa, exigir imediatamente o cumprimento da obrigação assegurada, para além de uma indemnização pelos danos causados).

<sup>1105</sup> De acordo com Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 197, mesmo que apenas tenha sido notificado o devedor principal (e não o fiador), o penhor considera-se constituído, não apenas sobre o crédito do empenhador perante aquele, mas também sobre o crédito contra o fiador, em razão do carácter acessório da fiança.

<sup>1106</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 197.

<sup>1107</sup> Importa não confundir o penhor de títulos de crédito propriamente ditos com o penhor de títulos representativos de mercadorias, cuja empenhabilidade se rege pelas normas do Código Comercial, ou seja, equiparando a entrega do título à entrega da coisa.

<sup>1108</sup> Apesar da existência de normas específicas quanto à colocação em penhor de títulos de crédito, que exigem a actuação sobre o título, poderá questionar-se se a garantia se poderá constituir nos termos do regime geral do penhor. A este respeito, Federico Martorano, Titoli di credito, in Trattato di diritto civile e commerciale (diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni), Giuffrè, 2002, pág. 719 e segs., sustenta que a questão releva sobretudo para efeitos da eventual concessão de um direito de preferência pignoratícia a um penhor não actuado sobre o título, entendendo que a resposta deve, à partida, ser positiva, porquanto a actuação sobre o título apenas relevará para efeitos cartulares. Assim, quanto aos títulos ao portador, a constituição do penhor sem entrega do título ao credor é admissível (embora, uma vez que a exibição do documento é essencial para o exercício dos direitos cartulares, o credor não possa cobrar o crédito, apesar de gozar de um direito de preferência sobre o produto da venda do título: para superar este obstáculo, o Autor sugere a cobrança conjunta em caso de comosse ou, em

o direito recai sobre o título propriamente dito (hipótese em que se deverá considerar como um penhor de coisas) ou antes sobre o crédito por ele representado (caso em que será de qualificar como penhor de créditos).

A distinção releva, não só mas também, ao nível da própria constituição da garantia, na medida que, como resulta da exposição anterior, as formalidades a observar não são coincidentes no penhor de créditos e no penhor de coisas.<sup>1109</sup>

A tese maioritária, entre nós, parece ser a que propende para a classificação do penhor de títulos de crédito como um penhor do crédito incorporado no título,<sup>1110</sup> muito embora tal não signifique, necessariamente, a exclusão – ao menos no que respeita à

---

alternativa, a concessão de um mandato ao terceiro depositário para proceder a essa cobrança, com obrigação de devolver o montante cobrado ao credor pignoratício), o mesmo acontecendo com o penhor constituído sobre um título à ordem através da entrega de um título “*não girado*” (salvaguardado o facto de poderem ser opostos ao credor as excepções pessoais do dador de penhor) e ainda no que concerne ao penhor sobre títulos nominativos criado com a simples entrega do título sem averbamento do vínculo no registo do emitente (recusando que tal mecanismo se traduza num desapossamento para efeitos da lei civil – porquanto não impediria o devedor de requer a mudança do nome do beneficiário a favor de um terceiro ou de emitir um novo título – e considerando, pelo contrário, que o credor pignoratício na posse do título poderá sempre solicitar o averbamento do título, a seu favor, no registo do emitente, assim se legitimando para o exercício dos direitos cartulares, concluindo que, verdadeiramente, apenas existirá constituição de penhor sobre títulos nominativos sem actuação sobre os mesmos quando o desapossamento do devedor prescindir da entrega ao credor, nos mesmos termos e com os mesmos efeitos descritos a propósito dos títulos ao portador). Contra, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 51 e 52, (considerando que um penhor constituído através da entrega do título, mas sem “*girata*” ou sem averbamento no registo do emitente não dá origem a um penhor, mas antes um mero direito de retenção entre as partes), Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 118 e 119 (afirmando que a inobservância das formalidades cartulares não prejudica a válida constituição *inter partes* da garantia, mas apenas a respectiva oponibilidade a terceiros) e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, *Pegno di azioni e quote sociali*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon, págs. 56 a 65 (para quem, em tal caso, estaremos perante um contrato inominado tendo por objecto o direito do credor reter o bem e receber os frutos do bem onerado, enquanto o devedor tem a obrigação de colaboração – passível de execução específica - traduzida no cumprimento das formalidades necessárias para transformar e completar a *fattispecie* num direito real).

<sup>1109</sup> A questão assume menor importância no direito brasileiro, uma vez que o próprio Código Civil contém um regime específico para a constituição de penhor sobre títulos de crédito, determinando os art.ºs 1458.º e segs., que o mesmo se constitui através de documento público ou particular ou, em alternativa, através de endosso (para os títulos nominativos), sendo a entrega do título indispensável para os títulos ao portador e sem prejuízo, em qualquer caso, da necessidade de registo do contrato para que a garantia produza efeitos face a terceiros. Este regime, segundo Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 382, serve de suporte igualmente para o penhor de acções, o qual se funda num contrato escrito – contendo a perfeita identificação dos bens onerados, através da menção da respectiva quantidade, número de ordem, espécie, forma e sociedade emitente – acrescido da inscrição no registo de acções nominativas da sociedade (no caso de acções nominativas) e da instituição gestora do sistema (no caso de acções escriturais).

<sup>1110</sup> Adoptam este segundo entendimento, entre outros, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 59, págs. 187 e 188, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 140, nota 457 e Menezes Leitão, *Garantias cit.*, págs. 287 e 288). Também em Espanha e de acordo com Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 95 a 98, é esta a tese dominante, argumentando que “*si en la base de todo título-valor hay un crédito, que es la sustancia económica de éste, y la prenda es un derecho de satisfacción preferente erga omnes sobre el valor económico de la cosa dada en garantía, parece claro que el objeto de la prenda de títulos-valores debe ser el derecho y no el título que lo representa*” (embora o Autor se incline para uma posição mais mitigada, considerando que, embora o objecto deste penhor seja um crédito, o facto de este se encontrar representado por um título valor conduz a que estejamos perante “*un tipo híbrido de prenda al que, a falta de regulación específica, se le debe aplicar un régimen jurídico mixto. Para su constitución, se utilizarán fundamentalmente las normas que le sean propias, y, subsidiariamente, algunos preceptos de la prenda de cosas. Su contenido, se regirá, además de por sus normas específicas, fundamentalmente, por reglas tomadas de las normas aplicables a la prenda de créditos. Y por último, su ejecución se regirá la mayor parte de las veces por normas propias*”).



constituição da garantia – das regras relativas ao penhor de coisas, sobretudo tendo em conta as particularidades e o modo de circulação de alguns dos títulos.

Todavia, em Itália, o entendimento prevalecente é o contrário, qualificando o penhor de títulos de crédito como um penhor de coisas,<sup>1111</sup> muito embora se reconheça que a disciplina prevista para este deva sofrer adaptações tendo em conta, por um lado, o carácter instrumental dos títulos de créditos e, por outro, o regime específico de circulação de cada uma das categorias de títulos de crédito.<sup>1112</sup>

A nosso ver, cumpre relativizar a relevância da natureza jurídica do penhor de títulos de crédito, atendendo ao facto de a lei ser normalmente explícita na consagração de um regime legal para cada uma das modalidades que aqueles títulos podem assumir, o qual atende às particularidades das formas de representação e circulação de cada um deles, razão pela qual a mencionada questão dogmática assumirá carácter residual, relevando unicamente nas escassas hipóteses que aquela regulamentação espacial não alcance.

Importa, por isso, considerar separadamente, em ordem a determinar o modo de constituição da garantia pignoratícia, as diversas modalidades de títulos de crédito,<sup>1113</sup> embora cientes que tal análise não permite uma cabal delimitação do regime aplicável à dação em penhor dos títulos de crédito, uma vez que não prejudica a aplicação subsidiária do regime geral civilístico do penhor<sup>1114</sup> e não deve ignorar que o

---

<sup>1111</sup> Vários Autores atestam este panorama, como Gustavo Minervini, *Sistema monti titoli e pegno di titoli di credito*, in BBTC, 1990, Tomo I, pág. 145 e segs., Gaspare Spatazza, *Pegno, usufruto, sequestri e riporto delle azioni*, in *Rivista delle società*, 1971, pág. 674 (embora mencione ser também muito difundida a posição que advoga tratar-se de um penhor misto, comungando de aspectos do penhor de coisas e de créditos) e Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, págs. 158 e 159, considerando este último que o objecto do penhor de títulos de crédito é o título em si, pelo que a constituição da garantia pressupõe a entrega do mesmo (todavia, o mesmo Autor sustenta que a observância das formalidades cartulares não dispensa a existência de um documento com data certa, contendo a suficiente indicação do crédito assegurado, embora ressalve a possibilidade, no endosso do título, se efectuar uma suficiente indicação do crédito e da respectiva causa). Particularmente incisivo na defesa desta posição é Federico Martorano, *ob. cit.*, pág. 707 e segs., alegando ser a mesma confirmada pelo direito positivo, na medida em que este reconhece ao credor pignoratício a possibilidade de exercer o seu direito cartular sem que lhe sejam oponíveis as excepções que eventualmente possam ser opostas ao empenhante (não apenas nos títulos ao portador, mas igualmente nos títulos nominativos, nos quais resulta do próprio documento que a atribuição da posse não decorre da transferência da propriedade do título), pelo que “*se l’autonomia della posizione del portatore attuale, daquela del portatore precedente trova la sua spiegazione nell’essere l’acquisto della posizione soggettiva attiva dal titolo, l’inopponibilità, a chi esercita la pretesa cartolare come creditore pignoratizio, delle eccezioni personali al datore del si spiega solo in quanto la costituzione del pegno «attuata sul titolo» comporta l’acquisizione di un diritto di garanzia «sul documento»*”. Estas posições ancoram-se, desde logo, no art.º 1997.º do CCI, o qual dispõe que o penhor e qualquer outro vínculo sobre um direito mencionado num título de crédito ou sobre as mercadorias por ele representadas não produz efeitos se não se efectivam sobre o título.

<sup>1112</sup> Realça estes aspectos Federico Martorano, *ob. cit.*, pág. 709 e segs., para quem a natureza instrumental do título determina a possibilidade de o credor pignoratício gozar do bem empenhado (ao contrário do que sucede no penhor de coisas), enquanto a execução da garantia se processará em termos em tudo idênticos aos do penhor de créditos, atenta a peculiaridade do objecto empenhado. No que concerne ao segundo aspecto assinalado, o regime dos títulos nominativos impõe a certificação documental do penhor, ou seja, mais do que o simples desapossamento previsto no regime do penhor de coisas (com a consequência de tornar inviável, neste caso, a constituição do penhor através da colocação do bem empenhado em poder de terceiro ou numa situação de comosse).

<sup>1113</sup> Seguimos, a este respeito, muito de perto Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 59, págs. 188 a 196.

<sup>1114</sup> Em face do direito italiano e não obstante a existência de regras específicas sobre a colocação em penhor dos títulos de crédito, tal não importa a não aplicação das condições gerais do direito comum, *maxime* daquela que impõe a existência de um documento escrito contendo a suficiente indicação do crédito garantido e do bem empenhado, uma vez que o simples averbamento do vínculo sobre o título não contém qualquer indicação do crédito garantido – neste sentido, Stefano Ambrosini, *ob. cit.*, pág. 317,

anteriormente aludido fenómeno de desmaterialização de alguns deles conduziu ao surgimento de modos alternativos de constituição da garantia sobre os mesmos.

Por último, mesmo dentro de cada categoria de títulos de créditos, desmaterializados ou não, proliferam as regulamentações particulares para certos deles (v.g. valores mobiliários, letras e livranças), originando uma fragmentação de regimes e atribuindo aos modos de constituição do penhor a que se fará referência no imediato uma natureza subsidiária.

Tratando-se de títulos ao portador e dada a maior incorporação do crédito no título, a constituição do penhor deverá reger-se pelo disposto para o penhor de coisas, isto é, mediante a celebração do contrato e a entrega do título.<sup>1115</sup>

Contudo, para alguns destes títulos, designadamente os títulos da dívida pública, não falta quem sugira a necessidade de uma inscrição no registo da entidade gestora e de um depósito daqueles títulos, tendo em conta a necessidade de evidenciar a constituição de garantia e a situação de indisponibilidade a que tais títulos passam a estar sujeitos em razão daquele vínculo.<sup>1116</sup>

No que respeita aos títulos à ordem, o penhor nascerá normalmente através da entrega do título endossado com a cláusula “em garantia”, “em penhor” ou outra equivalente<sup>1117</sup> (sendo o endosso em branco, o titular será determinado pela posse do

---

Frederico Martorano, ob. cit., págs. 718 a 719, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 51 e 52, Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 118 e segs. (este último Autor salienta, por um lado, que para cumprimento de tal obrigação não basta indicar o valor do crédito garantido, sendo ainda necessária a referência à causa de onde tal crédito provém e, por outro lado, que a mencionada formalidade terá de ser observada mesmo para os instrumentos financeiros desmaterializados, pois do registo destes “*non solo manca ogni riferimento al credito garantito, ma non si scorge ragione per ritenere superflua tale indicazione nel nuovo sistema della dematerializzazione*”) e, aparentemente, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 65 a 67 (embora ressalve que, relativamente aos títulos desmaterializados, esta formalidade se pode considerar substituída pelo registo na conta do intermediário financeiro).

<sup>1115</sup> No mesmo sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 233, Gabrielli, I negozi costitutivi cit., págs. 158, Frederico Martorano, ob. cit., pág. 711 e segs. (fazendo assim coincidir a posse, pura e simples, com a legitimidade cartular, pelo que as limitações aos poderes do possuidor, inerentes ao facto de este ser um simples credor pignoratício e não proprietário, apenas podem resultar do negócio subjacente e ter efeitos nas relações internas com o dador do penhor, em nada influenciando o poder de disposição do título, nem tão pouco a autonomia da posição do portador a título de penhor relativamente ao devedor cartular), Gustavo Minervini, ob. cit., pág. 146, Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 675 e, para o direito francês, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 90 e 91, Hardel, ob. cit., págs. 64 e 65 (embora este último noticie que alguma jurisprudência admite, em alternativa ou cumulativamente com a entrega do título, a notificação do devedor do crédito inscrito no título) e, mais recentemente, Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 249, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., págs. 537 e 538. e De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 145 (este último, particularmente enfático, afirmando que “*se trata de una mera prenda de cosas corporales con los mismos requisitos*”). Entre nós, defende a mesma solução Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 155. Analogamente, para o direito alemão, do §1293 do BGB decorre que o penhor se constituirá nos termos previstos para o penhor de coisas - Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1600, notam, porém, que ao credor pignoratício assiste, desde a constituição da garantia, o direito de cobrança.

<sup>1116</sup> Tal decorre, no direito italiano, da regra geral contida no art.º 1997.º do CCI, nos termos do qual o penhor e qualquer outro vínculo sobre os títulos de crédito não produzem efeitos senão se actuarem directamente sobre o título. Neste sentido, Maria Costanza, Valori mobiliari: titoli di stato in pegno, in Contratto e impresa, ano 7, n.º 3 (1991), págs. 1043 a 1048. De acordo com esta Autora, apesar de estarmos perante títulos ao portador, o respectivo regime de circulação – impondo a respectiva entrega aos institutos de crédito, assim como dos correspondentes documentos certificativos – não torna visível a existência de ónus, concluindo que o penhor sobre estes títulos “*non potrebbe valdiamente costituirsi senza un constatuere atto di deposito, presso il soggetto istituzionalmente deputato alla custodia dei titoli (...) assolverebbe alla funzione di evidenziare la condizione del bene ed i limiti della sua disponibilità*”.

<sup>1117</sup> Consagram este modo de constituição de penhor, no ordenamento italiano, o art.º 2014.º do CCI (no sentido de esta expressão não ser sacramental, vide Frederico Martorano, ob. cit., pág. 713) e o anterior

título), muito embora também se admita a constituição da garantia através de um endosso pleno – não acompanhado da restrição “*em garantia*” – acompanhado de uma convenção entre as partes através da qual o endossatário se obriga a utilizar o título apenas para efeitos de garantia.<sup>1118</sup>

Contudo, esta segunda possibilidade enfrenta obstáculos de monta, quais sejam a eventual qualificação do negócio como fiduciário<sup>1119</sup> (especialmente em ordenamentos,

---

art.º 122.º, n.º 4 do Code de Commerce francês (de acordo com o qual e segundo Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, págs. 183 e 184, “*l’endossement pignoratif est réalisé par l’insertion dans la formule d’endos de la mention valeur en garantie, valeur en gage, ou de toute autre mention impliquant un nantissement*”). No direito alemão, o §1292 do BGB determina que o penhor se constitui mediante endosso - Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1596 e segs., ressalvam que tal endosso pressupõe um acordo real (traduzido no assegurar de um determinado crédito), o qual deve formar uma unidade juntamente com o endosso propriamente dito, admitindo os Autores que o penhor possa surgir nos mesmos termos previstos para o penhor de coisas (ou seja, mediante a entrega do título): contudo, alertam para o facto de a relação jurídica entre empenhante e credor pignoratício se reger pelas normas ditadas para o penhor e não pelas disposições de direito cambiário (o que implica, desde logo, atribuir ao credor pignoratício a faculdade de cobrar o crédito documentado no título, mesmo que ainda não se encontre vencido - §1294 do BGB). Reconhecem igualmente ser esta a via de constituição do penhor sobre títulos à ordem, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 95 a 97 (acrescentando ser desnecessária a notificação da constituição do penhor ao devedor do crédito empenhado - ou ao estabelecimento emitente - pois este, ao subscrever a sua obrigação, compromete-se a pagar a qualquer pessoa que, por força de endosso, venha a ser portador regular do título), Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 250 e Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 538 (estes últimos realçam que, apesar da incorporação do direito no título, o regime aplicável não poderá ser o do penhor de coisas corpóreas - uma vez que o portador não se encontra investido dos seus direitos pela detenção do título, mas sim pela designação da qualidade de portador -, daí que se exija uma forma de constituição específica, o endosso pignoratício, sem necessidade de redução a escrito). Relativamente ao direito espanhol, Olivencia Ruiz, ob. cit., pág. 45 (destacando ser este o modo de empenhar uma letra de crédito, reconhecendo que, deste modo, o credor pignoratício endossatário do título se encontra protegido através dos princípios cambiários da autonomia e literalidade, ou seja, “*las personas obligadas en la letra no podrán invocar contra él las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endossante (...) pero este derecho, por ser limitado a los fines de garantía, no comprende la facultad de disponer y, en consecuencia, no podrá el acreedor pignoratício endosar, a su vez, con plenos efectos traslativos, sino, exclusivamente, en comisión de cobranza*”) e De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 145 e 146.

<sup>1118</sup> Assim também Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 233, Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 158, Frederico Martontano, ob. cit., págs. 713 e 714 (salientando, relativamente à admissibilidade de endosso pleno, que as limitações decorrentes da convenção *inter partes* serão inoponíveis aos terceiros adquirentes de boa fé, não assumindo qualquer relevância relativamente ao devedor cartular, tendo em conta a autonomia da posição do credor pignoratício), Carlo Rimini, *La costituzione del pegno sulla cambiale mediante girata fiduciaria e il divieto del patto comissorio*, in *BBTC*, n.º 51, Tomo II (1998), pág. 187) e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1596 e segs., (destacando que o endosso pode assumir as vestes de endosso pleno, que se distinguirá do endosso translativo da propriedade unicamente por força do distinto conteúdo daquele acordo real). Navarro Chinchilla, *La pignoración de la letra de cambio*, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, pág. 515 e segs., salienta que esta alternativa comporta vantagens para o endossante empenhante (que, ao não aparecer na letra qualquer menção à constituição da garantia, não vê perturbada a possibilidade de obtenção de crédito) e para o credor (que poderá ser imediatamente ressarcido do seu crédito, sendo apenas preferível optar pelo endosso em garantia quando o valor da letra for consideravelmente superior ao da obrigação garantida), tendo a sua validade sido aceite pelo Supremo Tribunal (considerando que “*En ella se va a transmitir al fiduciário la propiedad del bien en garantía del pago de una deuda, con obligación, por parte de éste, de transmitirlo a su anterior propietario una vez cumplida la obligación asegurada*”).

<sup>1119</sup> Consideram estes negócios como fiduciários e contrastantes com a proibição dos pactos comissórios os Acórdãos do Tribunal de Bolonha de 18/1/1996 e de 3/12/1996 (in *BBTC*, n.º 51.º, Tomo II (1998), pág. 177 e segs.). Quanto ao primeiro aspecto, afirma-se que as partes utilizam o meio (o endosso pleno) excessivo relativamente ao desiderato visado (constituição de um penhor sobre o título), conferindo ao endossatário o direito de dispor de modo pleno e exclusivo do título (direito este apenas temperado, no

como o nosso, em que admissibilidade destes negócios permanece envolta em polémica), o eventual conflito com a proibição dos pactos comissórios<sup>1120</sup> e os prejuízos que pode causar a terceiros.<sup>1121</sup>

De entre os títulos à ordem, merecem referência autónoma, não apenas pela sua relevância prática, mas igualmente pela especificidade do seu regime, as letras de câmbio e livranças, cuja dação em penhor obedece ao disposto nos art.ºs 19.º e 77.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças,<sup>1122</sup> aí se dispondo que a constituição da garantia se produz com o endosso do título com a menção “valor em garantia”, “valor em penhor” ou outra equivalente, podendo o portador do título exercer todos os direitos constantes da letra – como a apresentação da letra ou livrança a pagamento<sup>1123</sup> –, mas valendo o endosso por ele efectuado apenas como endosso de procuração:<sup>1124</sup> este regime, aliás, não diverge substancialmente do consagrado noutros direitos.<sup>1125</sup>

---

plano das relações internas com o endossante, na medida em que o endossatário se comprometia a usar o título apenas em conformidade com o fim de garantia). Já Carlo Rimini, ob. cit., págs. 185 e segs, partindo da constatação segundo a qual o ordenamento introduz uma cisão entre a propriedade do título e a legitimação para o exercício dos direitos cambiários (esta última transferível por simples transferência possessória por via de endosso), distingue os casos em que ao endosso esteja subjacente um negócio através do qual as partes pretendam a transferência da propriedade do título ou, pelo contrário, apenas da legitimação, afirmando que, mesmo nesta segunda hipótese, “*nel caso in cui la girata della cambiale corrisponda ad un negozio sottostante con cui le parti abbiano voluto costituire un pegno sul titolo di credito (...) senza dubbio non si ha trasferimento della proprietà del titolo, in applicazione della regola generale per cui il bene oggetto del pegno rimane nel patrimonio del debitore. Si tratta quindi di una di quelle ipotesi in cui la girata piena trasferisce solo la legittimazione e non la proprietà del titolo*”, residindo o carácter fiduciário da convenção na circunstância de a transferência da legitimação cambiária exceder o escopo garantístico visado pelas partes. No direito francês, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010cit., pág. 538, entendem que o endosso translativo é inoponível a terceiros, por força da teoria da simulação, pelo que estaremos na presença de uma garantia fiduciária. Entre nós, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 285, entende que este negócio já não será um penhor, mas antes um negócio fiduciário tendo por objecto uma letra ou uma livrança, porquanto “*Há uma transmissão plena, limitada só a nível obrigacional entre as partes*”

<sup>1120</sup> Vide os dois arestos citados na nota anterior e, sobre o pacto comissório, infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>1121</sup> Salienta este aspecto, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 184, assegurando que, deste modo, a limitação ao endosso – aparentemente pleno – constará apenas das relações internas entre as partes e “*les tiers n’ont pas la possibilité de déterminer la nature véritable de l’opération réalisée. A leur égard, l’endossement a toutes les apparences d’un transfert de propriété*”.

<sup>1122</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei 23721, de 29 de Março de 1934.

<sup>1123</sup> Não podendo os co-obrigados invocar contra o portador as excepções fundadas nas relações pessoais deles contra o endossante, excepto se o portador, ao receber a letra, tiver actuado conscientemente em prejuízo do devedor – art.ºs 19.º II e 77.º da LULL.

<sup>1124</sup> Estas normas, bem como as já aludidas relativas ao penhor de valores mobiliários e participações sociais, vieram derrogar o art.º 399.º do Código Comercial que regulavam a constituição do penhor sobre estes objectos – no mesmo sentido Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 208 e Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 254, nota 711.

<sup>1125</sup> Navarro Chinchilla, ob. cit., pág. 493 e segs., passando por cima da polémica acerca do objecto desta garantia (aludindo a duas teses contrapostas, uma assegurando que o direito incide sobre o título – assemelhando-se, por isso, a um penhor de coisas – e a outra identificando o crédito que a letra representa como o verdadeiro objecto da garantia), escreve que a mesma se constitui através do endosso que contenha a menção “valor em garantia” ou outra equivalente (contendo a assinatura do endossante na própria letra) e a entrega da letra ao endossatário (o mesmo Autor admite o endosso em branco, desde que, no momento do vencimento da obrigação, se tenha identificado o credor, embora advirta que “*es aconsejable designar al endosatario en la letra, pues si dicha mención figurara en blanco, ello supondría la indeterminación del acreedor pignoratício*”), posição similar à de De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., págs. 147 e 148 (apontando para o regime delineado na Lei n.º 19/1985 – Lei cambiária e do cheque – do qual resulta a indispensabilidade da entrega do título; a possibilidade de o credor pignoratício apresentar a letra a pagamento, protesto e exercer a acção cambiária directa contra o aceitante e os avalistas deste e a acção de regresso contra o liberado, endossantes e avalistas), embora este último aluda à prática de endossos plenos (figura mais próxima de uma alienação em garantia, apresentando a

Caso o credor efectue a cobrança, alguns Autores sustentam que, passando a quantia recebida a integrar o seu património, se opera uma conversão da garantia num penhor irregular.<sup>1126</sup>

Importa, todavia, salientar que da constituição de um penhor sobre este título cambiário resultam efeitos diversos para o endossante<sup>1127</sup> e para o endossatário.<sup>1128</sup>

Finalmente, o penhor de títulos nominativos poderá constituir-se através de anotação da constituição da garantia no título e no registo do emitente,<sup>1129</sup><sup>1130</sup> embora também se permita a constituição nos mesmos termos dos títulos à ordem.<sup>1131</sup>

---

vantagem da desnecessidade de venda, executiva ou particular, do bem onerado) e de emissão de letras de crédito em branco, firmadas pelo devedor em benefício do credor, cabendo a este preencher o restante conteúdo do título em caso de incumprimento (prática esta que o Autor considera abusiva, “*por cuanto deja en manos del Banco la posibilidad de fijar en el título la cantidad adeudada y la fecha de vencimiento, extremos que no se palían por el hecho de tratarse de un acreedor especial*”). Já em face do direito francês, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 185 e 186, noticiar também que a forma de constituição da garantia sobre estes títulos é o endosso em garantia.

<sup>1126</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* cit., pág. 285, embora alertando para a necessidade de aquela quantia ocupar uma posição especial no seio do património do credor, uma vez que será utilizada para pagamento do credor em caso de incumprimento da obrigação garantida: nessa medida e até porque o devedor poderá cumprir, “*recai sobre o credor, que é um fiduciário em garantia, um dever de protecção dos bens fiduciários que consiste aqui, face ao dinheiro, em separá-lo do seu restante património por via do depósito numa conta bancária aberta para o efeito*”.

<sup>1127</sup> Navarro Chinchilla, ob. cit., pág. 502 e segs., salienta a necessidade de distinguir o caso de se haver vencido a obrigação garantida, mas não a letra (caso em que o cumprimento daquela obrigação obriga o credor a entregar a letra de câmbio ao endossante), da hipótese de se encontrarem já vencidas a letra e a obrigação assegurada e se esta não for cumprida (podendo, nesta eventualidade, o endossatário exercer as acções cambiárias contra o aceitante e contra os endossantes que não aquele que haja constituído a garantia, sendo mais discutível se poderá exercê-las também contra este último).

<sup>1128</sup> Navarro Chinchilla, ob. cit., pág. 505 e segs., destaca como, antes do vencimento da obrigação garantida, o endossatário dispõe do direito de retenção da letra (mas também do dever de a conservar e de não se apropriar da letra, nem dispor dela). Uma vez vencida aquela obrigação, se a letra ainda não se tiver vencido importa distinguir consoante o devedor satisfaça a obrigação garantida (caso em que o endossatário deverá devolver a letra) ou não o faça (podendo o credor, se tal suceder, aguardar o vencimento da letra e executá-la ou, em alternativa, realizar a garantia – através da venda notarial, nos termos previstos para o penhor civil, ou através de Corredor de Comércio - e pagar a dívida com o montante obtido). Por outro lado, o mesmo Autor alude à possibilidade de o endossatário adquirir *a non domino*, ou seja, de quem não era titular da letra, quando esta tenha saído do poder do seu titular por acto alheio à sua vontade e o credor pignoratício tenha adquirido a respectiva posse de boa fé e com a diligência devida. Finalmente, assiste ao credor endossatário da letra o direito de usufruir das acções (nomeadamente a acção cambiária directa – contra o aceitante e os seus avalistas – e a acção cambiária de regresso, proponível contra qualquer obrigado distinto do aceitante, designadamente os diversos endossantes e os seus avalistas) que nascem da letra de câmbio para defesa da sua posição, sem que lhe possam ser opostas as excepções fundadas nas relações dos obrigados com o endossantes que transmitiu a letra em garantia, excepto se o portador da letra – credor pignoratício – tivesse agido com conhecimento dessas excepções e com intenção de prejudicar o devedor (embora o Autor aluda a algumas críticas a este entendimento, com base no facto de o endossante empenhante continuar como proprietário da letra, mas tal posição choca frontalmente com o disposto na lei especial sobre estes títulos de crédito). No direito francês, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 186, relata que, quanto aos efeitos, o credor pignoratício beneficia de todos os direitos inerentes à letra de câmbio (como o direito – e/ou dever – de a apresentar a pagamento, a realizar o protesto, a accionar os garantes, beneficiando ainda do princípio da inoponibilidade das excepções), variando, porém, consoante o crédito titulado pela letra se vença antes do crédito garantido (caso em que o credor pignoratício poderá apropriar-se do valor indicado naquele título, ou seja, “*C’est le régime juridique du gages espèces ou du nantissement de compte qui s’applique alors: par un simple jeu d’écriture, la banque peut affecter des sommes figurant sur un compte spécial, au paiement de sa propre créance*”) ou se produza a situação inversa (hipótese na qual “*Le créancier peut exercer son droit de rétention sur le traite, puis à l’échéance de celle-ci, il peut en poursuivre le recouvrement (...) et se payer jusqu’à due concurrence. Le créancier évite ainsi la procédure lourde et inutile de la vente aux enchères*”), embora não possa dispor do título (porquanto o penhor não implica a transferência da propriedade do mesmo para o credor pignoratício).

## 6 - Carácter acessório do penhor face ao crédito garantido<sup>1132</sup>

<sup>1129</sup> Em face do nosso direito, vide, por todos, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 155, defendendo que o penhor de títulos nominativos se constitui através de declaração efectuada no livro de registo da entidade competente. Frederico Martorano, ob. cit., págs. 714 a 718, sustenta que, neste caso, será ainda necessária a entrega do título ao credor, visando satisfazer a exigência de “*evitare al creditore difficoltà nel materiale reperimento dell’oggetto del pegno al momento in cui la garanzia debba essere concretamente azionata*” (entendimento reforçado pela circunstância de a lei, ao contrário do que faz com respeito ao usufrutuário, não prever a entrega de um título separado), acrescentando que a publicidade resultante do duplo averbamento não é completamente absorvida pela entrega material, conservando esta a sua relevância para os casos de perda involuntária da posse por parte do credor pignoratício. Contra, Rubino, Il pegno cit., pág. 234 (argumentando que, com a dupla anotação, o penhor se considera constituído “*sobre o título*”, embora reconheça ser prática comum a entrega ao credor pignoratício de um duplicado do título, contendo também ele a anotação), Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 51 (alegando que a entrega do título é desnecessária, tendo em conta que a publicidade relativamente a terceiros é assegurada pela dupla anotação, pelo que o credor pignoratício estará protegido por estas anotações contra actos de alienação ou disposição do título ou do direito – bem como contra cobranças por parte do devedor –, apesar de reconhecerem que o facto de não ter em seu poder o título poderá enfrentar dificuldades no momento da venda do bem empenhado, uma vez que esta deverá ser averbada no título) e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 53 e segs. (sustentando que a ideia segundo a qual, neste caso, estaríamos perante um penhor sem entrega do bem onerado é de relativizar, atendendo a que o constituinte fica privado do direito de dispor do bem dado em garantia, sendo o desapossamento substituído “*da altre formalità funzionalmente equivalenti quali la annotazione e registrazione in conto*”: com efeito, a função publicitária da entrega poderia ser suprida pela evidência que do título resulta da constituição da garantia, bem como da inscrição no livro dos sócios, além da impossibilidade de o empenhante praticar actos de disposição material dos títulos, uma vez que a forma de constituição do vínculo tornam-no oponível a terceiros adquirentes, deste modo impedindo eventuais aquisições de boa fé por parte destes). Em face do direito francês, Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., págs. 249 e 250, entendem que a garantia se constitui através de uma transferência a título de garantia inscrita nos registos do devedor.

<sup>1130</sup> Ocorrendo o desapossamento, mas não a dupla inscrição, a doutrina (assim, Nicola Gasperoni, Modalità di costituzione del pegno sui titoli azionari nominativi e legittimazione del creditore pignoratizio, in BBTC, n.º 14, Tomo II, pág. 313 e segs. e Gaspere Spatazza, ob. cit., pág. 676) e jurisprudência (veja-se, a título exemplificativo, a decisão da Corte de Apelo de Florença de 22/5/1950, in BBTC, n.º 14, Tomo II, pág. 309 e segs.) dominantes consideram que o penhor apenas é válido *inter partes*, sendo inoponível à sociedade e aos demais terceiros, salientando os dois citados Autores que o conteúdo da garantia assim comprimido se traduzirá em bem pouco, porquanto o credor estará inibido de exercer os direitos sociais (uma vez que apenas com a inscrição do penhor no título e no registo do emitente é que surge a legitimidade do credor), funcionando quando muito como um direito de retenção ou meio de pressionar o devedor a cumprir.

<sup>1131</sup> Estas duas hipóteses estão contempladas nos art.ºs 2024.º e 2026.º do CCI, bem como no art.º 3.º do r.d. 239, de 29/3/1942. Igualmente Rubino, Il pegno cit., pág. 233, Gabrielli, I negozi costitutivi cit., págs. 158 e 159, Frederico Martorano, ob. cit., págs. 716 a 717 (embora realçando que o penhor não é oponível ao terceiro adquirente de boa fé se não tiver sido averbado no registo do emitente), Gustavo Minervini, ob. cit., págs. 1050 e 1051, Gaspere Spatazza, ob. cit., pág. 676 (embora os dois últimos Autores salvaguardem que, relativamente à sociedade emitente, o penhor não produz efeitos se não depois da inscrição no livro dos sócios, a qual deve ser realizada imediatamente pela sociedade, nos termos art.º 3.º, n.º 2, do r.d. 239, de 29/3/1942), Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 95 a 97 (acrescentando também ser desnecessária a notificação da constituição do penhor ao devedor do crédito empenhado ou ao estabelecimento emitente) e De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 145. Em face do direito alemão e segundo Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1595, a constituição de penhor de títulos nominativos dependerá da forma de transmissão da propriedade dos mesmos, a qual poderá decorrer de uma mera cessão ou, pelo contrário, exigir a entrega do título: no primeiro caso, para o surgimento da garantia impõe-se a notificação ao devedor do crédito (ou melhor, do direito inscrito no título) cedido; no segundo, dispensa-se tal notificação, impondo-se antes a entrega do título.

<sup>1132</sup> Menezes Cordeiro, Direitos Reais, Lex, Lisboa, 1993, págs. 750 e 751, qualifica o penhor, em razão da nota da acessoriedade, como um direito real combinado (por se encontrar associado a um direito de crédito, não sendo concebível a sua existência sem a deste) integrado (“*porque se encontra ao serviço desse direito de crédito, que dita o interesse e sentido da operação*”).

## 6.1 - Relação entre a constituição (validade), transmissão e extinção obrigação garantida e o penhor

Encontrando-se as garantias reais em geral e o penhor em particular ao serviço de uma obrigação principal,<sup>1133</sup> cujo cumprimento visam assegurar,<sup>1134</sup> não surpreende a qualificação daquelas como acessórios desta última e, em função da regra segundo a qual o acessório segue o principal, tão pouco que o destino da obrigação garantida acabe por se reflectir, inexoravelmente, na vida do penhor.<sup>1135</sup>

Não obstante, por vezes alega-se que a acessoriedade conflitua, de modo insanável, com a circunstância de um direito real se encontrar dependente de um direito obrigacional (tendo em conta a maior robustez do primeiro),<sup>1136</sup> o que conduz a uma desvalorização desta característica.<sup>1137</sup>

---

<sup>1133</sup> Todavia e como adverte Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 444, não é rigorosamente verdade que o penhor tenha que garantir uma obrigação principal, podendo bem assegurar a obrigação acessória e subsidiária do fiador – uma vez que tal obrigação do fiador, mesmo sem ter carácter principal, representa a existência de uma obrigação, à qual a garantia se subordina e da qual depende -, ao menos desde que cumpridos os requisitos relativos à determinação da obrigação garantida. Também Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 115, realça como não é forçoso que o penhor se constitua em garantia de uma obrigação autónoma em sentido estrito, sendo possível assegurar com um penhor a obrigação acessória e subsidiária do fiador.

<sup>1134</sup> Como bem esclarece Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 106 e segs., nem todas as garantias comungam da características da acessoriedade, mas apenas aquelas (como sucede com as garantias reais legalmente tipificadas) em que o direito de garantia se encontre numa situação de dependência estrutural relativamente ao crédito assegurado, constituindo uma “*especial técnica de ligação do crédito ao direito de garantia*”. Concretizando um pouco mais e procurando definir o que se deve entender por “*acessoriedade*”, o Autor alude à existência de uma dependência unilateral de um direito face a outro, de modo que a um direito determinante ou dirigente se contrapõe outro apoiado ou dirigido (podendo esse fenómeno verificar-se no nascimento, no âmbito, na manutenção ou na extinção), impondo-se concluir pela diversidade de graus de acessoriedade, distinguindo entre a acessoriedade forte (vislumbrável nas situações em que há acessoriedade no nascimento, na funcionalidade e na extinção) e fraca (em que se verifica uma mera dependência existencial) e até intermédia (chamados de acessoriedade média). A noção de acessoriedade permite, na opinião de Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 301, questionar a existência de uma garantia real autónoma, concluindo que a resposta variará em função da noção de acessoriedade adoptada. De acordo com a noção tradicional – segundo a qual a garantia acessória deve seguir a sorte do crédito garantido – a resposta seria negativa, uma vez que, segundo esta visão, os vícios que afectem o crédito contagiam a garantia, podendo o constituinte da garantia opor ao credor as excepções relativas ao crédito. Pelo contrário, se entendermos a acessoriedade como a afectação de uma garantia ao serviço exclusivo de um crédito, a inoponibilidade das excepções que caracteriza as garantias ao primeiro pedido não contraria a noção de acessoriedade, constituindo até uma afectação particularmente eficaz para o credor, sem que, por outro lado, sejam cortados todos os laços com a obrigação assegurada. Já Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 68, salienta como em determinados ordenamentos, como o alemão, o princípio da acessoriedade surge relativizado, por força da abstracção de algumas figuras utilizadas com fins de garantia faz com que estas: todavia, o Autor entende que tal “*no quiere decir que esas garantías reales abstractas no cumplan la función de garantizar un crédito, sino que adquieren autonomía respecto de dicho crédito*”, pelo que a autonomia não contraria a acessoriedade.

<sup>1135</sup> Nas palavras elucidativas de Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 66, “*la garantía real se origina, subsiste y se extingue en tanto en cuanto se origina, subsiste y se extingue el derecho de crédito garantizado*”.

<sup>1136</sup> Alude a esta argumentação, desvalorizando-a Medina de Lemus, ob. cit., pág. 139.

<sup>1137</sup> Designadamente por Rubino, Il pegno cit., pág. 188, para quem esta qualificação é meramente descritiva, mas inconclusiva do ponto de vista jurídico, tendo em conta que o ordenamento italiano não contém um conceito unitário e técnico de acessoriedade, acrescentando que a máxima *accessorium sequitur principale* não se traduz numa regra de direito, mas apenas uma inspiração para diversas normas, concluindo que o penhor apresenta, relativamente à obrigação garantida, uma autonomia estrutural (derivada da diferença entre o direito de crédito assegurado e o direito real de garantia) e uma independência funcional (resultante do escopo garantístico), por Realmonte, Il pegno cit., pág. 634

De qualquer modo, parece pacífico retirar desta relação quase umbilical diversos corolários, o primeiro das quais relativo à própria existência da obrigação a garantir.<sup>1138</sup>

Com efeito, decorre do princípio da acessoriedade que o crédito garantido por penhor deverá ser válido<sup>1139</sup> pois, sendo nulo (por exemplo, por inexistência do crédito a garantir, por o mesmo já se encontrar extinto<sup>1140</sup> ou, em geral, por ser nulo o negócio jurídico de constituição do mesmo<sup>1141</sup>), idêntica sorte terá o penhor.<sup>1142</sup>

---

(considerando que a acessoriedade não constitui, ao menos sem uma correspondência na disciplina legislativa, a chave para a solução mecânica de todas as questões relacionadas com a ligação entre o penhor e o crédito garantido), por Ciccarello, ob. cit., pág. 684, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 66 e por diversos Autores citados por Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 60 e 61, nota 164 (considerando alguns tratar-se de um dogma, sendo a sua aceitação restrita ao caso de transmissão do penhor para outro credor, mas recusando-a no que toca ao nascimento – asseverando que o negócio de constituição da garantia sem existência de um crédito garantido é meramente ineficaz - e extinção da obrigação).

<sup>1138</sup> Salientam este aspecto, designadamente para colocar em questão a constituição de penhores em garantia de créditos futuros e/ou indeterminados, assim como para fundamentar o efeito reflexo dos vícios que afectem o crédito sobre a garantia, Realmonte, Il pegno cit., pág. 634, Paulo Cunha, ob. cit., pág. 199 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 60.

<sup>1139</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 24, realçam que, em termos negativos, a característica da acessoriedade serve para excluir a constituição do penhor quando não se destine a tutelar uma dada obrigação, como sucederá com o penhor de proprietário. Esta figura, caracterizada pelo facto de coincidirem na mesma pessoa as qualidades de credor pignoratício e de proprietário do bem empenhado, deverá ser recusada, na medida em que se o credor pignoratício adquirir a coisa empenhada a garantia extingue-se (uma vez que, destinando-se a garantir o seu crédito, ficará sem razão de ser), apesar de Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 61, admitir a manutenção do penhor quando o proprietário tenha interesse jurídico na sua sobrevivência (apontado o seguinte exemplo: A constitui um penhor a favor de B e depois um usufruto a favor de C sobre a mesma coisa; em seguida, vende a coisa a B, que terá interesse na manutenção do penhor para, desse modo, ter preferência em relação ao usufruto de C, extinguindo-se o penhor apenas se e quando o usufruto se extinguir), tendo os mesmos direitos relativamente ao bem que teria se o penhor incidisse sobre um bem alheio (*maxime* não sendo obrigado a entregar a coisa a outro credor pignoratício de grau inferior), incluindo a legitimidade para promover a execução do bem para sua satisfação.

<sup>1140</sup> No entanto, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 86, admite a convenção das partes no sentido da subsistência do penhor apesar da extinção do crédito, convenção esta que poderá ser interpretada como manutenção do crédito, mas limitando a sua responsabilidade ao valor do penhor. Por outro lado, Jacques Ghestin e outros, Droit commun, pág. 312, para além de admitirem essa mesma possibilidade, consideram também possível garantir com penhor as restituições entre as partes consequentes à anulação do contrato, afirmando que “*On ne peut pas garantir un contrat nul, mais on doit pouvoir garantir les conséquences de la nullité: les obligations de restitution consécutives à la nullité sont des obligations valables*” e, por isso, serão separáveis do negócio anulado, constituindo uma convenção autónoma, como um “*contrat d’après-contrat*” (dando ainda conta da existência de frequentes estipulações desta índole nos contratos de distribuição).

<sup>1141</sup> Faggella, ob. cit., pág. 29, aponta como exemplos de obrigações que não podem ser asseguradas por penhor, por força da nulidade de que enfermam, aquelas que sejam contrárias à lei ou aos bons costumes.

<sup>1142</sup> Assim, expressamente, Rubino, Il pegno cit., pág. 188, Realmonte, Il pegno cit., pág. 634 e Ciccarello, ob. cit., pág. 684. Considerando que o penhor é nulo se o crédito garantido já se encontrava extinto ou era nulo ou já tiver sido anulado, veja-se a setença do Tribunal de Cassação de 28/3/1956, citada por Barbara Cusato, ob. cit., pág. 42. Afirmando, em geral, que a nulidade ou inexistência do crédito implicam a extinção do penhor, Stéphane Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 176. Por seu turno Barrada Orellana, ob. cit., pág. 55, advoga que, sendo nula a obrigação, o penhor não chega sequer a nascer por falta de um pressuposto fundamental, o *quid* a garantir. Diferentemente, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1500 e 1501, aceitam que, em caso de conversão de um negócio inválido (que origine um crédito diverso do pretendido pelas partes), o mesmo fenómeno de conversão possa alastrar ao penhor, de modo que este se converta noutra que garanta o novo crédito (e, mesmo quando se não produza a conversão do negócio principal, mas surja em vez dele um pretensão fundada em enriquecimento sem causa, admitem que esta pretensão nasça garantida pelo penhor, desde que existam indícios exteriores que a vontade das partes era a de garantir tal pretensão – v.g., se o credor se prepara para participar nos negócios do proprietário e garantir a sua



Se, ao invés, o crédito resulta de negócio jurídico anulável, o penhor constituído produzirá os seus efeitos até à eventual anulação daquele<sup>1143</sup> e, caso esta venha a ocorrer, tal decisão produz efeitos *ex tunc*, considerando-se o crédito inexistente e o penhor como inválido *ab initio*.<sup>1144</sup>

Esta distinção entre os diversos efeitos da invalidade do negócio principal sobre a garantia acessória – em especial no que toca aos efeitos da invalidade do primeiro sobre a segunda - consoante estejamos perante uma nulidade ou anulabilidade, é, aliás, um princípio de aplicação genérica à globalidade das garantias.<sup>1145</sup>

---

posição através de penhor, o credor entrega determinados bens ao proprietário e, afinal, aquele contrato acaba por não se celebrar).

<sup>1143</sup> Neste sentido, Chironi, ob. cit. pág. 440 (diversamente, quando se trate de um negócio inexistente, “*il difetto di un elemento essenziale toglie al tutto la obbligazione, nè è possibile garantire un rapporto personale che non vi è*”). Quando se trate de penhor dado por terceiro, Rubino, Il pegno cit., pág. 188 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 85, admitem que este último possa opor ao credor as exceções do devedor, excepto aquelas de carácter exclusivamente pessoal (do mesmo modo que, caso o crédito seja julgado inexistente por sentença entre o credor e o devedor, o terceiro dador do penhor poderá invocar essa decisão contra o credor), assim impedindo a subsistência da garantia. Montel, Pegno cit., págs. 791 e 792, refuta a opinião de quem considera que esta invalidade da garantia nem se produzirá quando o garante for estranho à relação obrigacional garantida, seja daqueles que consideram dever aplicar-se as regras da fiança, assim admitindo a manutenção da garantia quando o terceiro houvesse conscientemente assumido a posição de garante relativamente a uma obrigação anulável (afiançando que a circunstância de a garantia ser prestada pelo devedor ou por terceiro não desvirtua a natureza e o carácter acessório da garantia), seja de outros para quem particulares circunstâncias podem conduzir à conclusão que o terceiro haja garantido o credor mesmo contra determinadas exceções do devedor (afirmando que, neste caso, estar-se-ia perante uma obrigação autónoma associada ao penhor).

<sup>1144</sup> Assim, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 55, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 86 e Rubino, Il pegno cit., pág. 189 (embora estes dois últimos asseverem que se o devedor, conhecendo o vício originador da anulabilidade, acede a fornecer o penhor, deverá considerar-se existir uma ratificação tácita). Em termos análogos se exprime, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 60 e segs., para quem o facto de a garantia pressupor a existência de um crédito válido existente implica a nulidade do penhor constituído em garantia de um crédito já vencido ou de posterior anulação desse mesmo crédito.

<sup>1145</sup> Elucidativa, a este propósito, é a análise exaustiva de Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 336 e segs., a respeito da repercussão da nulidade e da anulabilidade do negócio principal sobre a fiança (mas cujas conclusões, de uma forma geral, são transponíveis para a generalidade das garantias acessórias, mesmo tendo em conta que, para a fiança e não para as demais garantias, o art.º 632.º, n.º 1, expressamente determina que a garantia não será válida se o não for a obrigação principal), aludindo à unanimidade doutrinal e jurisprudencial em considerar que, em razão da acessoriedade, a nulidade da obrigação assegurada determina o mesmo efeito sobre a garantia prestada (embora o Autor conteste esta visão, preferindo falar de uma ineficácia, uma vez que a independência entre os dois negócios postula que “*se o negócio principal padece de um vício genético que determina a sua invalidade, lógico é que tal vá impedir a operacionalidade da fiança, repercutindo-se na sua eficácia – não se vendo o porquê da contaminação da fiança, ou seja o porquê da extensão da tal invalidade à obrigação fidejussória*”), o mesmo sucedendo relativamente aos negócios meramente anuláveis (relativamente aos quais o significado da norma citada é o de que “*uma vez anulada a obrigação principal, a fiança deixa, retroactivamente, de produzir efeito*”, embora o Autor, à imagem do sustentado para a nulidade, entenda tratar-se de uma situação de ineficácia), colocando-se, em ambos os casos, a dúvida se a garantia pode cobrir a obrigação de restituição que impenda sobre o devedor em consequência da anulação do negócio, nos termos do art.º 289.º, situação normalmente não equacionada pelas partes (o Autor defende uma resposta afirmativa para o caso de a garantia prestada ser uma fiança, alegando que “*o que decorre do fim de garantia da fiança – sem prejuízo da confluência da acessoriedade – é que o fiador acompanhe, em termos de responsabilidade, as vicissitudes do crédito, incluindo as perturbações decorrentes do malogro da operação, quer este decorra da constatação da nulidade do mútuo, quer decorra v.g. da resolução do contrato*”: manifestamos dúvidas em aderir a este entendimento, quando transposto para o penhor (especialmente quando este for constituído por um terceiro, caso em que a responsabilidade deste se cinge ao objecto onerado) uma vez que o empenhante garante uma obrigação com uma determinada configuração e a transmutação de um elemento essencial do negócio – a obrigação assegurada - exigirá, em regra, o consentimento de ambas as partes e, na sua ausência, a garantia extinguir-se-á com a invalidação do negócio principal.

Todavia, a lei flexibiliza um pouco esta rigidez, ao admitir expressamente a constituição de penhor em garantia de obrigações futuras (cfr. art.º 666.º, n.º 3), isto é, ainda inexistentes no momento do surgimento daquela garantia.<sup>1146</sup>

Mas a influência do crédito garantido manifesta-se igualmente em sede de modificação do conteúdo do penhor,<sup>1147</sup> de transmissão e da extinção<sup>1148</sup> da obrigação garantida, mas não só.<sup>1149</sup>

Assim, por exemplo, a acessoriedade é invocada para resolver a questão relativa à constituição de penhor, sobre um mesmo bem, em garantia de diversos créditos do mesmo credor:<sup>1150</sup> mais concretamente, para determinar se, neste caso, estamos perante diversos penhores ou, pelo contrário, um único penhor:<sup>1151</sup> a opinião dominante, ao menos em Itália, vai no sentido de considerar existirem vários penhores distintos que, se constituídos sucessivamente, graduar-se-ão de acordo com a data de origem recíproca e, se constituídos contextualmente, obterão todos o mesmo grau.<sup>1152</sup>

---

<sup>1146</sup> Sobre este assunto, vide supra n.º 4 do Capítulo I.

<sup>1147</sup> A este respeito, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1552, apontam como exemplos o de um penhor com pacto anticrético transformado, por acordo das partes, num penhor amputado desse direito aos frutos, em consequência de uma diminuição do valor da obrigação garantida (mas aceitam apenas a hipótese inversa com o consentimento do titular de outro direito preterido, cuja posição será prejudicada ao ver sair os frutos do âmbito da sua garantia); da alteração da forma possessória (v.g. bem originariamente entregue a terceiro que passe para as mãos do credor, sendo necessário o consentimento do terceiro possuidor sempre que este seja prejudicado por tal modificação); e, em geral, da alteração do objecto por força de sub-rogação real.

<sup>1148</sup> No que concerne à extinção do penhor em consequência da extinção da obrigação principal, vide infra n.º 10.1 do Capítulo I.

<sup>1149</sup> De acordo com Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 70, nota 29, podemos resumir a quatro os principais corolários do princípio da acessoriedade do penhor: a nulidade da obrigação principal acarreta a invalidade do contrato de penhor; se a obrigação principal se encontrar sujeita a condição ou termo o mesmo sucederá com o contrato de penhor; a garantia proporcionada pelo penhor abarca, além do capital, os acessórios da obrigação assegurada (salvo convenção em contrário); e o penhor estende-se aos acessórios da coisa empenhada. No mesmo sentido, Guillarte Zapatero, *Comentario* cit., pág. 444, assinalando o facto de a garantia não poder nascer sem um crédito (sendo que a extinção deste provocará idêntico efeito naquela), de a garantia apenas pertencer ao titular do crédito garantido, de a transmissão deste implicar a mesma consequência relativamente àquela e, finalmente, a circunstância de, quando o sujeito passivo da garantia não seja o próprio devedor, poder opor ao credor as mesmas excepções que o devedor pudesse opor. Em termos mais específicos, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun* cit., pág. 313, (embora reconheçam que não falta quem conteste este ponto de vista, sustentando que, não havendo qualquer cessão do crédito do promissário ao terceiro beneficiário, será incorrecto falar de acessoriedade), socorrem-se do princípio da acessoriedade para justificar, no contrato a favor de terceiro, que este se encontre protegido pelas garantias dadas pelo promitente ao promissário, asseverando que o promissário celebra a convenção e aceita as garantias não apenas por si, mas também por conta do terceiro, surgindo as garantias como acessório do direito do terceiro (não sem reconhecer uma certa fragilidade da garantia, na medida em que o promitente poderá opor ao terceiro as excepções respeitantes às suas relações com o promissário).

<sup>1150</sup> Questão diversa é a da constituição de diversos penhores sobre a mesma coisa, mas em garantia de obrigações de credores diferentes, estando esta possibilidade dependente da circunstância de o primeiro credor consentir deter a coisa também por conta dos demais – acerca deste aspecto vide supra n.º 5.1 do Capítulo I.

<sup>1151</sup> Dão conta deste aspecto Rubino, *Il pegno* cit., pág. 192 e Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 86, salientado que a questão assume relevância prática, seja quando ocorra a cessão a diversos sujeitos de algum dos créditos garantidos, seja no caso de divisão dos créditos garantidos (nomeadamente em caso de sucessão hereditária).

<sup>1152</sup> Montel, *Pegno* cit., pág. 793, nota 5, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 636, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 192 e Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 86, retiram desta opção as seguintes consequências: se um dos créditos se extingue, o objecto da garantia, por força do princípio da indivisibilidade, permanece inteiramente em garantia dos demais créditos; se coisa for expropriada para satisfação de um dos créditos e for utilizada uma parte do seu valor, não estando os outros créditos ainda líquidos ou exigíveis, pode aplicar-se analogicamente o art.º 2795.º do CCI (que admite, verificados certos condicionalismos, proceder à venda

## 6.2 - Transmissão das garantias conjuntamente com o crédito garantido

Centrando-nos, por ora, nos efeitos da transmissão da obrigação garantida sobre o penhor, diremos que a mesma implica, em princípio, idêntico efeito relativamente às garantias que visam assegurar o respectivo cumprimento.

Com efeito, verificando-se uma cessão de créditos,<sup>1153</sup> o cessionário adquirirá, juntamente com o crédito, as garantias que asseguram o seu cumprimento (podendo até falar-se de uma dupla cessão)<sup>1154</sup>, salvo se aquelas forem inseparáveis da pessoa do cedente ou se tiver existido convenção em contrário (art.º 582.º, n.º 1),<sup>1155</sup> caso em que a garantia se extinguirá, em regra, por ausência de crédito a garantir.<sup>1156</sup>

Cumprido, todavia, alertar para o facto de a própria cessão de créditos não ser admissível quando exista convenção em contrário, quando o crédito se encontre – pela própria natureza da prestação – unido à pessoa do credor ou quando, finalmente, a lei não admita a cessão (art.º 577.º, n.º 1).<sup>1157</sup>

Por outro lado, a norma está pensada para a cessão de créditos voluntária entre pessoas físicas vivas, sendo duvidoso que possa aplicar-se também em caso de cessão forçada<sup>1158</sup>, de transmissão do crédito *mortis causa*<sup>1159</sup> ou, pelo menos em alguns casos, entre pessoas colectivas.<sup>1160</sup>

---

antecipada do penhor), assim se admitindo que o proprietário solicite que a soma restante seja depositada ou que o credor trate tal soma como penhor irregular.

<sup>1153</sup> O mesmo efeito se produz, como bem nota Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 195, se for cedido o contrato a que pertence o crédito garantido (nomeadamente em razão de uma cessão da posição contratual). Menos taxativos são Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 336, fazendo apelo às dúvidas doutrinárias em relação à própria admissibilidade da cessão da posição contratual, uns aceitando a eficácia de tal negócio (mas ressalvando que o mesmo apenas produzirá efeitos para o futuro, aproveitando as garantias associadas ao contrato ao cessionário, mas apenas para o período posterior à cessão) e outros recusando-a (por considerarem que o cessionário não sucede na posição do cedente, mas estabelece um novo relacionamento com o cedido, as garantias que asseguravam o crédito originário não podem ser exercidas pelo ou contra o cessionário. No entanto, importará distinguir consoante o cedente permaneça obrigado ou seja desonerado: no primeiro caso, as garantias mantêm-se porque a cessão não implica a extinção sua obrigação; no segundo, a liberação do cedente implica, por força da acessoriedade, a extinção das garantias que asseguravam o crédito extinto).

<sup>1154</sup> A expressão é de Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 287.

<sup>1155</sup> Em termos análogos, vide o art.º 1263.º, n.º 1, do CCI (no que toca à sub-rogação e aos seus efeitos relativamente ao penhor, vide o art.º 1204.º), o art.º 1692.º do CCF, o art.º 1526.º do CCE e o §1250, n.º 1, do BGB (nos termos do qual a transmissão do crédito implica a transferência do penhor para o novo credor). No que concerne ao direito francês, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 335, precisam que a garantia da existência do crédito assumida, por força da lei - cfr. art.º 1693.º CCF – pelo cedente se alarga à existência dos acessórios do crédito..

<sup>1156</sup> Aceita esta consequência Menezes Leitão, *Cessão cit.*, pág. 325, muito embora ressalve que esse efeito não é inevitável, não só porque algumas garantias que podem ser cedidas autonomamente (como o penhor) e, ainda, porque nada impede que o cedente, titular de vários créditos sobre o mesmo devedor, de transmitir um deles a terceiro, reservando a garantia para um dos outros dos créditos que detenha.

<sup>1157</sup> Para um elenco, das normas legais que vedam a cessão de determinados créditos, vide, por todos, Menezes Leitão, *Cessão cit.*, pág. 294 e segs. e supra n.º 2.4.2.1 do Capítulo I.

<sup>1158</sup> Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 336 a 338, defendem, em face do direito francês, que a transmissão das garantias se deve aplicar igualmente em caso de cessão forçada, apontando como exemplos a expropriação, a nacionalização (afirmando que a propriedade dos créditos expropriados e nacionalizados são transferidos para as entidades que procedam a tais actos, acompanhados das garantias que os tutelavam) e a penhora com efeitos de atribuição (procedimento através do qual o beneficiário de tal providência ver-lhe-á atribuído o crédito, bem como os respectivos acessórios).

<sup>1159</sup> Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 340 e 341, advogam que o princípio segundo o qual a morte do credor implica a transmissão para os seus herdeiros dos créditos e das garantias que o asseguram, assim como o falecimento do devedor transmite para os seus herdeiros as dívidas e os bens

Se o crédito cedido estiver garantido por penhor e este tiver sido constituído através da entrega do bem ao credor pignoratício (ou, tendo sido constituído por terceiro, se encontre em poder do credor pignoratício), este deverá remeter o referido bem ao cessionário;<sup>1161</sup> se, ao invés, o penhor tiver nascido por meio da entrega a um

---

com as garantias que onerem os mesmos, deve ser aplicado de forma atenuada as garantias convencionais. Assim, se o contrato for qualificado como *intuitu personae*, extinguir-se-á com a morte de um dos contraentes e as garantias que assegurassem esse crédito extinguir-se-ão também, mas apenas para o futuro (permanecendo as dívidas contraídas antes desse momento asseguradas pela garantia); também quando o *de cuius* fosse apenas um terceiro prestador da garantia, os herdeiros apenas estarão obrigados pela garantia no que respeita às dívidas contraídas antes da morte (acrescentando que a jurisprudência considera nulas as cláusulas em contrário). Parece admitir o efeito da transmissão das garantias também neste caso Barrada Orellana, ob. cit., pág. 287.

<sup>1160</sup> Como bem salientam Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 341 e 342, a questão coloca-se, essencialmente, a respeito da fusão e cisão de sociedades. Ocorrendo a fusão, importa distinguir a fusão entre a sociedade credora e a sociedade devedora (caso em que a extinção do crédito comporta a extinção da garantia, por confusão das qualidades de credor e devedor), da fusão entre a sociedade que tenha prestado penhor por uma dívida alheia e a sociedade credora (caso em que a obrigação principal não se extingue, mas extinguir-se-á a garantia, assim se produzindo a sobrevivência do crédito sem a garantia), da fusão entre a sociedade que tenha prestado penhor por uma dívida alheia e a sociedade devedora (caso em que cessa a qualidade de terceiro, mas a sociedade resultante da função permanece obrigada na qualidade de devedora principal, pelo que a garantia real consentida sobre um dos seus bens mantém-se), da fusão entre a sociedade credora ou devedora e uma terceira sociedade (caso em que o crédito ou a dívida são transmitidos juntamente com as garantias que os asseguram, com excepção da hipótese de absorção da sociedade dadora de penhor por uma dívida alheia por uma terceira sociedade, cujo efeito será o de a nova sociedade apenas assumir a garantia pelas dívidas anteriores à fusão – do mesmo modo, depois da fusão entre a sociedade devedora e uma terceira sociedade, a garantia anteriormente prestada por terceiro não garantirá as dívidas posteriores à fusão, tendo em conta a extinção da sociedade devedora). Pelo contrário, em caso de cisão e considerando que as sociedades beneficiárias dos proveitos da cisão são devedores solidários dos credores da sociedade cindida e se as dívidas desta sociedade se encontrassem asseguradas por garantias reais, estas transmitem-se para as sociedades resultantes da cisão para as quais esses bens sejam transmitidos (mas, se desta sociedade for reclamada a integridade da dívida, a preferência apenas operará pela parte da dívida abrangida pela garantia); se, ao invés, for a sociedade cindida a titular de uma garantia real, apenas a sociedade que receba o crédito no seu activo poderá fazer valer-se da garantia. Já De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 232 e segs., distingue, a respeito da fusão, consoante esta se dê por absorção e na qual se acorde a entrega de acções da nova emissão aos accionistas da sociedade absorvida, estando empenhadas acções da sociedade absorvente (caso em que a fusão não produzirá nenhum efeito jurídico sobre o penhor), ou se encontrem empenhadas acções da sociedade absorvida (hipótese na qual as participações serão amortizadas e anuladas, recebendo o sócio empenhante uns novos em sua substituição - os quais não se encontrarão automaticamente onerados, apesar de o seu titular ser o mesmo das acções originalmente empenhadas, a não ser que algo se estabeleça expressamente na escritura de fusão – ou amortizando a sociedade os valores e entregue ao accionista empenhante o seu preço, ficando este a garantir a obrigação principal, em poder do credor ou de um terceiro, operando-se um fenómeno de sub-rogação real), valendo esta última solução igualmente para a eventualidade de a fusão se dar através da criação de uma nova sociedade.

<sup>1161</sup> Para Menezes Leitão, *Cessão cit.*, pág. 330, a posse do bem não se transmite automaticamente com a cessão, mas apenas com a entrega do bem ao cessionário, tendo em conta a função publicitária da posse (enquanto Barrada Orellana, ob. cit., pág. 288, realça que até à entrega do bem ao cessionário o direito real de garantia não se transmite e, em caso de recusa de entrega do bem por parte do cedente, o cessionário poderá exigir o empossamento com fundamento em incumprimento do acordo de cessão). Esta solução é contestada por alguns, uma vez que o constituinte pode ter assentido em prestar a garantia tendo em conta a confiança relativamente às qualidades do cedente no que respeita à guarda e conservação da coisa, confiança essa que pode não ter no cessionário – neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 696. O próprio Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, pág. 20, apesar de admitir que o cessionário pudesse exigir do cedente a entrega do bem empenhado, mesmo sem o consentimento do constituinte da garantia, concluiu que se transferiam para o cessionário as obrigações resultantes da relação pignoratícia, mas, em caso de ausência de consentimento do constituinte na entrega do bem ao cessionário, o cedente responderia em caso de incumprimento dessas obrigações por parte do cessionário, porque este poderia não dar as mesmas garantias que o cedente (acrescentando que, em caso

terceiro, este já não terá que o colocar nas mãos do cessionário (art.º 582.º, n.º 2),<sup>1162</sup> devendo antes manter a detenção (pelo menos até que o cessionário e o empenhante acordem noutro mecanismo alternativo, como por exemplo a comosse) e a situação de indisponibilidade do empenhante relativamente ao bem onerado.

---

de cessão por força da lei, o antigo credor estaria sujeito a tal responsabilidade, a menos que obtivesse o consentimento do empenhador e, se não o conseguisse, permaneceria ele como depositário; no caso de transferência do crédito por decisão judicial em processo executivo, o antigo credor – devedor executado – deveria responder pelo novo, mas poderia recusar a entrega até ao novo credor até lhe ser dada caução). Talvez por isso no direito italiano e nos termos do art.º 1263.º, n.º 2, o cedente não possa transferir para o cessionário a posse do bem empenhado sem o consentimento do constituinte e, em caso de desacordo, o cedente permanece como terceiro depositário do bem (e para Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 195, se, mesmo sem acordo do constituinte, o cedente entregar o bem empenhado ao cessionário, o proprietário reivindicá-la - para a tornar a entregar ao cedente – ou pedir o seu sequestro judiciário, respondendo pelos danos ocorridos na coisa o cedente, nos termos da responsabilidade contratual – a menos que prove que a coisa ter-se-ia danificado do mesmo modo se tivesse permanecido em seu poder – e o cessionário, mas este apenas nos termos gerais da responsabilidade extracontratual). Se o constituinte for um terceiro, este toma conhecimento da cessão através do pedido de transmissão da posse do bem empenhado ou, se tal não acontecer e a posse do bem permanecer no seu titular originário, apenas com a notificação do início do processo executivo (cfr. Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 196). Mesmo anteriormente à promulgação do actual Código Civil, Faggella, *ob. cit.*, pág. 119, admitia já que o efeito automático da transmissão das garantias juntamente com o crédito não se produzia quando o constituinte tivesse acedido a dar em penhor o seu bem também tendo em conta a confiança na pessoa do credor e no desempenho, por parte deste, da função de custódia do bem (especialmente quando este seja uma peça preciosa ou artística), pelo que, neste caso, o cedente permaneceria responsável, juntamente com o cessionário, pela conservação do penhor (além de o proprietário do bem – devedor do crédito cedido - se poder opor à transferência do penhor e requerer uma caução ou o depósito do bem): seguindo o raciocínio deste Autor, estaríamos perante uma relação pessoal entre o constituinte e o credor – que se une à relação real que decorre da constituição do penhor – cuja violação seria analisada à luz das normas gerais que regulam a violação deste tipo de deveres (no entanto, por força do seu carácter relativo, a violação de tal obrigação não poderia ser invocada contra terceiros e, nomeadamente, a possibilidade de requerer o depósito ou o sequestro da coisa não pode ser requerida contra o cessionário que já tivesse adquirido a posse do bem empenhado). Já no direito alemão, o novo credor pignoratício pode exigir do anterior a entrega da coisa (§1251, n.º 1, do BGB) e, com a obtenção dessa posse, ocupa o lugar do anterior nas obrigações para com o empenhador e, se não as cumprir, deve o anterior credor indemnizar os danos causados, nos mesmos termos de um fiador que haja renunciado ao benefício da excussão prévia (a responsabilidade do anterior credor não existirá quando o crédito seja transferido para o novo credor por força de lei ou seja cedido em cumprimento de um dever legal – cfr. §1251, n.º 2): de acordo com este regime, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, pág. 1551, esclarecem que os deveres de conservação e restituição apenas se transferem para o cessionário quando este for empossado do bem, respondendo o cedente pelos actos do cessionário como se fosse fiador, porquanto cedeu a garantia a alguém da sua confiança

<sup>1162</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, pág. 20, sustentava que, também neste caso, o cessionário teria direito à entrega do bem empenhado procedendo, para tal, à notificação da cessão a terceiro. A lei não responde se será necessária a entrega ao cessionário quando o penhor se encontre na comosse do credor e do devedor, podendo a resposta afirmativa fundar-se na constatação que este meio de surgimento do penhor implica que o autor do penhor fique privado da possibilidade de dispor materialmente da coisa, cabendo esse poder apenas ao credor pignoratício, pelo que, para este efeito, é como se a coisa houvesse sido entregue ao credor originário que, desta forma, poderá continuar a dispor dela em prejuízo do cessionário (a opinião contrária poderá apoiar-se, paradoxalmente, na mesma circunstância de o autor do penhor ficar privado da possibilidade de dispor materialmente da coisa, argumentando que, se assim é, nada impede que o devedor permaneça na (com)posse da coisa, uma vez que não poderá dispor da mesma sem o consentimento do cessionário). Por nossa parte, inclinamo-nos para esta segunda alternativa, porquanto a lei apenas exige a entrega ao cessionário quando o bem se encontre no poder exclusivo do devedor (e este dele possas dispor autonomamente), dispensando tal requisito sempre que a retirada daqueles poderes de disposição ocorra por outra via (entrega do bem a terceiro ou comosse), embora seja indispensável que a substituição do cessionário ao cedente na situação de comosse seja contemporânea do negócio de cessão, assim impedindo que o empenhante retome, ainda que temporariamente, aqueles poderes de disposição.

Quando o penhor se tiver constituído por meios alternativos ao desapossamento do devedor (nomeadamente através de inscrição no registo), não haverá lugar à entrega ao cessionário, uma vez que, nestes casos, a garantia ter-se-á constituído em termos muito semelhantes às demais e não do modo específico – entrega do bem – regulado no n.º 2 do art.º 582.º.

Enquanto o cessionário não obtiver a posse do bem empenhado, não fica onerado com as obrigações resultantes da relação pignoratícia – designadamente a guarda do penhor e a sua restituição - pois estas, por essência, dependem da posse da coisa, muito embora se duvide se essa responsabilidade lhe caberá apenas a ele ou também ao cedente.<sup>1163</sup>

Assim, caso o bem haja sido danificado pelo seu primeiro possuidor, este responderá pelos danos causados, pelo menos desde que o cessionário possa provar que os danos ocorreram antes do bem lhe ter sido entregue;<sup>1164</sup> caso esses actos tenham sido praticados, após a cessão, pelo cessionário, a responsabilidade será deste.<sup>1165</sup>

No que respeita às duas excepções ao efeito automático da transmissão das garantias juntamente com o crédito caucionado, ou seja, à cessão do crédito desacompanhado das garantias, a existência de convenção em contrário não suscita grandes interrogações.<sup>1166</sup>

Já no que respeita à segunda – o carácter inseparável da garantia relativamente à pessoa do credor cedente<sup>1167</sup> – diremos que a mesma apenas operará quando o constituinte da garantia a tenha prestado em vista de determinadas qualidades pessoais do credor ou especiais ligações de proximidade que o unam a este último, não sendo, por isso, invocável na generalidade dos contratos celebrados no giro comercial.<sup>1168</sup>

---

<sup>1163</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 23 é partidário deste segundo entendimento, por entender que “a cessão não pode libertá-lo das obrigações resultantes para ele do contrato de penhor, porquanto não pode um devedor liberar-se para com o credor sem o assentimento deste”.

<sup>1164</sup> Neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 197, concluindo, por isso, que a melhor solução para o cessionário será receber o bem empenhado sob reserva dos danos que esta entretanto este tenha sofrido.

<sup>1165</sup> De acordo com Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 23 e 24, a responsabilidade será também do cedente, pois o cessionário foi escolhido pelo cedente sem o assentimento do empenhador.

<sup>1166</sup> Esta convenção, quando exista, fará com que o crédito seja cedido sem o penhor, ou seja, o titular da garantia permanece o credor originariamente garantido (cedente do crédito). Porém, Rubino, Il pegno cit., pág. 195, nota 2, entende que tal pacto apenas será válido se o cedente dispuser de outro crédito para com o mesmo devedor (caso contrário, considera que ocorrerá a nulidade da cláusula – e não a extinção do penhor - mas sem prejudicar a validade da cessão do crédito, que assim será acompanhada da cessão do penhor). Esta solução é contestada por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 16, nota 688-j, por entender que semelhante cláusula é inválida (não sendo legítimo ao cedente, quando possua outro crédito contra o devedor, determinar que o penhor fique a garantir um crédito diverso do originário) e que a nulidade da cláusula sem extinção do penhor é inadmissível, por implicar a transmissão do penhor contra a vontade das partes, que haviam convencionado exactamente o contrário (finalizando com a constatação que a validade da cessão do crédito pode ser afectada pela invalidade da reserva de penhor, sempre que a mesma não se teria efectuado caso se soubesse que a reserva de penhor era nula).

<sup>1167</sup> Como já tivemos oportunidade de afirmar noutra sede (cfr. o nosso Dos privilégios cit., pág. 76, nota 166 e a doutrina aí citada em sentido convergente), na generalidade dos casos em que a garantia não seja inseparável da pessoa do cedente não será a garantia que não acompanha a transmissão do crédito, mas antes o próprio crédito que não será cedível, nos termos do art.º 577.º.

<sup>1168</sup> A nosso ver, esta segunda excepção deve ser interpretada em termos restritivos, de modo a impedir que a sua operatividade conduza a dois efeitos perversos: primeiro, que o cessionário se veja privado de uma garantia com a qual poderia, legitimamente, contar, por força de factos que, na esmagadora maioria dos casos, lhe são desconhecidos (o carácter pessoal da concessão da garantia originária); depois, porque fragiliza a posição do próprio cedente, na medida em que este terá grandes dificuldades em negociar o seu crédito desprovido das garantias.

Noutra ordem de considerações, o cessionário da garantia terá direito aos frutos maturados desde a data da cessão, enquanto os vencidos anteriormente serão imputados a título de juros e de capital do crédito originariamente garantido.<sup>1169</sup>

Mais complexo se afigura o tratamento jurídico a dar aos casos em que é cedido apenas um único crédito englobado numa relação de crédito duradoura assegurada por penhor – v.g. uma abertura de crédito em conta corrente –, parecendo que a cessão particular de um crédito não implica a transmissão da garantia, a qual continua a tutelar o resto dos créditos presentes e futuros integrados na relação jurídica garantida.<sup>1170</sup>

Estas mesmas conclusões valem para os casos de sub-rogação,<sup>1171</sup> não apenas por força da remissão do art.º 594.º para o regime da cessão, mas ainda porque o art.º 593.º, n.º 1, atribui ao sub-rogado os poderes que o credor detinha, na medida em que satisfaça o direito deste.

Contudo, a lei prevê uma regra específica para a sub-rogação legal, nos termos da qual o terceiro que cumpra a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento ou quando tiver um interesse directo na satisfação do crédito (art.º 592.º).<sup>1172 1173</sup>

Assim, como noutro local afirmámos a respeito dos privilégios creditórios, mas com inteira aplicação ao penhor, “*poder-se-á afirmar que na sub-rogação legal existe uma sobrevivência do privilégio à extinção do crédito originário, justificada pelo facto de permanecer a obrigação do devedor inicial, cujo titular activo agora é o solvens*”.<sup>1174</sup>

---

<sup>1169</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 197.

<sup>1170</sup> Neste sentido, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, págs. 1548 e 1549.

<sup>1171</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, pág. 22, apenas advogava a aplicação do regime da cessão à sub-rogação voluntária por vontade do credor (mas importa salientar que o regime proposto por este Autor não coincide integralmente com o que veio a ser consagrado), mas, tratando-se de sub-rogação por vontade do devedor este negócio constituiria um consentimento a que o bem fosse entregue ao novo credor (a menos que o penhor tivesse sido constituído por terceiro, caso em que o regime seria idêntico ao da cessão por força da lei, isto é, o antigo credor não poderia transferir o bem sem o consentimento do empenhador). Do mesmo modo para o direito francês, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 138 e 139, precisando que para a transmissão das garantias não é sequer necessária a estipulação de uma cláusula contratual nesse sentido.

<sup>1172</sup> Decorre do exposto que, em ordem à aplicação deste preceito, é necessário, em alternativa, que o terceiro tenha assegurado o cumprimento da obrigação (através da prestação de qualquer garantia, incluindo o penhor) ou que tenha um interesse directo, aqui se incluindo – segundo Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 608 – os casos em que o terceiro vise evitar a perda de uma limitação dum direito seu, bem como aqueles em que o *solvens* apenas pretenda acautelar a consistência económica do seu direito, mas já não as hipóteses em que o cumprimento se realize no interesse exclusivo do devedor ou por mero interesse moral ou afectivo do terceiro (como sucederá com o terceiro prestador da garantia ou com o terceiro adquirente de um bem empenhado, pois, como salienta Vaz Serra, *Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou penhor*, in *BMJ n.º 39*, pág. 14, ainda que não estejam pessoalmente obrigados ao pagamento, têm os seus bens onerados com a garantia e, por isso, estão obrigados ao pagamento de uma dívida alheia). Um caso específico de sub-rogação acontece quando um terceiro exerça o chamado direito de resgate (acerca deste, vide *infra* n.º 8 do Capítulo I), apontando Vaz Serra, *Direito de satisfação cit.*, pág. 6, como exemplo o caso em que o terceiro tenha um direito real sobre uma coisa afecta à garantia de uma dívida alheia e tenha interesse em satisfazer o credor para não perder esse direito, bem como o de o terceiro ser titular de um direito real sobre um bem do devedor que esteja em risco de perder por força de uma execução entretanto movida pelo credor.

<sup>1173</sup> Para além do direito de sub-rogação, o terceiro constituinte do penhor e o terceiro adquirente do bem empenhado (depois de efectuado o pagamento ao credor ou de terem suportado a execução do bem empenhado) poderão ainda dispor do direito de regresso contra o devedor, desde que pré-exista uma relação entre esses terceiros e o devedor – assim, Vaz Serra, *Direito de satisfação cit.*, págs. 12 e 13.

<sup>1174</sup> Cfr. o nosso *Dos privilégios cit.*, pág. 78. A justificação para este tratamento diverso da sub-rogação legal relativamente ao regime geral da figura poderá residir no facto de naquela primeira não ocorrer uma

A sub-rogação, havendo vários devedores solidários, poderá ser exercida por inteiro contra qualquer deles e, se o sub-rogante for um terceiro dador da garantia, abrangerá outras garantias constituídas pelo devedor, mas, quanto às prestadas por terceiro, o *solvens* apenas se sub-rogará contra os demais na sua respectiva parte (ou seja, por quotas iguais, se o contrário não resultar da relação entre eles).<sup>1175</sup>

Maiores dúvidas se levantam a respeito da cessão e da sub-rogação parciais<sup>1176</sup> de créditos, nomeadamente para efeitos de estabelecer a graduação recíproca do remanescente do crédito do cedente/sub-rogante e do crédito do cessionário/sub-rogado.<sup>1177</sup>

Uma primeira resposta, inspirada no princípio da indivisibilidade do penhor<sup>1178</sup>, conclui que a garantia tutelar qualquer destes créditos, pelo que “o crédito originário conserva, não obstante a sua cisão, o seu carácter unitário, para efeitos de graduação”,<sup>1179</sup> devendo abrir-se, em caso de concurso, rateio entre os respectivos

---

modificação subjectiva da relação obrigacional, mas antes uma hipótese em que um terceiro extinga um crédito do originário credor, fazendo valer esse mesmo crédito, no seu próprio interesse: ora, se ao reclamar do devedor este crédito, o fizesse desacompanhado das garantias que o asseguravam, as possibilidades de ser satisfeito seriam consideravelmente reduzidas.

<sup>1175</sup> Neste sentido, Vaz Serra, Direito de satisfação cit., págs. 14 a16, acrescentando que na hipótese de o sub-rogante ser o terceiro adquirente, este se sub-rogará nos direitos do credor contra outros terceiros donos de coisas empenhadas, podendo assim invocar contra estes o penhor do credor, embora limitado à sua respectiva parte.

<sup>1176</sup> De acordo com Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 110 e segs., estes são dois exemplos de constituição plúrima de garantias sobre o mesmo bem sem o consentimento do devedor, uma vez que este apenas é chamada à colação após a notificação da cessão parcial. Com efeito, “*Non essendo richiesto il concorso del debitore ceduto, si ha qui un altro caso culminante in cui la elezione del terzo debitore non è per nulla richiesta. Se così non fosse la disponibilità parziale del credito pignoratizio dipenderebbe sostanzialmente non più dalla volontà del titolare, ma da quella del debitore il cui rifiuto al concorso nella elezione distoglierebbe chiunque da un acquisto privo di ogni efficacia, cioè privo della garanzia reale pur limitata alla misura dell’acquisto*”. Nesta conformidade, após a cessão parcial “*chiunque dei creditori detenga la cosa diviene depositario e quindi rappresentante dell’altro di fronte alla massa chirografaria. Si tratta di una compossessio in parti ideali non fissabili (...)*”, com a consequência de qualquer dos credores satisfeito permanecer obrigado a não restituir o bem até integral satisfação de todos os co-credores. Se a coisa, no acto de cessão, passar materialmente para o credor cessionário, a entrega já revela o título de depósito; mas o mesmo se passa se, ao invés, a coisa permanecer em poder do cedente, por se tratar de “*un vero e proprio costituito possessorio giacchè il deponente acquista e nello stesso tempo lascia il possesso della cosa*”, assistindo ao cessionário uma acção para a entrega do bem contra o devedor, mesmo que a este não tenha sido notificada a cessão parcial.

<sup>1177</sup> Poder-se-á, todavia, duvidar da admissibilidade de endosso parcial dos títulos de crédito (nomeadamente das letras de câmbio) garantidos por penhor, podendo opor-se a este negócio “*che chi paga la cambiale abbia diritto di avere senz’altro il titolo e che ciò sarebbe impossibile nella girata parziale*”. Não obstante, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 116 e segs., admite-o, contrapondo que “*Nella identica condizione si trova il debitore se originariamente c’erano più creditori o più giratari o se codesta pluralità sia sopravvenuta per successione ereditaria*”, pelo que, quando o título se encontrar garantido por penhor, o respectivo endosso parcial produzirá a constituição automática de penhor em favor de diversos credores (sendo a prioridade entre eles estabelecida do seguinte modo: em regra e como o endossante se encontra – também - cambialmente obrigado em via de regresso, o endossatário prevalecerá; só assim não será quando o endosso parcial seja posterior ao vencimento, pois, nesta hipótese, dar-se-á o concurso proporcional sobre o produto da alienação do bem empenhado entre o endossante e endossatário, em virtude da remissão legal para o regime da cessão). Da figura analisada distingue-se o endosso a título de penhor, para o qual se exige a notificação do devedor cedido, determinando-se a prioridade entre os diversos direitos pela prioridade do endosso.

<sup>1178</sup> Acerca desta característica, vide infra n.º 7 do Capítulo I.

<sup>1179</sup> Cfr. o nosso Dos privilégios cit., pág. 81.



credores, ou seja, nem o crédito remanescente do cedente gozará de nenhuma prioridade sobre o do cessionário, nem o inverso.<sup>1180</sup>

Pelo contrário, o mesmo princípio da indivisibilidade é utilizado por alguns para justificar a inadmissibilidade, no que respeita ao penhor, da sub-rogação parcial.<sup>1181</sup>

Uma terceira alternativa – que goza de suporte legal para a sub-rogação, por força do n.º 2 do art.º 593.º (nos termos do qual a sub-rogação parcial não prejudica os direitos do credor, salvo se outra coisa houver sido estipulada) – passa por graduar preferencialmente o crédito remanescente do credor originário face ao do sub-rogado.

Em nosso entender, a resposta diverge consoante estejamos perante uma cessão parcial, caso em que, salvo disposição em contrário da lei ou do negócio de cessão, a solução primeiramente aventada é a que melhor se coaduna com os diversos interesses em jogo, fundando-se na natureza acessória da garantia e na ausência de justificação plausível para privilegiar um dos credores parciais face ao outro (podendo até ficcionar-se que, para este efeito, o crédito garantido mantém uma configuração unitária), excepto se as partes convencionarem algo em contrário.

Já para a sub-rogação, deverá acolher-se a terceira alternativa apresentada, justificando-se esta diferença de regime face à cessão, levando em consideração o já mencionado art.º 593.º, n.º 2 e, sobretudo, com o facto de a sub-rogação ser uma

---

<sup>1180</sup> É esta a solução do art.º 1205.º do CCI e defendida por Jacques Ghestin e outros, *Droit commun* cit., págs. 346 e 347, considerando que ambos os créditos gozam do mesmo grau de preferência conferido pela garantia, caindo, por isso, sob a alçada do art.º 2097.º do CCF (nos termos do qual os credores com idêntico grau de preferência serão pagos em concorrência), acrescentando ainda que a mesma solução se deverá aplicar quando o cedente transferir, pouco a pouco, o crédito através de diversos actos sucessivos, uma vez que os cessionários adquirirão vários créditos com o mesmo grau de preferência, devendo concorrer entre si (no entanto, estes Autores entendem que estas regras não são de ordem pública, antes admitindo estipulações em contrário, nomeadamente através das quais o cessionário se reserve uma prioridade sobre o cedente - podendo esta prioridade estar implícita na garantia de solvabilidade do devedor conferida pelo cedente ou simplesmente na obrigação pessoal assumida pelo cedente de pagar a dívida - e, em caso de várias cessões parciais sucessivas, a atribuição de prioridade a um dos cessionários - muito embora alertem que a este apenas será legítimo invocar essa prioridade a partir da data em que a cessão seja notificada ou aceite pelo devedor cedido). Se, porém, o devedor cedido, na sequência de uma acção interposta pelo cedente, pagar a este a totalidade do crédito inicialmente garantido, esta conduta apenas será válida se, nessa data, ainda não tivessem sido cumpridas as formalidades destinadas a tornar a cessão oponível a terceiros, porque até essa data o devedor cedido é terceiro face à cessão e esta não lhe pode ser oposta (se, pelo contrário, a cessão já tiver sido notificada ou aceite pelo terceiro devedor e por força da indivisibilidade do penhor, quer o cedente, quer os cessionários parciais poderão executar a garantia na sua totalidade, embora o preço de venda deva ser repartido entre eles proporcionalmente às respectivas partes de crédito. Acrescentam ainda os Autores citados que o devedor cedido não tem, neste caso, obrigação de alertar os cessionários parciais que não tenham intervindo no processo desencadeado pelo cedente, nem pode ser responsabilizado pelo seu silêncio). A mesma solução do concurso era já sustentada, mesmo em face do anterior Código Civil Italiano, por Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 112 e segs., não só a respeito da cessão parcial (ao afirmar que “*resta la comunione del credito pignoratizio nelle proporzioni che la cessione ha fissato e quindi il concorso proporzionale di pari grado*”), como também da sub-rogação parcial (assegurando que “*Anche la surroga parziale è rimessa alla libera volontà del creditore, cui la legge non potrebbe imporre un concreditore con diritti uguali o poziori. Dalla volontarietà del fatto nasce la identica soluzione chi se è tratta nella cessione parziale*”), muito embora reconheça a existência de uma posição propendendo para a subordinação do crédito do sub-rogatário face ao do sub-rogante, pois o pagamento com sub-rogação extingue a obrigação e apenas por uma ficção legal aquela obrigação sobrevive com outro titular: daí o grau subordinado do sub-rogatário, em homenagem à vontade presumível do cedente).

<sup>1181</sup> Rubino, *Il pegno* cit., pág. 196. Vaz Serra, *Direito de satisfação* cit., pág. 16, critica esta posição, argumentando que “*a indivisibilidade do penhor não se opõe a que este continue a garantir o crédito subsistente do credor primitivo e garanta o crédito do sub-rogado (que é afinal uma parte do mesmo crédito). O penhor não se divide. O que pode discutir-se é se o credor primitivo deve ter preferência, em relação ao sub-rogado, para o efeito de se pagar pelo valor do penhor*”.

transmissão do crédito com base num pagamento, pelo que tendo esse pagamento sido apenas parcial, o credor deverá conservar a garantia pelo restante, não podendo a sub-rogação afectar este *status quo*.<sup>1182</sup>

Finalmente, verificando-se a transmissão de dívidas, as garantias não se manterão se tiverem sido prestadas por terceiro ou pelo antigo devedor desde que, neste último caso, tal sujeito não tenha consentido na transmissão da dívida (art.º 599.º, n.º 2).

Assim, quando o penhor tenha sido prestado por terceiro<sup>1183</sup> ou, sendo constituído pelo devedor, este não tenha manifestado o seu acordo à transmissão da dívida, esta será transferida desacompanhada das garantias que a oneravam.

### 6.3 - Limitações e excepções ao princípio da acessoriedade

Todavia, esta ligação quase umbilical de dependência da garantia face ao crédito assegurado não é absoluta, podendo mesmo reconhecer-se uma certa autonomia da primeira relativamente ao segundo,<sup>1184</sup><sup>1185</sup> pese embora, ao invés do que sucede com outras garantias, a ausência de um reconhecimento legal explícito de tal independência.<sup>1186</sup>

Aliás, é a própria a lei que – depois de admitir, nas condições acima expostas, a cessão do crédito desacompanhado das respectivas garantias – admite a transmissão autónoma do penhor (art.º 676.º, n.º 1),<sup>1187</sup> devendo a coisa empenhada, que esteja na

<sup>1182</sup> Apresenta uma solução idêntica e uma justificação similar, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 347 e 348, em face de um preceito análogo (cfr. art.º 1252.º CCF, muito embora esta norma, diversamente do n.º 2 do art.º 593.º do nosso Código Civil, acrescente que o credor pode exercer os seus direitos com preferência sobre os daquele de quem haja recebido apenas um pagamento parcial), dando ainda conta que o preceito não se aplica relativamente a outros créditos do sub-rogante para além daquele que haja sido parcialmente liquidado.

<sup>1183</sup> Nada parece impedir que, com o seu acordo, a garantia prestada por terceiro possa continuar a assegurar a dívida depois da transmissão desta.

<sup>1184</sup> A autonomia da garantia face ao crédito traduz-se não apenas em sede de transmissão do crédito (e da garantia) mas também de extinção do crédito, nomeadamente por existirem causas autónomas de ocaso da garantia (sobre estas últimas, vide infra n.º 10.2 do Capítulo I).

<sup>1185</sup> Para Andrea Magazzù, *L'accessorietà cit.*, pág. 451 e segs., “*le garanzie reali costituiscono istituti autonomi rispetto all'obbligazione, per la struttura ma da essa dipendenti per la funzione*”: mais concretamente, a acessoriedade manifesta-se sobretudo no momento da realização (o que pressupõe o incumprimento da obrigação garantida, surgindo “*un collegamento tra quegli atti od operazioni che si pongono come attività di esercizio dell'azione esecutiva e delle situazioni (processuali) di garanzia reale (...) diretti al medesimo fine: il soddisfacimento del credito. Il collegamento è dunque funzionale e teleologico*”) e não tanto da constituição da garantia (partindo da distinção entre a fase estática ou substancial e a fase dinâmica ou processual, remata que a relação de acessoriedade apenas se terá que verificar nesta segunda, pois “*la costituzione della garanzia e la vita del rapporto non implicano (...) una (immediata) rilevanza del collegamento accessorio il quale appare, dato che non si sia avuto l'inadempimento, come un'eventualità futura*”, pelo que “*l'esigenza della coesistenza materiale del rapporto di garanzia e dell'obbligazione (...) si rivela, nella fase anteriore all'inadempimento, priva di base e senza giustificazione*”). Já Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 66, alude à autonomia estrutural e funcional (resultante precisamente do escopo garantístico que persegue) do penhor relativamente à obrigação assegurada e sustenta nela residir um dos suportes para que a relação de garantia tenha carácter real.

<sup>1186</sup> O exemplo acabado reside no n.º 2 do art.º 632.º, em matéria de fiança, nos termos do qual esta garantia não fica privada de efeitos quando a anulação da obrigação principal decorra de incapacidade ou vício da vontade do devedor e o fiador conhecesse tal situação no momento da constituição da garantia.

<sup>1187</sup> Assim, Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 241. Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ n.º 59*, pág. 14, justifica esta solução afirmando que “*O credor pignoratício pode ter interesse em tirar proveito do penhor, que é um valor no seu património, independentemente do crédito garantido; e, desde que daí não advenha qualquer prejuízo para o empenhador ou para terceiros, tal cessão seria admitida*”, mesmo que o empenhador não consinta, mas os seus interesses sejam salvaguardados. Pelo contrário, o

posse do cedente, ser entregue ao cessionário, a menos que se encontre em poder de terceiro (art.ºs 676.º, n.º 2 e 582.º, n.º 2):<sup>1188</sup> mais discutível é a possibilidade de oneração autónoma do penhor, desprovido do crédito cujo cumprimento assegura, parecendo que a respectiva admissibilidade se encontra restrita à hipótese de oneração do próprio crédito garantido.<sup>1189</sup>

---

direito alemão não permite a transmissão do penhor desacompanhado do crédito que assegura (afirmando expressamente o §1250, n.º 1, que o penhor não pode ser transferido sem o crédito, acrescentando o n.º 2 que se, na transmissão do crédito, for excluída a transmissão do penhor, este último se extingue) – corroboram esta leitura Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1547 e segs., admitindo, ao invés, a cedência do crédito sem a garantia, com a consequente extinção desta.

<sup>1188</sup> No direito italiano e na ausência de norma expressa a este respeito, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 50, admite (acrescentando ser esta a posição unânime da doutrina, muito embora Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 89 e 90, dê conta de diversas opiniões contrárias) a cessão autónoma do penhor com o consentimento do constituinte da garantia, mesmo a favor de um terceiro credor quirografário e mesmo que este não seja credor do mesmo devedor do cedente, mas hesita em admiti-la quando falte esse consentimento, enquanto Mauro Bussani, *Il modello cit.*, págs. 177 e 178, se limita dar conta da existência diversas posições (a jurisprudência mais inclinada para considerar tal pacto como apenas produtor de efeitos obrigacionais entre as partes, a doutrina dominante a negar a validade das mesmas e uma doutrina minoritária a admiti-las, desde que não fossem prejudiciais para o proprietário do bem dado em garantia – nomeadamente desde que, após a cessão, a garantia continuasse acantonada nos limites da soma originariamente garantida). Negam a cessão autónoma do penhor, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 26 e 27 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 637, tendo em conta o prejuízo que dele pode advir para o constituinte, nomeadamente por entenderem que este pode ter um interesse legítimo em extinguir um crédito em vez de outro, obtendo a restituição do bem após a extinção do crédito originariamente garantido, enquanto Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 196 e 197, apenas a admite com o consentimento do proprietário (adiantando que, mesmo a admitir-se a opinião contrária, sempre será necessário o consentimento do constituinte para operar a transferência da posse do bem e também que o novo crédito garantido não exceda o valor do crédito originário. Por outro lado, sempre seguindo o entendimento contrário ao do Autor, a necessidade de evitar um prejuízo para o concedente impedirá que, sem consentimento deste seja admissível a transferência do penhor para garantir outra obrigação cujo devedor seja outro sujeito – uma vez que o constituinte poderia perder o bem empenhado sem obter a extinção do seu próprio débito - , bem com quando o penhor haja sido constituído por terceiro ou quando a coisa tenha sido entretanto adquirida por um terceiro). Pelo contrário, Montel, *Pegno cit.*, págs. 792 e 793, admite uma solução muito próxima da consagrada na lei portuguesa, negando que a acessoriedade constitua um obstáculo à cedência autónoma do penhor, mesmo sem o consentimento do constituinte, desde que em favor de outro credor do mesmo devedor (“*La accessorietà del pegno non implica infatti che questo debba necessariamente accedere come garanzia al credito in relazione al quale fu originariamente costituito, ma unicamente che esso acceda ad un credito; essa può quindi valere ad impedire unicamente la cessione del pegno a chi non sia creditore del comune debitore (...) Ora la cessione non nuoce agli altri creditori che conservano la stessa posizione giuridica di prima e neppure nuoce al debitore la cui obbligazione complessiva é sempre la stessa. È appena il caso di soggiungere che la cessione del pegno si può fare soltanto nei limiti del credito originariamente garantito del pegno*”). No direito francês, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 353 e 354, admitem igualmente a cessão isolada da garantia a favor de um terceiro que não haja pago nenhuma parte do crédito do cedente, podendo este terceiro ser um outro credor do mesmo devedor ou credor do cedente (realçam os mesmos Autores que este tipo de negócio tem um limite importante: a garantia cobrirá, no máximo, o mais baixo dos dois valores – do crédito do cedente e do cessionário).

<sup>1189</sup> Nesta conformidade, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ n.º 59*, pág. 25, asseverando que “*O crédito pignoratício pode ser onerado e o ónus abrange o direito de penhor, como acessório do crédito: assim, se o crédito pignoratício for dado em penhor, o novo credor pignoratício ficará tendo um direito de penhor sobre o crédito empenhado, direito esse que compreende o penhor que assegura esse crédito; se o crédito for dado em penhor, sem o penhor que o garante, este penhor ficará a garantir os direitos que o credor autor do novo penhor conservar*” (realçando que, deste modo, se contorna uma eventual violação da proibição do sub-penhor).

No entanto, a lei limita-se a prever esta possibilidade, remetendo a respectiva regulamentação para o regime traçado para a transmissão autónoma da hipoteca, com as necessárias adaptações (cfr. art.ºs 727.º a 729.º).<sup>1190</sup>

De acordo com o primeiro destes preceitos, a cessão apenas será válida se, cumulativamente, a hipoteca não for inseparável da pessoa do devedor, se o cessionário for credor do mesmo devedor,<sup>1191</sup> se forem observadas as disposições relativas à cessão de créditos e, caso a coisa ou direito dado em garantia pertençam a terceiro, o assentimento deste é obrigatório (art.º 727.º, n.º 1).<sup>1192</sup>

Da remissão para o regime da cessão, a doutrina dominante retira que a eficácia da cessão autónoma da hipoteca depende da sua notificação ao devedor (art.º 583.º, n.º 1).<sup>1193</sup> permitimo-nos discordar da necessidade de observância deste requisito, uma vez que a razão de ser do mesmo no caso da cessão de créditos (identificar o sujeito a quem o devedor deverá efectuar a prestação, em virtude da alteração do outro titular da relação obrigacional originária) não releva no negócio de cessão autónoma da garantia, uma vez que esta é inócua para o devedor (que continua obrigado a liquidar os créditos dos seus credores intervenientes no negócio) e a garantia se destina, essencialmente, a produzir efeitos na eventualidade de incumprimento daquela obrigação.

Por último, caso o credor disponha de hipoteca sobre mais de uma coisa ou direito, apenas lhe será legítimo ceder a garantia na íntegra e ao mesmo sujeito (art.º 727.º, n.º 2), no que pode ser considerada uma consequência do princípio da indivisibilidade da garantia, assim impedindo a sua divisão, mediante a cedência parcial ou a várias pessoas.<sup>1194</sup>

Como bem se compreende, quanto mais não seja pelo facto de a cessão não estar sujeita ao consentimento do devedor, a posição deste último não pode ser agravada pelo

---

<sup>1190</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 748, asseveram que a admissibilidade da cessão da hipoteca – mas a consideração é extensível ao penhor (cfr. n.º 1 do art.º 676.º) – “*corresponde, ou pelo menos conduz, à figura da sub-hipoteca, ou seja, a hipoteca de uma hipoteca*”. Salvo o devido respeito, que é muito, não concordamos com esta qualificação, porque do que se trata é da transferência da hipoteca para garantir um outro crédito de outro credor do mesmo devedor (sem que se verifique a constituição de uma nova garantia), ao invés do que sucede na sub-hipoteca, em que o credor hipotecário utiliza a garantia a seu favor prestada para assegurar uma dívida por si contraída (ou seja, a garantia é usada para assegurar outro crédito, do mesmo devedor, para com outro credor): aliás, caso se entendesse que a cessão autónoma da garantia configura um sub-penhor, tal negócio afrontaria a proibição legal de tais negócios (vide infra n.º 9.2.2 do Capítulo I). Daí que estejamos mais de acordo da qualificação como cessão de hipoteca, adoptada por Meneres Campos, ob. cit., pág. 72.

<sup>1191</sup> No mesmo sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 15, alertando que a cessão do penhor para garantia de uma obrigação de pessoa diferente do devedor da primeira só deverá ser possível com o assentimento do empenhador, pois “*Se assim não fosse, o empenhador seria prejudicado, visto que, com a venda do penhor, não se extinguiria uma dívida sua*” e que quando o empenhador seja um terceiro ou se o bem for entretanto adquirido por um terceiro a cessão autónoma do penhor será inviável sem o consentimento desses terceiros, pois, caso contrário, os mesmos poderiam ser prejudicados. Do mesmo modo Montel, Pegno cit., pág. 792, nota 8, contesta a posição daqueles que admitem a cessão do penhor por parte do credor pignoratício a um seu credor, argumentando que, desse modo, o devedor se encontraria duplamente obrigado (contra o cedente e contra o cessionário). Pelo contrário, mesmo ocorrendo a cessão de um dos vários penhores detidos pelo credor pignoratício (conservando outros) a outros credores do mesmo devedor, nenhum prejuízo advirá para o devedor, na medida em que a garantia assegurará sempre a mesma soma (assim, Montel, Pegno cit., pág. 793, nota 2).

<sup>1192</sup> Como bem nota Montel, Pegno cit., pág. 793, nota 1, a garantia dada por um crédito alheio não pode ser cedida em benefício de um credor pessoal do constituinte (embora o mesmo Autor sustente que tal questão extravasa da questão da cedibilidade autónoma da garantia, pois, para este efeito, apenas deverão ser considerados os credores do devedor da obrigação garantida), nem tão pouco em seu prejuízo.

<sup>1193</sup> Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, Direitos das garantias cit., pág. 214 e Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 229 e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 748.

<sup>1194</sup> Como bem salientam Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., pág. 748.

negócio celebrado, pelo que a garantia cedida apenas assegura o crédito do cessionário nos limites do crédito cedido (art.º 728.º, n.º 1);<sup>1195</sup> contudo, também é necessário proteger a posição do cessionário, razão pela qual, uma vez registada a cessão, a extinção do crédito originário não afecta a subsistência da garantia (art.º 728.º, n.º 2).<sup>1196</sup>

É precisamente a sujeição a registo da cessão da hipoteca (cfr. art.º 2.º, n.º 1, alínea h), do Código do Registo Predial)<sup>1197</sup> e da própria hipoteca (art.º 687.º) – e, mais em particular, a protecção do cessionário que advém desse registo – que determina algumas adaptações na aplicação daqueles preceitos ao penhor, porquanto a constituição e a cessão desta garantia não estão, em regra, sujeitas a registo (no caso em que o estejam vigorarão, naturalmente, as regras ditadas para a hipoteca, ao menos desde que tal registo seja público).

Em harmonia com a norma que estabelece como forma de constituição típica do penhor a entrega do bem ao credor (ou a terceiro ou a criação de uma situação de comosse),<sup>1198</sup> a lei determina que o bem deverá ser entregue (mesmo que o penhor houvesse sido constituído por terceiro), na sequência da cessão, ao credor cessionário da garantia (art.ºs 676.º, n.º 2 e 582.º, n.º 2), sendo a partir do cumprimento desta formalidade que este último se encontrará protegido contra a extinção do crédito do cedente da garantia, do mesmo modo que se alcança, com tal entrega, uma publicidade satisfatória do negócio de cessão.<sup>1199</sup><sup>1200</sup>

---

<sup>1195</sup> Como escreve Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 40, “o credor pignoratício não dispõe de legitimidade para estender unilateralmente o âmbito de aplicação do penhor, nem para transferir um direito mais amplo do que aquele que detém”, assim protegendo o constituinte da garantia, que não pode ser prejudicado pela cessão, o que sucederia se a garantia passasse a assegurar uma soma maior do que a inicialmente acordada - Meneres Campos, ob. cit., pág. 73.

<sup>1196</sup> Não fora esta regra especial e poder-se-ia entender que a extinção do crédito inicialmente garantido implicaria, nos termos do art.º 730.º, alínea a), *ex vi* do art.º 677.º, o mesmo efeito relativamente à garantia, mesmo que esta assegurasse, nesse momento, um outro crédito (dizemos poderia porque, em bom rigor, duvidamos desse entendimento, na medida em que a garantia apenas se extingue “pela extinção da obrigação a que serve de garantia”: ora, se no momento da extinção do crédito originário, a garantia já assegurava outro crédito distinto, a extinção do primeiro crédito não implicará o mesmo efeito relativamente à garantia, pois esta já tutelava um crédito diverso. Nesta conformidade, o sentido útil do n.º 2 do art.º 728.º é o de apenas proteger a garantia do crédito do cessionário, em caso de extinção do crédito do cedente, a partir do momento em que este proceda ao registo da cessão). Defendendo igualmente a sobrevivência do penhor cedido em caso de extinção do crédito originariamente garantido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 197 e, para o penhor de créditos, Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 40 e 41 (concretizando que o penhor só será afectado pela extinção do crédito inicialmente garantido se o devedor deste não tiver sido notificado ou não tiver tido conhecimento da cessão). Contesta esta solução Meneres Campos, ob. cit., págs. 74 e 75, questionando por que razão, não sendo necessário o consentimento do onerante para a cessão, “*terá ele que suportar uma oneração mais prolongada no tempo se, por hipótese, a dívida originária se extinguiu?*”, podendo até ter um interesse legítimo “*em ver o prédio desonerado o quanto antes, num determinado lapso temporal que inicialmente previra?*”.

<sup>1197</sup> Sustentam Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 748 e Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 214, que o registo não é constitutivo (ao contrário do que sucede, nos termos do art.º 687.º, em matéria de constituição da hipoteca), pelo que, em caso de falta de registo da cessão, esta será apenas ineficaz relativamente a terceiros, mas não entre as partes.

<sup>1198</sup> Existindo, para um dado penhor, uma forma diversa de constituição da garantia, será essa mesma que deverá ser observada para a sua cessão separadamente do crédito assegurado (por exemplo, sendo cedido um penhor de créditos, a cessão apenas produzirá efeitos a partir da data da notificação do devedor do crédito empenhado).

<sup>1199</sup> Parece inclinar-se neste sentido Menezes Leitão, *Cessão cit.*, pág. 330, ao afirmar que a posse do bem empenhado apenas se transmite com a entrega da coisa, atendendo à função publicitária daquela entrega. Ou seja, se para a hipoteca a condição de oponibilidade da cessão é idêntica à prevista para a sua constituição (a inscrição no registo), já para o penhor, de entre as várias formas possíveis de nascimento da garantia, a lei identifica apenas uma delas (a entrega ao credor/cessionário) como idónea para efeitos de cessão autónoma da garantia, por ser essa – entrega ao credor - a tradicional forma de constituição da

As maiores reticências, em nosso entender, advêm da hipótese em que o bem empenhado se encontrava em poder de um terceiro - atendendo à desnecessidade de este se despossar do objecto da garantia (art.º 582.º, n.º 2, parte final) – em razão da ausência de publicidade do negócio de cessão face a terceiros, podendo o mesmo ser totalmente oculto relativamente a estes: contudo, em face do direito constituído e conforme salientado anteriormente, a cessão produzirá efeitos, apesar da ausência de alteração da situação possessória decorrente do penhor inicialmente constituído, desde o momento da realização do negócio (de acordo com a regra geral segundo a qual a constituição ou transferência de direitos reais se produz por mero efeito do contrato – art.º 408.º, n.º 1 – reforçada pela circunstância de cessão produzir efeitos entre as partes também em virtude do simples consenso das partes).<sup>1201</sup>

As conclusões acabadas de expor nos dois parágrafos anteriores encontram-se em consonância com a desnecessidade (anteriormente defendida) de notificação do negócio de cessão autónoma do penhor ao devedor, resultando da conjugação destas premissas que, sendo esta última um negócio não solene quanto à forma (à semelhança da própria constituição da garantia), apenas se encontra sujeita ao preenchimento dos requisitos expressamente requeridos por lei para o efeito - em regra, a entrega do bem onerado ao cessionário (cfr. art.º 676.º, n.º 2 e 582.º, n.º 2) - ou até, no caso do bem se encontrar em poder de terceiro, a nenhuma condição que não a sua celebração (art.º 582.º, n.º 2, parte final).

Verificando-se a transmissão autónoma da garantia sem observância dos requisitos legais, importa determinar quais as consequências que daí resultam, afiançando alguns impor-se a extinção da garantia (por, em razão da sua acessoriedade, não poder subsistir separada de um crédito),<sup>1202</sup> muito embora se nos afigure preferível conceber que a garantia continua a assegurar o cumprimento do crédito originário, nos termos em que este se encontrar (porquanto a invalidade atinge unicamente o negócio de cessão da garantia, em nada contendendo com a obrigação garantida e com os termos em que o cumprimento da mesma era, não fora aquela cessão entretanto invalidada, assegurada).<sup>1203</sup>

No que tange à qualificação jurídica deste fenómeno de transmissão isolada do penhor, ele será potencialmente enquadrável no âmbito da sub-rogação, da novação subjectiva ou da simples sucessão na situação jurídica pignoratícia.<sup>1204</sup>

---

garantia (não nos repugnando, apesar disso, que a cessão possa implicar a criação de uma situação de comosse entre o empenhante e o cessionário ou a entrega do bem a terceiro, até porque qualquer delas normalmente implicará uma alteração da situação de empossamento anterior – o bem estaria em poder do cedente – e tornará o negócio cognoscível a terceiros).

<sup>1200</sup> Questão diversa é a que se prende com os eventuais efeitos de uma cessão autónoma do penhor sem cumprimentos dos requisitos enumerados na lei – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 16, entende que o penhor se extingue, uma vez que, separado do crédito, não tem condições de subsistência.

<sup>1201</sup> Relativamente a este efeito da cessão, ele parece pacífico, sempre que a lei não imponha condições especiais – neste sentido, por todos, Menezes Leitão, Cessão cit., pág. 315.

<sup>1202</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 16.

<sup>1203</sup> A admitir-se a solução inversa, a que se faz alusão no texto, o empenhante seria injustamente beneficiado, pois veria extinta a garantia por si prestada por um facto totalmente alheio à sua vontade e para a qual não concorreu; pelo contrário, o credor pignoratício originário perderia definitivamente a sua garantia unicamente em razão do incumprimento de regras atinentes à respectiva cessão posterior daquela.

<sup>1204</sup> Opta por este último entendimento Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 39 e 40, acrescentando que a mesma apenas produz efeitos *ex nunc*, reportados à data da cessão do direito (excluindo, por isso, a aplicabilidade do n.º 3 do art.º 685.º, por não haver uma concorrência de pretensões entre credores pignoratícios). Rejeita tratar-se de um caso de sub-rogação por a substituição não decorrer do cumprimento da obrigação garantida, refutando igualmente o baptismo de novação subjectiva por não ocorrer a extinção da obrigação ou a exoneração do devedor.

Perante esta admissibilidade de cessão autónoma do penhor será então legítimo reconhecer uma autonomia estrutural e independência funcional, podendo concluir-se pela acessoriedade do penhor relativamente a um crédito, mas não necessariamente ao crédito originário.<sup>1205</sup>

Finalmente, cumpre aludir a uma outra possível excepção ao princípio da acessoriedade, resultante da figura do sub-penhor - negócio através do qual o credor pignoratício dá em penhor a coisa ou direito recebida em garantia, para assegurar um débito seu, assim separando o penhor do crédito cujo cumprimento inicialmente assegurava -, embora essa possibilidade enfrente obstáculos legais.<sup>1206</sup>

Uma questão pertinente respeita à admissibilidade da cessão do grau pignoratício,<sup>1207</sup> à semelhança da cessão do grau hipotecário, expressamente admitida pelo art.º 729.º,<sup>1208</sup> aplicando-se igualmente o regime da cessão de créditos.<sup>1209</sup>

À primeira vista, a resposta afirmativa parece impor-se, tendo em conta a remissão contida, a respeito da cessão autónoma do penhor, no art.º 676.º, n.º 1, para o regime da cessão autónoma da hipoteca (art.ºs 727.º a 729.º), do qual consta, entre outras, a norma que permite a cessão apenas do grau conferido por esta garantia.

Todavia, o entendimento contrário também é defensável, entendendo que a remissão apenas se dirige ao regime da cessão autónoma da garantia – e já não do seu grau<sup>1210</sup> -, argumento reforçado pelo facto de no art.º 676.º apenas se fazer referência a esta forma de cessão e de, por outro lado, o art.º 729.º não se inserir nas normas do regime geral da hipoteca que o art.º 678.º manda aplicar ao penhor.

Por outro lado e principalmente, o facto de esta cessão do grau se encontrar sujeita a registo (art.º 2.º, n.º 1, alínea h), do Código do Registo Predial) e de a generalidade dos penhores – e dos factos jurídicos atinentes aos bens empenhados - não estar sujeita a esta formalidade pode condicionar a aplicação desta figura ao penhor, até porque a necessidade de registo é inspirada pela protecção de terceiros que devem poder

---

<sup>1205</sup> Ciccarello, ob. cit., págs. 684 e 685.

<sup>1206</sup> Acerca da admissibilidade do sub-penhor, vide infra n.º 9.2.2 do Capítulo I.

<sup>1207</sup> Do mesmo modo, parece admissível a chamada sub-rogação do grau, nos termos da qual o credor pignoratício posterior fica sub-rogado no grau de um outro credor pignoratício anterior, desde que pague a este último ou ofereça ao devedor os meios para o fazer – neste sentido em face do direito italiano anterior ao CCI, Enrico Poggi, ob. cit., pág. 464.

<sup>1208</sup> Admitia já esta hipótese Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 15 e 16, argumentando que este negócio, desde que respeitadas os requisitos consagrados na lei, não lesa os direitos do empenhador ou de outros credores (constam igualmente a licitude da cessão do grau de prioridade pignoratícia, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 41 - ancorando a sua posição na credibilidade do direito de penhor e na autonomia privada - e Joana Dias, ob. cit., pág. 142, nota 376). No direito italiano e apesar da ausência de norma expressa, a doutrina pronuncia-se em termos favoráveis à admissibilidade da cessão do grau entre dois ou mais credores com penhor sobre o mesmo objecto (cfr. Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 27, Rubino, Il pegno cit., pág. 197, Realmonte, Il pegno cit., pág. 637 - este último enfatizando que tal acordo apenas será válido nos limites de valor do crédito de grau anterior, ao menos quando existam credores de grau intermédio – e, em face do direito anterior, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 158, pelo menos por efeito da sub-rogação – afirmando que “*La inversione o l’ampiamiento dei gradi può verificarsi per mezzo di surroga convenzionale o legale tra i diversi creditori pignoratizi*”). No direito francês, Jacques Ghestin e outros, Droit commun cit., pág. 354, noticia que este negócio também é aceite e apelidado de “*exchange de rang*”.

<sup>1209</sup> Advogamos, também aqui, a desnecessidade de notificação do negócio ao devedor, pelos mesmos motivos expostos relativamente à cessão autónoma do penhor.

<sup>1210</sup> Parecem inclinar-se neste sentido Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 696, ao afirmarem que “*Neste artigo 676.º pretende-se, porém, estabelecer uma nova doutrina – a da possibilidade de transmissão do penhor sem transmissão do crédito. Pela remissão feita para o regime estabelecido em matéria de hipoteca, vê-se que foram tomadas as providências para que o autor do penhor não possa ser prejudicado. As disposições aplicáveis são as dos artigos 727.º e 728.º*”.

confiar na graduação de créditos definidos por lei, impedindo que uma simples convenção particular oculta altere tal escala.

Assim e relativamente aos bens móveis sujeitos a registo ou a penhores submetidos a tal formalidade em ordem à sua constituição e desde que tal registo seja público, nenhum obstáculo se ergue à cessão do grau pignoratício.

Pelo contrário, quanto aos demais bens, a ausência de publicidade da convenção gera dúvidas no que concerne aos seus efeitos e mesmo à sua legitimidade.

Importa, porém, esclarecer que a cessão de grau não pode colocar o cessionário em melhor posição do que aquela em que se encontrava o cedente, destarte impedindo a atribuição ao primeiro de direitos de que não gozasse o cedente (ou seja, a garantia cujo grau foi cedido assegura os créditos objecto de cessão do grau apenas nos limites originariamente garantidos), assim se evitando a lesão dos direitos de terceiros.<sup>1211</sup>

Nesta conformidade e não obstante a falta de publicidade da convenção, advogamos a licitude das cessões de grau pignoratício e a sua eficácia não apenas obrigacional, entre o cedente e o cessionário, mas *erga omnes*,<sup>1212</sup> pois da mesma não resulta qualquer prejuízo para terceiros.<sup>1213</sup>

Um outro domínio onde é patente a autonomia da garantia face à obrigação principal diz respeito aos mecanismos de protecção independentes da primeira, seja contra os comportamentos do devedor (nomeadamente através do recurso à acção

---

<sup>1211</sup> Evitando-se, deste modo, que o credor pignoratício graduado, de acordo com os critérios legais, em primeiro lugar e possuidor um crédito de apenas 1.000 euros pudesse ceder a sua posição a um outro credor pignoratício, que ocupava um lugar na cauda da graduação legal, cujo crédito ascendia a 100.000 euros (com claro prejuízo para os credores intermédios, ou seja, cujo crédito se encontrasse originariamente graduado entre os crédito alvo do negócio de cessão do grau). Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 750 e Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 215.

<sup>1212</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 197, atribui a esta convenção de cessão de grau eficácia *erga omnes*, argumentando tratar-se de um acto de disposição que não pode ser ignorado pelos interessados (proprietário, devedor e credores quirografários). Pelo contrário Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 16, sustenta que a mesma não pode ter senão efeitos obrigacionais “*pois uma modificação real, isto é, com eficácia erga omnes, não pode derivar de uma simples convenção privada sem publicidade suficiente (...) Mas, entre as partes, pode a convenção ter efeito, assim como o pode ter em relação àqueles outros que não devam considerar-se terceiros (v.g., herdeiros ou credores comuns das partes)*”. O argumento da falta de publicidade, a nosso ver, não procede quanto à cessão de grau da hipoteca (que depende de registo) ou de penhores sujeitos a registo, mas bem pode ser utilizada para contestar a cessão autónoma do penhor, que está isenta de qualquer formalidade publicitária. A utilidade da discussão traduz-se no seguinte: se à convenção for atribuída eficácia real, tudo se passará, mesmo em relação a terceiros, como se as posições dos credores intervenientes na cessão fossem as que resultam desse negócio; se lhe for atribuída eficácia meramente obrigacional, a graduação dos créditos dos participantes na cessão será efectuada, relativamente a terceiros, nos termos da graduação originária (ficando no domínio da relação entre as partes concretizar os efeitos da inversão da graduação). Em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1544 e 1545, noticiam que a generalidade da doutrina alemã atribui a estes negócios eficácia meramente obrigacional, muito embora os Autores apenas a ratifiquem quando não exista nenhum titular intermédio carecido de protecção (caso em que tal acordo modificativo pressupõe o seu consentimento): na hipótese inversa, aceitam a eficácia real do pacto de cessão do grau.

<sup>1213</sup> Com efeito, os demais credores do empenhante, em razão da circunstância de o cessionário não poder obter maiores direitos que os transmitidos pelo cedente, o devedor da obrigação principal porque a alteração das garantias desta em nada contendem com o dever de a liquidar e os terceiros adquirentes de direitos sobre o mesmo bem, uma vez que, mesmo na ausência da cessão, sempre teriam que respeitar as garantias do cedente e do cessionário.



pauliana), seja contra a modificação da consistência da garantia (cfr. art.º 670.º, alínea c)).<sup>1214</sup>

Dentro destas últimas, cumpre salientar a possibilidade de a modificação do conteúdo da garantia servir para aumentar a abrangência desta (designadamente através do seu alargamento aos melhoramentos ou acessórios da coisa dada em garantia), assim como a insusceptibilidade de essa modificação prejudicar a própria garantia (seja por força do princípio da indivisibilidade em caso de destruição ou desaparecimento parcial da coisa empenhada,<sup>1215</sup> seja em virtude do instituto da sub-rogação real).<sup>1216</sup>

Indo um pouco mais longe, por vezes é a própria obrigação principal que se encontra influenciada pelas vicissitudes da garantia<sup>1217</sup> - podendo a diminuição desta originar a novação,<sup>1218</sup> o agravamento<sup>1219</sup> ou o aligeiramento<sup>1220</sup> daquela, assim como a

---

<sup>1214</sup> Chamam a atenção para estes aspectos Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 359 a 370. Acerca dos meios de que o credor dispõe para se acautelar contra a diminuição ou extinção da sua garantia, vide infra n.ºs 9.1.3 e 9.1.4 do Capítulo I.

<sup>1215</sup> A lei, sensível ao risco de depreciação da garantia, prevê outros mecanismos destinados a completar a indivisibilidade, sempre tendo em vista a preservação da consistência daquela, nomeadamente a possibilidade de o credor, no caso de a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para segurança da obrigação por motivos a ele não imputáveis, exigir que o devedor a substitua ou reforce e, se este não o fizer, exigir o imediato cumprimento da obrigação garantida ou, tratando-se de obrigação futura, constituir uma garantia sobre outros bens do devedor (cfr. art.º 701.º, n.º 1, *ex vi* do art.º 678.º).

<sup>1216</sup> Embora, na ausência de um princípio geral, se possa duvidar da aplicação desta figura na ausência de norma legal expressa e específica (para mais desenvolvimentos sobre este assunto, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II). No entanto, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 367, aceitam o efeito subrogatório, mesmo na ausência de norma específica, quando a garantia seja composta por bens móveis fungíveis, argumentando que, nestes casos, não se trata de desaparecimento do objecto da garantia, mas antes da sua renovação (ou, em alternativa, sustentando que, no penhor, a obrigação de restituição do bem empenhado não obriga o credor a devolver o mesmo bem, mas antes uma coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade).

<sup>1217</sup> Contra, Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2136, assegurando que “*la relación de accesoriedad no se produce en sentido inverso, de manera que las vicisitudes de la garantía real no afectan a la obligación garantizada*”.

<sup>1218</sup> Apesar de o princípio ser o de que as fatalidades relativas à garantia não serem de molde a provocar a novação da obrigação principal, pelo que nem a adjunção, nem a supressão de uma nova garantia para assegurar o cumprimento desta produzirão aquele efeito novatório. Há, porém, casos em que tal se verifica, como os relatados por Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 374: quando o terceiro dador da garantia se torne obrigado a título principal; quando seja suprimida uma garantia e resulte da convenção das partes que estas consideraram a garantia como um elemento essencial do contrato (valendo aquela supressão como expressão do *animus novandi*); e quando ocorra a novação da própria garantia, através da sua substituição por outra a qual, em princípio, será pelo menos tão consistente como a primeira (sendo esta novação da garantia regida por uma tendencial equivalência entre as duas garantias, coloca-se a questão de saber qual a sanção quando essa equivalência falhe, entendendo os Autores mencionados que a resposta varia consoante o momento em que ela se verifique: se for aquando da execução da substituição da garantia, permitir-se-á a rescisão do contrato; se for no momento da decisão que ordene a substituição, o tribunal poderá ordenar a constituição de uma outra garantia, mas não a resolução do contrato a pedido do credor).

<sup>1219</sup> Tem-se em vista aqui essencialmente a perda do benefício do prazo (vide, para a generalidade das obrigações o art.º 780.º, n.ºs 1 e 2) em caso de diminuição ou o desaparecimento das garantias imputável ao devedor, embora no direito francês tal efeito apenas se produza no seguimento de uma decisão judicial (e sem prejuízo de as partes preverem outras causas ou outras condições para a perda do benefício do prazo). Este efeito, como afirmam Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 377 e 378, constitui uma sanção para o devedor e uma precaução para o credor, permitindo-lhe actuar antes que a solvabilidade do devedor esteja definitivamente comprometida, acrescentando não ser necessária, em ordem à aplicação deste preceito, que tenha havido dolo por parte do devedor, bastando a simples negligência.

<sup>1220</sup> Nomeadamente a renúncia do credor à sua garantia poderá ser interpretada, pelo menos nalguns casos, como sintoma da vontade do credor libertar o devedor da sua obrigação – sobre este assunto, vide infra n.º 10.2 do Capítulo I.

manutenção do *status quo* a favor do credor)<sup>1221</sup> – ou até mesmo pela sua constituição.<sup>1222</sup>

No caso específico do penhor rotativo ou assistido de um pacto de rotatividade, a questão da autonomia da garantia face à obrigação assegurada coloca-se em termos ligeiramente distintos.<sup>1223</sup>

Por último, cumpre salientar as especificidades da acessoriedade no penhor de créditos, em particular no que concerne à transmissão do crédito garantido, operação que não deve ser qualificada como sub-penhor,<sup>1224</sup> nem tão pouco como uma sub-rogação do credor pignoratício.<sup>1225</sup>

## 7 - Indivisibilidade

Tal como explanado a respeito da acessoriedade, o facto de a garantia pignoratícia se encontrar ao serviço de uma determinada obrigação, cujo cumprimento integral visa proteger, apresenta como corolário a indivisibilidade ou intangibilidade<sup>1226</sup> do penhor (cfr. art.º 696.º, *ex vi* do art.º 678.º), assegurando a totalidade do crédito, assim como cada parte deste.<sup>1227</sup>

---

<sup>1221</sup> *Maxime* quando se pretenda a repetição do indevido, o qual não pode ser exercido contra o credor que haja perdido as suas garantias – Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, pág. 379.

<sup>1222</sup> Assim, a existência de uma garantia pode constituir um indício para comprovar a existência de um contrato de mútuo, sempre que este seja ou possa ser celebrado verbalmente e possa ser provado por qualquer dos meios legalmente admissíveis; pode o contrato principal ser subordinado à constituição de garantias, funcionando a obtenção desta como condição suspensiva ou resolutive de celebração daquele contrato; ou até fazendo com que a concessão de garantias surja como requisito essencial do contrato, no sentido em que a celebração deste será retardado até à obtenção daquelas, podendo mesmo gerar a responsabilidade pré-contratual do devedor que não tenha levado a cabo os esforços necessários para fornecer a garantia; por último, se o devedor se tiver obrigado, no âmbito do próprio contrato, a fornecer uma garantia, poderá o credor opor-lhe a excepção do não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento do contrato principal – Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 384 a 391.

<sup>1223</sup> Neste âmbito, Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 129 a 131, chama a atenção para o facto de, havendo cláusulas de rotatividade, estas contenderem com o cumprimento da obrigação principal, na medida em que “*a sorte do objecto principal fica, de certo modo, dependente da observância destas cláusulas (...) Não será, contudo, uma acessoriedade típica, tout court, se é que assim a podemos designar, porque não se verifica aqui uma das suas manifestações típicas: a da exigibilidade da observância destas cláusulas quando não se efectua, ou se efectua defeituosamente, o cumprimento da obrigação principal. Mesmo no caso de não se ter vencido a obrigação principal, estas cláusulas poderão ser violadas*”. Todavia, entende subsistir a acessoriedade, tendo em conta que estas cláusulas exigem uma obrigação validamente constituída, em caso de transmissão da obrigação a garantia segue o mesmo caminho acompanhada da cláusula de rotatividade.

<sup>1224</sup> Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 166, realçando “*não nos depararmos com uma sobreposição de contratos, dado que o credor pignoratício se limita, pura e simplesmente a transmitir, rectius, a ceder a posição que tem no contrato de penhor*”.

<sup>1225</sup> Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 166, afirmando que o novo credor não ingressa na posição do anterior titular da garantia por efeito do cumprimento da obrigação garantida (acrescentando não se tratar, tão pouco, de uma novação objectiva, uma vez que não existe a extinção de qualquer obrigação, nem a exoneração do devedor), limitando-se a operar a transmissão do crédito garantido, razão pela qual não poderá implicar um aumento do valor garantido (isto é, o novo crédito garantido apenas usufrui da garantia nos mesmos termos do crédito original).

<sup>1226</sup> Utiliza o vocábulo “*intangibilidade*” como sinónimo de indivisibilidade, no sentido em que a garantia permanece imune, até à integral satisfação do credor pignoratício, a qualquer divisão física do bem ou jurídica da obrigação garantida, Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 463.

<sup>1227</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 199, vai mesmo ao ponto de estender o princípio da indivisibilidade ao contrato-promessa de penhor, asseverando que, se antes da celebração do contrato definitivo, o montante do crédito diminuir o penhor deve constituir-se sobre a(s) coisa(s) predeterminada(s) na sua totalidade (no mesmo sentido, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, págs. 20 e 21, embora alertando para o facto de esta ser uma questão de interpretação, ou seja, de saber se, diminuindo o crédito, se pretendeu que o penhor

A *ratio legis* deste princípio funda-se na necessidade de manter a relação pignoratícia de garantia imune face a circunstâncias que pudessem produzir uma divisão ou diminuição do bem empenhado ou, noutro plano, que o fraccionamento do lado activo ou passivo da obrigação garantida possa impedir a operatividade plena da garantia, assim dificultando a cobrança do crédito assegurado.

Nesta conformidade, a indivisibilidade contribui decisivamente para o reforço da garantia do credor, até porque a divisibilidade seria fonte de sérios entraves e inconvenientes em sede de execução do penhor.<sup>1228</sup>

Naturalmente que, se o crédito assegurado se encontra originariamente dividido entre vários credores, de modo a que a parte correspondente a cada um deles seja assegurado por garantias distintas, a extinção de parte da dívida apenas determina idêntico efeito relativamente às garantias que tutelavam tal parcela.<sup>1229</sup>

Analogamente, a indivisibilidade não se opõe a que o penhor constituído por um ou mais objectos seja, unitariamente, concedido em garantia de mais de um crédito,<sup>1230</sup> (apenas se extinguindo quando todos eles forem liquidados) nem, por outro lado, que vários objectos sejam, unitariamente, dados em penhor para garantir apenas um crédito principal.

Neste último caso, estamos perante aquilo a que se convencionou chamar um penhor solidário, sendo o seu reconhecimento, desde logo, uma primeira manifestação da indivisibilidade da garantia.<sup>1231</sup>

---

abrangesse a totalidade dos bens). Todavia, o mesmo Autor sustenta que a obrigação de dar em penhor é divisível, pelo que se o promitente devedor falecer antes da conclusão do contrato definitivo e o bem a dar em penhor não se tornar propriedade exclusiva de nenhum dos herdeiros, o credor poderá exigir, para garantia da totalidade do seu crédito, a cada um destes a constituição de penhor sobre uma parte da coisa proporcional à sua quota hereditária (em termos concordantes, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 21).

<sup>1228</sup> Neste sentido, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 90 e Il pegno anomalo cit., pág. 72. Por seu turno Montel, Pegno cit., pág. 791, acrescenta que a indivisibilidade se fundamenta ainda na vontade presumível das partes.

<sup>1229</sup> Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2141.

<sup>1230</sup> Salientando este aspecto, vide o Acórdão da Cassazione Italiana de 5/7/200, citado por Barbara Cusato, ob. cit., pág. 54 (no caso, como apenas um dos créditos garantidos se encontrava determinado, o aresto considerou que apenas relativamente a esse se produziria o efeito da indivisibilidade, isto é, o penhor garantiria o integral cumprimento desse crédito).

<sup>1231</sup> A este respeito, Cordero Lobato, Comentarios cit., págs. 2140 e 2141, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 339 (definindo-o como aquele em que qualquer das coisas oneradas se encontre sujeita ao pagamento integral do crédito garantido, como normalmente sucederá em razão do princípio da indivisibilidade e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1485 e 1486 (realçando que tal solidariedade pode ser originária ou advir de divisão do objecto empenhado posterior à constituição da garantia e mesmo quando os bens sejam onerados por diferentes sujeitos e em momentos diversos, desde que em garantia de um mesmo crédito: quanto ao regime desta garantia, os Autores relatam que cada um dos bens responde pela totalidade do crédito - §1222 do BGB – podendo o credor escolher livremente, salvo pacto em contrário, qual dos bens executar, nos termos do §1230 do BGB, embora não tenha o direito de exigir a divisão do penhor solidário em vários penhores autónomos). O chamado penhor solidário é aquele que, recaindo sobre vários objectos, implica que cada um deles assegure a totalidade do crédito (contraoando-se ao penhor simples, no qual o penhor recai igualmente sobre mais de um objecto, mas designa-se a parte do crédito pela qual cada um responde): no silêncio das partes e quando recaia sobre mais de um bem, deve presumir-se ser o penhor solidário. A figura do penhor solidário pode gerar algumas questões, nomeadamente de constituição, quando os bens a empenhar não pertençam ao mesmo proprietário (caso em que deverá ser estabelecido um direito de regresso entre estes, calculado dividindo entre os empenhantes, por igual, o montante da dívida e não na proporção do valor dos bens empenhados, pois todos os penhores foram concedidos para garantia da totalidade do crédito) - acerca destas questões, vide Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 56 a 59 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 67 e, no direito espanhol, De la Santa Garcia, Prenda de

Porém, esta figura apresenta riscos para o empenhante (ao tornar a posterior obtenção de crédito muito improvável, tendo em conta que cada um dos bens onerados responde pela anterior dívida) e para os (eventuais) credores pignoratícios subsequentes (por manter onerado um conjunto vasto de bens, mesmo em caso de pagamento parcial do débito).

Ainda assim, a figura do penhor solidário parece admissível, até porque, para paliar aqueles inconvenientes (especialmente o mencionado em último lugar), a lei determina que, em sede de execução, o devedor se pode opor a que a execução se estenda além do necessário para satisfação do direito do credor (art.º 697.º); para salvaguardar a posição dos (eventuais) credores pignoratícios posteriores, gozam estes da faculdade pagar ao credor garantido anterior, ficando sub-rogado nos direitos deste (art.º 592.º).<sup>1232</sup>

### 7.1 - Divisão da obrigação garantida

A indivisibilidade revela-se, desde logo, no que concerne à obrigação assegurada, evitando que as vicissitudes inerentes a esta se reflectam negativamente sobre a consistência da garantia.

Neste contexto, em caso de fraccionamento do crédito entre vários credores – mormente por via de sucessão hereditária –, o penhor passa a tutelar cada uma das parcelas resultantes da divisão,<sup>1233</sup> encontrando-se qualquer dos credores legitimado para invocar a preferência pignoratícia para se fazer pagar pelo produto da venda do bem empenhado.

Correspondentemente, produzindo-se a divisão do lado activo da relação obrigacional, cada um dos novos credores que veja o seu crédito satisfeito não pode restituir o bem empenhado senão quando os demais credores tenham sido integralmente pagos.<sup>1234</sup>

---

valores cit., pág. 122. Por outro lado, dispõe o §1222 do BGB, o princípio da indivisibilidade significa também que, recaindo o penhor sobre vários bens, cada um deles responde pela totalidade da dívida.

<sup>1232</sup> Meneres Campos, ob. cit., pág. 119 e segs. e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 719.

<sup>1233</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 198 acrescenta que, em caso de sucessão hereditária, tal efeito se produz ainda que a coisa empenhada tenha passado para a propriedade exclusiva de um dos herdeiros do devedor. Já Afonso Dionysio Gama, ob. cit., págs. 22 e 23, salienta não ser lícito aos sucessores do devedor remir o penhor na proporção dos seus quinhões, embora admita que qualquer deles o possa fazer no seu todo (no mesmo sentido, vide o actual art.º 1429.º do CCB, no qual se acrescenta que o herdeiro ou sucessor que efectue a remição fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito).

<sup>1234</sup> Guillouard, ob. cit., págs. 165, 166, Faggella, ob. cit., pág. 125 e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1868 (assinando este último que, em caso de divisão do crédito garantido, “*cada uno de los distintos acreedores podrá actuar por la parte de crédito que le ha correspondido sobre la totalidad de la cosa gravada, sin que, en otro sentido, esté facultado para restituir ésta o cancelar la garantía en tanto no se haya satisfecho integralmente la cantidad debida a los restantes acreedores*”). Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 93 e segs., aponta este como um dos exemplos de constituição de múltiplos direitos pignoratícios sobre o mesmo bem, residindo o fundamento desta responsabilidade de cada um dos co-herdeiros na necessidade de evitar que o bem regresse ao poder do empenhante, desse modo extinguindo a garantia (noutros termos, “*Al creditore chirografario importa di vedere che la cosa sia uscita dalla potestà del debitore (...) il quale scopo è raggiunto sempre che la cosa passi al creditore o al terzo eletto delle due parti contraenti (...) ma, ciò fatto, non ha da ficcare il naso sul modo come il creditore od i contraenti esercitino quel potere per mezzo dei rappresentanti diretti*”). Contudo, caso o *de cuius* decida fraccionar o crédito de modo a excluir algum dos seus herdeiros ou inclua o crédito em questão num legado efectuado a terceiros não herdeiros, parece que, por força da acessoriedade da garantia “*gli eredi esclusi non avrebbero più alcun diritto di ritenere la cosa pignorata e dovrebbero consegnarla senz’altro al nuovo titolare del credito*”, embora o Autor citado se incline para reconhecer que aqueles apenas têm o direito, mas não o dever, de o fazer - correndo do risco exclusivo se o fizerem sem o assentimento do

Todavia, importa determinar qual a responsabilidade dos co-herdeiros em caso de impossibilidade de restituição do bem empenhado, cabendo distinguir consoante a coisa pereça antes da abertura da sucessão ou posteriormente.<sup>1235</sup>

Situação análoga se verifica quando se produza uma cessão parcial do crédito garantido, caso em que o penhor permanece íntegro apesar da dispersão da titularidade do crédito originário.<sup>1236</sup>

Noutro plano, a indivisibilidade do penhor no que respeita ao crédito garantido também se manifesta mesmo quando não ocorra qualquer divisão deste, não obstante a que, tendo o crédito garantido prazos de vencimento parciais, o credor possa instar a execução relativamente à parte do crédito vencido, permanecendo a restante parte do crédito garantida pelos mesmos bens iniciais.<sup>1237</sup>

Analogamente, verificando-se o cumprimento parcial da obrigação garantida, o penhor continua a onerar, para garantia do crédito remanescente, a totalidade do bem ou dos bens inicialmente empenhados, não sendo lícito ao constituinte da garantia requerer uma redução proporcional do valor ou da quantidade dos bens dados em garantia.<sup>1238</sup>

Por isso se pode afirmar que, nesta derradeira hipótese, indivisibilidade conduz a que garantia apresente uma maior intensidade à medida que o montante da obrigação garantida diminui,<sup>1239</sup> o que, no limite, poderá colocar questões de grande desproporção entre o montante assegurado e a objecto onerado.<sup>1240</sup>

---

empenhante, assentimento este que, a verificar-se, originará a novação do contrato originário – com base na circunstância de *“Il diritto reale di pegno, dunque, passa senz’altro al beneficiato, ma in virtù del contratto di deposito (...) il testator, e quindi i suoi eredi universali, hanno l’obbligo imprescindibile ed irrevocabile di restituire la cosa al proprietario deponente. Il testatore (...) non può comunque limitare la garanzia del debitore per quel che riguarda l’azione diretta principalissima, nascente dal contratto pignoratizio, quale azione, in caso di mancata restituzione, ha per garanzia ultima l’intero patrimonio del creditore depositario”*. Confirma esta solução com base no art.º 1860.º, n.º 3, do CCE, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 69, nota 36 (estabelecendo que, em caso de falecimento do credor e de divisão do crédito entre os seus herdeiros, se a um deles for conferida a posse do bem onerado e este proceda à respectiva cobrança, não poderá restituir o bem ao empenhante: se o fizer, os demais herdeiros poderão exigir deste último a devolução do bem).

<sup>1235</sup> Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 96 e segs.. Segundo este Autor, no primeiro caso o devedor apenas será obrigado a pagar no momento da restituição do bem empenhado e, como o perecimento do bem é imputável ao *de cuius* (e, por isso, a obrigação já se tinha constituído), a compensação judicial de créditos é legítima. Já na segunda hipótese, *“il debitore è tenuto a consentire il nuovo deposito colla pluralità dei depositari, sia perchè il contratto di deposito, normalmente, non è un contratto intuitu personae, sia perchè quello specialissimo nascente del pegno e che avviene nell’interesse del depositario, non può sciogliersi se non con la estinzione del debito pignoratizio”*, concluindo que os danos sofridos pelo objecto da garantia *“siano addebitabili al creditore, i molteplici depositari sopravvenuti debbano rispondere solidalmente”* (esta responsabilidade assenta no facto de a escolha do novo depositário ocorrer sem intervenção do empenhante, o qual não é sequer auscultado para este efeito).

<sup>1236</sup> Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 70.

<sup>1237</sup> Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2140.

<sup>1238</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 198, Faggella, ob. cit., pág. 150 e Afonso Dionysio, ob. cit., pág. 22 (admitindo, porém, convenção em contrário). Em termos aproximados, o art.º 1421.º do CCB estabelece que o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens.

<sup>1239</sup> Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 697, aponta como exemplo um crédito de 300, relativamente ao qual se dá um pagamento parcial de 200: ora, por força da indivisibilidade, a garantia continua a assegurar os remanescentes 100 com o mesmo valor, sendo bem mais provável que o credor consiga alienar os bens onerados por 100 (valor actual da obrigação garantida) do que por 300 (valor inicial da mesma).

<sup>1240</sup> Salienta este aspecto, a propósito da hipoteca (a respeito da qual a desproporção poderá ser mais significativa, nomeadamente nos créditos bancários para aquisição de imóveis), Meneres Campos, ob. cit., págs. 132 e 133.

Pelo contrário, operando-se a divisão do lado passivo do crédito assegurado, se um dos novos devedores extinguir a sua parte do débito não poderá exigir uma restituição proporcional (e muito menos total) do bem empenhado até que a dívida original seja integralmente satisfeita.<sup>1241</sup>

## 7.2 - Divisão do objecto da garantia

A indivisibilidade do penhor opera num outro plano, isto é, relativamente ao objecto da garantia, com a consequência de a divisão, material ou jurídica, deste não impedir o credor de manter a preferência pignoratícia sobre qualquer parte da coisa ou, no caso de terem sido originariamente empenhadas várias coisas, sobre cada uma delas, até obter o integral pagamento do seu crédito.<sup>1242</sup>

Esta faceta da indivisibilidade explica-se porque, a não ser assim, o credor teria que intentar tantas execuções quantos fossem os titulares de cada uma das fracções resultantes da divisão do bem, para além de esta poder originar um aumento ou uma diminuição do valor do bem originariamente empenhado (nesta última hipótese, com prejuízo para o credor).<sup>1243</sup>

Mais ainda, os titulares de cada uma das parcelas do bem onerado não dispõem de legitimidade para compelir o credor a dividir entre eles a coisa empenhada, na proporção correspondente, do mesmo modo que o garante que não seja devedor da obrigação principal não pode forçar o credor a demandar primeiramente o devedor ou devedores principais (excepto, quanto a este último aspecto, se ao empenhante tiver sido outorgado o benefício da excussão).<sup>1244</sup>

Podem até atribuir-se à indivisibilidade determinados efeitos que não dependem da verificação de uma divisão do *quid* onerado, como sucederá quando, recaindo a garantia sobre mais de uma coisa, a renúncia do credor ao seu direito de preferência relativamente a uma coisa ou a uma parte de alguma das coisas sobre que incide o penhor, não originar a perda da garantia do credor em relação a uma parte proporcional do seu crédito).<sup>1245</sup>

Por outro lado, é da indivisibilidade que decorre, segundo alguns, a sujeição ao penhor de tudo aquilo que vier a crescer ao bem onerado na constância da relação obrigacional garantida.<sup>1246</sup>

Sublinhe-se, noutro plano, que a natureza possessória do penhor implica algumas particularidades, desde logo pela circunstância de a transferência do bem para as mãos do credor tornar difícil a divisão do mesmo sem o consentimento daquele, excepto, naturalmente, quando o mecanismo de constituição da garantia prescindir de tal entrega.<sup>1247</sup>

---

<sup>1241</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 198, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 91 e Faggella, *ob. cit.*, pág. 125.,

<sup>1242</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 198.

<sup>1243</sup> Meneres Campos, *ob. cit.*, pág. 124, acrescenta que, deste modo, o credor pode executar apenas uma das partes em que o objecto inicial se dividiu e, não obtendo integral pagamento, intentar nova execução sobre outra das partes (assistindo-lhe, por outro lado, o direito de executar logo todos os bens que resultaram da divisão).

<sup>1244</sup> Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1868.

<sup>1245</sup> Cfr. o nosso *Dos privilégios cit.*, págs. 82 e 83, em especial nota 183.

<sup>1246</sup> Afonso Dionysio Gama, *ob. cit.*, pág. 23.

<sup>1247</sup> Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1869, adiantando ser já mais plausível a divisão do crédito ou da dívida, sendo até frequente o caso de morte do credor ou do devedor: se na segunda hipótese o principal efeito será impedir que o herdeiro do devedor que tenha pago parte da dívida possa pedir uma extinção proporcional da garantia, na primeira o herdeiro do credor que recebeu a sua parte não pode devolver o bem empenhado em prejuízo dos demais herdeiros que ainda não tivessem sido satisfeitos (podendo estes,

### 7.3 - Excepções e limites à indivisibilidade

Contudo, a indivisibilidade e os seus efeitos não constituem uma consequência inelutável do penhor, porquanto a nossa lei<sup>1248</sup> admite que as partes a possam afastar mediante acordo (cf. art.º 696.º),<sup>1249</sup> - pelo que se poderá afirmar ser o penhor

---

se tal suceder, exigir do devedor a reintegração na posse do bem e até, se o bem já não se encontrar no património do devedor, exigir uma indemnização ao herdeiro incumpridor), o mesmo se aplicando se a garantia houver sido constituída por terceiro (em termos semelhantes, vide Guillarte Zapatero, Comentários cit., págs. 467 e 468).

<sup>1248</sup> A lei espanhola parece consagrar (ao menos aparentemente) uma excepção à indivisibilidade do penhor (e da hipoteca) nos casos em que, sendo várias as coisas dadas em penhor, cada uma delas garante apenas uma determinada porção do crédito, tendo o devedor direito a que o penhor se extinga à medida que seja satisfeita a parte da dívida pela qual cada coisa respondia especialmente (art.º 1860.º, n.ºs 4 e 5 do CCE): porém, Díez-Picazo, ob. cit., págs. 487 e 488, entende não estarmos perante uma excepção ao princípio da indivisibilidade, mas antes diante da consideração independente de cada parte do crédito, cada uma munida da sua própria garantia (em termos concordantes, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1868 e 1869, assegurando que *“Afectadas varias cosas para asegurar las distintas cuotas o porciones de un crédito, dividido a estos efectos por la voluntad de los interesados, no procede, en rigor, hablar de una sola garantía, sino que ha de considerarse que existen tantas deudas cuantas sean las porciones en que se haya dividido el crédito y el mismo número de derechos reales de garantía. Así, pues, no parece propio hablar de excepción al principio de indivisibilidad de ésta cuando, en realidad, ya nece dividida. Para ello, se requeriría no sólo que se produjera el fraccionamiento del crédito, al menos a efectos de seguridad, sino también la existencia de varias cosas que individualmente aparecieran sometidas al gravamen de cada una de las partes en que se ha dividido aquél”* (em termos similares, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 465 e 466). Noutros termos, um conjunto de coisas pode ser afecto em garantia de uma dupla forma, seja estabelecendo que toda e qualquer delas responde unitária e conjuntamente pela totalidade da obrigação garantida (caso em que o princípio da indivisibilidade é plenamente aplicável, pois trata-se de apenas uma garantia que recai sobre diversos bens); ou, pelo contrário, determinando que cada coisa responde apenas por uma parte do crédito em que, para estes efeitos, se divide o crédito (caso em que não se poderá falar de indivisibilidade, porquanto existem desde o início diversos direitos reais de garantia e a indivisibilidade, ao invés, pressupõe a existência de uma única garantia, destinando-se a evitar a divisão desta garantia unitária): ora, nesta segunda hipótese, o devedor tem direito a que se extinga a garantia à medida que seja satisfeita a parte da dívida pela qual responde cada um dos bens, significando a indivisibilidade que *“la extinción del gravamen que afecta a cada una de aquéllas cosas sólo tendrá lugar si se produce el total pago de la parte del crédito que estaba garantizando. Una vez que, mediante el pago efectuado, se extingue la garantía que afectaba a cada una de las cosas en concreto, ésta queda totalmente liberada de responsabilidad aunque el acreedor no logre cobrar la totalidad del crédito, cuando al realizarse el valor de las otras cosas gravadas no se obtiene cantidad suficiente para cubrir el importe total de la deuda”*). Por outro lado, no direito italiano o art.º 1849.º do CCI prevê, em sede de antecipação bancária, que o constituinte da garantia possa retirar parte dos títulos ou das mercadorias dadas em penhor, desde que restitua uma parte proporcional das somas que lhe tenham sido atribuídas (e de outras despesas de que a banca seja credora).

<sup>1249</sup> Barbara Cusato, ob. cit., pág. 53, justifica a admissibilidade desta derrogação com a própria razão de ser da indivisibilidade – reforço da garantia, na medida em que a divisibilidade produziria inconvenientes, nomeadamente em sede de execução do penhor – por isso admitindo que as partes a ela renunciem. Também Ciccarello, ob. cit., pág. 685 e Montel, Pegno cit., pág. 791, reconhecem, sem mais, a possibilidade de as partes renunciarem à indivisibilidade. No direito francês aceitam igualmente a validade destas cláusulas Baudry-Lacantinerie, ob.cit., pág. 108 (com fundamento no facto de a lei nada mais fazer que interpretar a vontade presumível das partes, pelo que será legítimo a estas afastar a presunção) e Guillaouard, ob. cit., pág. 166 (por entender não ser a indivisibilidade um princípio de ordem pública). No direito espanhol, Díez-Picazo, ob. cit., pág. 488 e Malo Concepción, ob. cit., pág. 840, aceitam que a indivisibilidade possa ser afastada por acordo das partes (este último, escreve ser *“possible un pacto que conceda al constituyente de la prenda la posibilidad de ver liberadas las participaciones a medida que se vaya satisfaciendo el importe de la obligación principal”*).

indivisível por natureza, mas não por essência<sup>1250</sup> - do mesmo modo que o credor a ela pode renunciar.<sup>1251</sup>

Tendo em conta a possibilidade de afastamento convencional do efeito da indivisibilidade, alguns Autores preferem falar da exigência “*que a coisa seja mantida indivisa ao penhor*”.<sup>1252</sup>

Estas convenções podem assumir contornos bastante diversos, como por exemplo se as partes estipularem as partes que, em caso de pagamento parcial, o constituinte terá direito a uma restituição proporcional da coisa empenhada, cláusula esta que não levantará problemas jurídicos de maior (salvo, eventualmente, os que decorrem da dificuldade em proceder a uma avaliação e/ou divisão do bem empenhado para, em seguida, proceder à sua restituição ao constituinte).<sup>1253</sup>

Outra convenção de exclusão da indivisibilidade poderá consistir em determinar que a garantia se encontre, desde o início, limitada a uma parte do crédito, (que pode coincidir com a quota de um dos devedores de uma obrigação solidária),<sup>1254</sup> <sup>1255</sup>

---

<sup>1250</sup> Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 109 (ou, como prefere Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 66, não se trata de uma norma de ordem pública, mas tão somente de uma disposição supletiva). Já Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 463 e 464, considera que a indivisibilidade “*ni deriva de principios lógicos inderogables, ni es una nota de carácter institucional, por lo que no debe considerarse como esencial a prenda e hipoteca, sino simplemente natural. Sua sanción legislativa se explica por razones prácticas de reforzamiento de la garantía, deriva (...) de la voluntad presunta de los interesados, entendiéndose consecuentemente por la generalidad de la doctrina que puede ser objeto de supresión mediante pacto o renuncia. Entre las razones de orden práctico para justificar la indivisibilidad de la garantía se suele aducir la dificultad que supondría dividir la cosa gravada en proporción al crédito, lo que frecuentemente daría lugar a duas y litigios*” (em termos aproximados, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1867). No mesmo sentido, para a hipoteca, Meneres Campos, ob. cit., pág. 115, afirmando que a indivisibilidade “*é uma característica que, embora não essencial, resulta da natureza real do direito de hipoteca*”.

<sup>1251</sup> Meneres Campos, ob. cit., pág. 129, admite a renúncia resultante de cláusula aposta no acto de constituição da garantia ou resultante de um acto posterior do credor (aponta como exemplo o caso em que o credor renuncia à indivisibilidade quanto ao objecto onerado, passando cada uma das coisas oneradas a responder por uma parte do crédito). Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 270 Diez-Picazo, ob. cit., pág. 488, admitem a renúncia unilateral do credor, por ser exclusivamente em seu favor que a indivisibilidade opera.

<sup>1252</sup> Faggella, ob. cit., pág. 151.

<sup>1253</sup> Admitem esta cláusula Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 72, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 52, Realmonte, Il pegno cit., pág. 638, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 69, Albaladejo, Derecho Civil III cit. cit., pág. 698, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 122 (acrescentando que, não raras vezes, tal cláusula é utilizada conjuntamente com outra que reparte a responsabilidade pela obrigação garantida entre diversos bens onerados) e, especialmente, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 171 e segs. (ressalvando que o bem empenhado deverá ser divisível – como as mercadorias homogêneas - e que a divisão pode ser em partes iguais ou desiguais) e, no nosso direito, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 67. Por seu turno Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 83 e 84, aceita que, no penhor de créditos, se estabeleça que em caso de cessão parcial ou satisfação parcial do crédito empenhado o penhor apenas se mantenha sobre determinados créditos.

<sup>1254</sup> Desde logo, cada um dos condevedores pode empenhar um bem em garantia de toda a obrigação solidária, tendo, nessa hipótese e se for executado o bem empenhado, direito de regresso contra os demais condevedores, na proporção das respectivas relações internas; se, ao invés, a garantia houver sido prestada por terceiro, este, depois de efectuar o pagamento e de ser expropriado do bem, fica sub-rogado nos direitos do credor – cfr. art.º 592.º, n.º 1 - podendo exercê-los por inteiro contra qualquer dos devedores - Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58 cit., págs. 22 e 23 (havendo pluralidade de credores e sendo divisível o objecto do penhor, o credor pago parcialmente deverá poder restituir a parte correspondente do penhor, de modo que se A empenhou a favor de B, C e D uma determinada quantia em dinheiro e tendo A pago a B a parte que lhe cabia na dívida, poder-se-á concluir que se pretendeu poder A exigir a restituição da parte correspondente do objecto empenhado), mas, ao invés, quando o penhor tiver sido constituído por vários devedores e um deles liquide a sua parte da dívida, este não poderá, salvo acordo em contrário, reclamar do credor a restituição de parte proporcional do objecto empenhado,



predeterminando o montante abrangido pela garantia<sup>1256</sup> e extinguindo-se o penhor quando tal montante for liquidado.<sup>1257</sup>

Admite-se, ainda, que as partes possam acordar (por pacto contemporâneo à criação da garantia ou posterior à divisão) a divisão do direito de garantia em caso de divisão da coisa onerada, passando cada uma das porções desta a responder por uma parte da dívida originária.<sup>1258</sup>

Se as partes houverem excluído apenas uma das diversas manifestações da indivisibilidade do penhor, esta exclusão não deverá estender-se, por via interpretativa ou presuntiva, às restantes, excepto se as circunstâncias do caso concreto permitam concluir em sentido contrário.<sup>1259</sup>

## 8 - Execução da garantia

---

atendendo à indivisibilidade do penhor (cfr. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 22 a 24). Por outro lado e este é o aspecto que mais convém realçar, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 200, admite que, nas obrigações solidárias e nas indivisíveis por convenção das partes (mas já não nas indivisíveis por natureza ou por força da lei, pois nestas duas últimas hipóteses qualquer renúncia à indivisibilidade encontra-se excluída), as partes possam limitar o penhor a uma parte da dívida, embora, salvo convenção em contrário, a parte da obrigação garantida vincule todos os devedores em favor de todos os credores (é, assim possível, que o penhor seja constituído apenas por um dos diversos devedores – para assegurar o pagamento da sua quota - ou em favor de um dos diversos credores, caso em que a garantia apenas poderá ser invocada, respectivamente, depois de interpelado infrutiferamente esse devedor ou quando o referido credor actue isoladamente - solução esta encontra conforto no art.º 1293.º do CCI, de acordo com o qual não obsta à solidariedade o facto de algum dos devedores se encontrar obrigado em moldes diversos ou de o devedor comum assumir responsabilidades distintas para com cada um dos credores e é defendida também por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58 cit., pág. 23). Aliás, a possibilidade de cada um dos devedores se obrigar em termos diversos dos demais, é expressamente prevista pelo art.º 512.º, n.º 2 (preceito do qual Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 528, retiram expressamente a admissibilidade de um dos créditos se encontrar garantido e outro não), norma essa que prescreve igualmente a hipotética diversidade da obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores, destarte confortando as soluções preconizadas na presente nota.

<sup>1255</sup> No entanto, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 200, não admite, no caso da solidariedade activa, que, por acordo entre o devedor e um dos vários credores, se limite a garantia a uma parte do crédito correspondente a esse credor no âmbito das relações internas, salvo se os demais credores derem o seu consentimento, assim renunciando ao benefício da solidariedade, pois, se tal fosse admitido, a garantia não poderia ser utilizada pelos outros credores, os quais nem sequer poderiam ficar com um proporcional ao montante obtido pelo credor interveniente no acordo com o devedor. Ao invés, parecem não subsistir dúvidas, na hipótese de solidariedade passiva, quanto à licitude do pacto através do qual o credor consinta limitar a garantia a um só devedor e à quota desse devedor nas relações internas, destarte rompendo a solidariedade, mas sem qualquer prejuízo para os demais devedores solidários (aceita igualmente uma convenção com este teor Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 23).

<sup>1256</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 199, admite esta fixação do montante mesmo quando no momento da constituição da garantia o crédito a assegurar não seja de natureza pecuniária ou não tenha por objecto uma prestação divisível e que se a soma em questão se mostrar igual ou superior ao valor total do crédito, o penhor garantirá todo o crédito.

<sup>1257</sup> Se, porém, o inadimplemento for total – ou, pelo menos, abranger também uma parte do crédito garantido – o credor apenas só gozará da preferência pignoratícia relativamente ao montante garantido – ou à parte dele que tenha ficado por liquidar – surgindo quanto ao restante como credor quirografário (Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 199 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 91 e também *Il pegno anomalo cit.*, pág. 72). Aceitam igualmente esta cláusula Realmonde, *Il pegno cit.*, pág. 638 e Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 69.

<sup>1258</sup> Consagrando, deste modo, um fraccionamento da garantia originária – admite este tipo de acordos Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, pág. 698.

<sup>1259</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 199.

Em caso de vencimento da obrigação garantida<sup>1260</sup> - o qual poderá ocorrer em momento anterior ao inicialmente fixado para o efeito, seja por força da verificação de determinados factos que, por convenção das partes, desencadeiam tal efeito,<sup>1261</sup> seja porque tal vencimento antecipado decorre da própria lei (cfr. art.ºs 670.º, alínea c) e 701.º)<sup>1262</sup> - e em caso de não cumprimento voluntário daquela, assiste ao credor pignoratício o poder de se satisfazer pelo valor da coisa (ou das coisas) objecto da garantia,<sup>1263</sup><sup>1264</sup> mas não terá o dever de o fazer,<sup>1265</sup> embora se suscitem dúvidas a propósito de bens cujo valor seja alvo de oscilações frequentes.<sup>1266</sup>

---

<sup>1260</sup> Se o crédito garantido pelo penhor não for pecuniário, o penhor não se vencerá enquanto não for convertido em dinheiro, sob pena de não se poder determinar qual a quantia a retirar do produto da venda do bem empenhado (cfr. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58., pág. 211). Por outro lado, tratando-se de um contrato de compra e venda a prestações, o não pagamento de uma delas importa o vencimento das restantes (art.º 781.º), pelo que bastará o incumprimento de uma daquelas prestações para legitimar o recurso do credor pignoratício à via executiva, independentemente de interpelação para pagamento das demais prestações (nesse sentido, Acórdãos do STJ de 29/6/1995, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e da Relação de Lisboa de 12/5/1994, in CJ, III, pág. 89 e segs.).

<sup>1261</sup> Nos termos do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, nos penhores sob a alçada deste diploma é legítimo às partes convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do credor pignoratício e o cumprimento da mesma por compensação, caso ocorra um facto que desencadeie a execução, designadamente o não cumprimento do contrato ou qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo (assim se concedendo uma segurança adicional ao credor, que não terá de aguardar pelo incumprimento da obrigação garantida, podendo antes executar a garantia após a verificação de um facto previamente definido pelas partes e que, normalmente, se encontra associado a circunstâncias que possam afectar a solvabilidade do devedor). Não obstante, a possibilidade de inserir cláusulas de vencimento antecipado parece decorrer do próprio regime geral dos contratos, em razão do disposto no art.º 432.º (neste sentido, Patrícia Fonseca, O penhor financeiro - contributo para o estudo do seu regime jurídico, Universidade Clássica de Lisboa, 2005, págs. 46 e 47).

<sup>1262</sup> Por exemplo, o art.º 1425.º do CCB elenca um conjunto de circunstâncias cuja verificação determina o vencimento imediato da obrigação garantida, ainda que o prazo fixado para o efeito ainda não tenha expirado: a deterioração ou depreciação do bem que diminua a consistência da garantia (excepto se o devedor, intimado para o efeito, não substituir ou reforçar a garantia), a insolvência do devedor, o pericimento do bem dado em garantia (a não ser que se produza a respectiva substituição e sem prejuízo do direito do credor a sub-rogar-se na indemnização paga pelo segurador ou por terceiro responsável por aquele pericimento), o não pagamento das prestações devidas (porém, o recebimento por parte do credor da prestação seguinte à vencida e não paga implica renúncia ao seu direito de execução imediata) e a venda particular do bem empenhado (caso em que o produto da venda deverá ser depositado em quantia necessária à satisfação do credor pignoratício).

<sup>1263</sup> O Código de Seabra (cfr. art.º 865.º), previa a possibilidade de o devedor exercer o direito de resgate, que consistia na faculdade que lhe assistia de fazer suspender a venda, oferecendo-se para efectuar o pagamento da quantia devida no prazo de 24 horas, assim extinguindo a dívida. Apesar da inexistência de preceito semelhante no actual Código Civil, nem por isso deixa de ser possível ao executado ou a qualquer outra pessoa liquidar a dívida exequenda (além das custas), assim fazendo cessar a execução (cfr. art.º 916.º, n.º 1, do CPC). Todavia, caso já tenha ocorrido a venda ou a adjudicação do bem, a liquidação tem de abranger também os créditos reclamados para serem pagos pelo produto desses bens, conforme a graduação e até onde o produto obtido chegar, salvo se o requerente exhibir título extintivo de algum deles, que então não é compreendido; se ainda não estiver feita a graduação dos créditos reclamados que tenham de ser liquidados, a execução prossegue somente para verificação e graduação desses créditos e só depois se faz a liquidação (art.º 917.º, n.º 2, do CPC). Mas o vocábulo “resgate” pode ter um significado diferente, qual seja o de um acto de terceiro que adquira o direito de penhor pertencente ao credor, por força do instituto da sub-rogação (salienta este aspecto Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 232 e também no seu Direito de satisfação cit., pág. 6): ora, também esta possibilidade é admitida pelo n.º 5 do art.º 917.º do CPC, nos termos qual em caso de pagamento da quantia exequenda por terceiro, este fica sub-rogado nos direitos do exequente, mostrando que os adquiriu nos termos da lei substantiva). No entanto, cumpre determinar se, quando o penhor seja resgatado pelo proprietário ou pelo empenhador, o autor do resgate terá contra o outro um direito de regresso (para Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 234 e 235, tudo dependerá das relação interna entre ambos: se o empenhante dispunha de mandato do proprietário para onerar o bem e este último resgata o penhor, não tem qualquer direito de regresso, apenas o tendo se a oneração tiver sido efectuada sem o seu

consentimento); quando, por outro lado, se empenhem vários bens – pertencentes a sujeitos diversos – para garantia de uma dívida alheia e um dos proprietários resgatar o seu bem, adquirirá, por via da sub-rogação, o penhor sobre os demais bens que asseguravam o cumprimento da mesma obrigação (repartindo-se, na falta de convenção em contrário, em partes iguais o encargo – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 235 e 236). No direito alemão e segundo Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1522 e segs., esta faculdade de resgate pode ser exercida pelo empenhante, pelo proprietário ou por qualquer titular de um direito real sobre o bem empenhado, desde o momento do vencimento do crédito empenhado, adquirindo o redentor o crédito garantido e o penhor (em caso de satisfação parcial, o empenhante não pode fazer valer o crédito adquirido em prejuízo do credor pignoratício) e, quando o crédito se encontre assegurado por penhores pertencentes a diversos proprietários, cada um destes pode exercer o direito de resgate e, desse modo, adquirir o crédito com penhor sobre os diversos objectos, extinguindo-se o penhor sobre a coisa empenhada pelo resgatante (embora, quando este pretenda executar o bem empenhado por outro empenhante, apenas pode exigir a quantia que corresponda ao respectivo proprietário), devendo a quantia a liquidar ao credor pignoratício ser dividida em função do valor de cada um dos bens onerados ou dividindo o valor do crédito empenhado pelo número de empenhantes (mais complexa se afigura a hipótese de um crédito ser garantido por um penhor prestado por terceiro e uma fiança, alertando os Autores para a existência de três posições diversas: uma primeira, nega que aquele que tenha pago ao credor goze de um direito de regresso face ao outro garante; uma segunda, maioritária, aceita tal direito de regresso e propõe um ressarcimento proporcional no plano das relações internas, em termos análogos ao defendido para o penhor solidário; uma última, atribuindo aquele direito de regresso unicamente quando exercida pelo fiador).

<sup>1264</sup> Para determinado tipo de bens, não se afigura tarefa fácil a fixação do respectivo valor, como sucede com as acções – a respeito destas, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 445 e segs., sustenta que o ideal será a pré-fixação pelas partes do respectivo valor pois, se tal não suceder, o valor nominal raramente coincidirá com o valor real (uma vez que a cifra do capital usualmente não corresponde ao valor do património social), nem este decorrerá da cotação bolsista (pois esta antecede sobretudo ao dividendo), sendo ainda mais difícil de determinar para os valores não cotados em bolsa. Neste contexto e apesar de repudiar a necessidade de fixação prévia do valor das acções a alienar, o Autor sublinha a necessidade de protecção do devedor, impedindo o enriquecimento injustificado para o credor da adjudicação dos bens por valor notoriamente inferior ao real (pelo que deve ser dada a possibilidade ao devedor de demonstrar essa desproporção, nomeadamente facultando-lhe um relatório de auditoria que fixe o valor contabilístico das acções no momento da execução). COPO 445

<sup>1265</sup> Relativamente a este último aspecto, Rubino, Il pegno cit., pág. 257, avança que o devedor não poderá forçar o credor a cumprir este pretenso dever, nem mesmo quando prove não possuir nenhuma outra forma de liquidar a dívida, enquanto Gabrielli, Il pegno cit., pág. 320 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 125, salientam que tal dever não existe nem mesmo após uma eventual solicitação do devedor (até porque a este assiste o direito de alienar o bem empenhado – se bem que, nesta última hipótese, só poderá entregar o bem ao adquirente depois de pago o credor pignoratício, uma vez que este goza do direito de retenção que ao empenhador cumpre respeitar), nem tão pouco por indicação dos outros credores do constituinte, pois também eles têm o poder de fazer vender o bem (em termos aproximados, Mirabelli, ob. cit., págs. 443 e 444, evidenciando que o credor dispõe do direito de retenção até integral pagamento, pelo que ao devedor não resta senão “*riscattare il pegno, pagando il creditore. Se egli non ha danaro, può vendere il pegno e col danaro che ritrae pagare il creditore*”). Por ser assim, pode decorrer um longo período de tempo entre o vencimento do crédito e a execução, sem que tal viole o princípio da boa fé (nestes termos, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 319 e também Pegno cit., pág.700, citando, em seu abono, o Acórdão do Tribunal de Milão de 21/1/1991). Em termos internos, no Acórdão da Relação de Lisboa de 19/3/1991 (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) decidiu-se que o credor pignoratício não tem a obrigação de vender o bem empenhado, nem o devedor pode constrangê-lo a isso, enquanto Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 244, nota 688, concorda com a inexistência de qualquer dever desta índole que impenha sobre os ombros do credor – “*sendo perfeitamente concebível, neste quadro, que o credor procure que o devedor cumpra sem ter que executar a garantia*” - , embora reconheça o período de tempo que medeia entre o vencimento da obrigação e a execução da garantia não pode ser “*demasiado extenso sempre que se trate de bens que já estejam a sofrer quedas de valor*” (até porque o risco de desvalorização dos bens corre por conta do devedor – cfr. Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Em termos análogos, Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 561, afirma que “*el acreedor no viene obligado a instar la venta, ocurrido el vencimiento de la obligación*” (não podendo, por isso, afirmar-se que possa incorrer em mora e ser chamado a indemnizar os danos daí decorrentes), Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 719, nota 21bis (escrevendo que “*el acreedor pignoraticio tiene el derecho (podrá, dice el art. 1872) de*

O valor pelo qual responde o bem onerado é aquele que a dívida garantida apresenta no momento da execução, uma vez que a garantia assegura o cumprimento da obrigação principal, nos termos e montante que esta apresenta aquando da sua excussão.<sup>1267</sup>

É certo que este chamado *ius distrahendi* é atribuído a qualquer credor que não veja a sua obrigação satisfeita, e não somente ao credor pignoratício, embora possa assumir contornos diversos quando exercido por parte do titular de uma garantia real.<sup>1268</sup>

Em termos gerais, poderá afirmar-se que constituem requisitos inderrogáveis de qualquer procedimento de execução pignoratícia a avaliação do bem a executar e a inadmissibilidade de o credor receber uma quantia superior ao montante da obrigação garantida, acrescida dos juros eventualmente vencidos (devendo, por isso, a execução limitar-se ao número de bens suficiente para perfazer tal quantia).<sup>1269</sup>

---

*promover la enajenación de la prenda para hacerse pago de su crédito. Pero que ello constituye una facultad, y no una obligación, de modo que puede no usarla, o retrasar su uso, es decir, no ejercitarla inmediatamente del incumplimiento de la obligación asegurada. Así que la disminución de valor de la cosa desde el momento de tal incumplimiento al de la ejecución, no ha de ponerse a cargo del acreedor pignoraticio. Otro tema es que su conducta encierre incumplimiento de los deberes que le incumben respecto a la conservación de la cosa”* e De la Santa García, ob. cit., pág. 137 (“No está, a nuestro juicio, en ningún caso, la entidad acreedora obligada a ejecutar la prenda de inmediato, ni siquiera en un plazo determinado (...). Debemos, por tanto, establecer el fraude o el abuso de su derecho como límite al plazo que posee para poder ejecutar la prenda. El acreedor deberá hacer uso de su derecho de manera diligente y conforme a los criterios de la buena fe, pudiendo del deudor exigirle los daños e perjuicios que le cause, el comportamiento negligente o doloso del acreedor en la ejecución de la prenda”). Em face do direito alemão e apesar de reconhecerem a ausência de qualquer dever geral do credor pignoratício executar a garantia, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1531, admitem que tal obrigação possa resultar da boa fé objectiva, mormente quando o empenhante não se encontre em condições de resgatar o objecto empenhado e a não execução da garantia lhe cause prejuízos assinaláveis (por exemplo, um aumento substancial dos juros).<sup>1266</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 381 e 382, aponta como exemplo os valores mobiliários - em particular as acções - que, além das constantes flutuações de valor, podem representar um poder de decisão sobre determinadas sociedades. O Autor, embora reconheça que a generalidade da doutrina recusa a imposição da obrigação de o credor executar a garantia após o vencimento do crédito, sustenta que para objectos como os valores mobiliários a protecção do devedor (recusando não ser indiferente para este o momento da execução da garantia - ao contrário do argumento muitas vezes invocado segundo o qual, qualquer seja a data, o credor receberá unicamente a quantia exequenda - uma vez que “*el posible sobrante puede variar mucho según el momento en el que se produzca la venta*”) impõe uma resposta não tão assertiva, concluindo que o credor deverá dispor de um prazo razoável (a determinar de acordo com as regras da boa fé e do tipo de valor em questão, nomeadamente a rapidez do tráfico de cada um deles), a contar da data de vencimento do crédito garantido, para optar pela venda (ou por qualquer outra via de execução alternativa) e, se o não fizer, responderá pelos danos causados ao devedor (embora nem neste caso o devedor possa forçar o credor a executar a garantia).

<sup>1267</sup> Assim, entre outros, Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 720, nota 22bis (por ser assim, em caso de cumprimento parcial da obrigação garantida em momento anterior ao da execução, nesta o credor pignoratício apenas poderá obter o valor do crédito ainda em falta).

<sup>1268</sup> Isso é particularmente evidente no direito espanhol (e, em certa medida, já o foi no nosso direito, quando se previa um procedimento especial de execução do penhor), uma vez que o credores comuns apenas poderão executar bens do património devedor depois do tribunal reconhecer a o incumprimento da obrigação garantida, enquanto para os credores pignoratícios e hipotecários o simples vencimento da obrigação garantida determina, “*sin necesidad de otros requisitos, la procedencia de ejecutar los bienes gravados, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentren, mediante el ejercicio de los oportunos procedimientos de naturaleza especial y acomodados a la propia esencia de la garantía cuestionada*” (de que constitui exemplo paradigmático a execução notarial do penhor - cfr. art.º 1872.º do CCE) - Albaladejo, Comentario cit., págs. 451 e 452.

<sup>1269</sup> Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 259.

Esse direito de satisfação exerce-se, essencialmente, por meio da venda do objecto do penhor ou da adjudicação em pagamento ao credor pelo valor fixado pelo tribunal (art.º 675.º, n.ºs 1 e 2),<sup>1270</sup> discutindo-se se as partes poderão amputar o penhor de alguma destas faculdades.<sup>1271</sup>

---

<sup>1270</sup> No direito italiano, a lei prevê também o recurso à venda do bem empenhado, (sujeita a regras particulares – cfr. art.ºs 2796.º e 2797.º do CCI) ou à adjudicação (art.º 2798.º do mesmo Código) em pagamento, não se encontrando esta última possibilidade dependente de um acordo nesse sentido, antes bastando um requerimento do credor (que, segundo Ciccarello, ob. cit., pág. 700, poderá ter lugar mesmo depois de iniciado o procedimento de venda) e uma autorização judicial (destinada a averiguar da inexistência de tentativas de afastamento da proibição do pacto comissório – cfr. sentença da Cassação de 24/6/1963, n.º 1711, citada por Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3661), sendo que a opção pela atribuição do bem em pagamento só poderá ser efectuada após o decurso do tempo previsto na intimação dirigida ao devedor, podendo ser solicitada independentemente do tipo de bem empenhado, fazendo-se a respectiva avaliação de acordo com uma perícia ou com o preço corrente ou de mercado (art.º 2798.º). Em termos semelhantes, no direito francês, o art.º 2078.º, além da proibir o pacto comissório ou a execução sem observância das formalidades previstas na lei (n.º 2), estabelecia que o credor podia, em caso de incumprimento, optar por requerer judicialmente a venda do bem empenhado em leilão ou a sua adjudicação em pagamento, após uma avaliação efectuada por peritos (n.º 1). Apesar da proibição de toda a execução contrária ao disposto no próprio Código, Guillouard, ob. cit., págs. 184 a 186, admitia a validade de uma cláusula prevendo a possibilidade de o credor vender o bem em leilão sem intervenção judicial (do mesmo modo, consentia a dispensa da ingerência judicial quando o credor disponha de um título executivo), por considerar que o interesse visado pela lei – protecção do devedor – era alcançado através da publicitação da venda e não pela intervenção judicial (contra, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 130 a 132 e Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 73 e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 284, por entenderem ser a intervenção da justiça indispensável para salvaguardar os interesses do devedor, mesmo quando o credor disponha de um título executivo), enquanto Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 117, admitiam a postergação, por decisão judicial, das formalidades de venda previstas na lei em caso de necessidade de venda dos bens empenhados (admitindo mesmo, neste caso, a venda particular, por entender tratar-se um acto de gestão de negócios). Quanto à adjudicação, era legítimo ao credor, em caso de incumprimento da obrigação garantida, requerer judicialmente a atribuição do objecto empenhado, pelo valor que fosse fixado por peritos, aceitando Guillouard, ob. cit., págs. 186, 187 e 192 e Troplong, ob. cit., pág. 113, que, havendo convenção nesse sentido, a apropriação pudesse ocorrer sem necessidade de intervenção judicial (contra, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 120 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 130), rejeitando, porém, a cláusula nos termos da qual o objecto seria atribuído em pagamento ao credor por um valor fixado no momento da celebração do contrato, por entender ser a mesma nociva para o devedor, que seria tentado a aceitar uma avaliação abaixo do real valor do bem, na esperança, tantas vezes ilusória, de liquidar a dívida no momento do seu vencimento (em consonância, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 129), admitindo também que a avaliação pudesse ser efectuada pelos juízes quando dispusessem de meios para o fazer, por exemplo quando os bens tenham um preço de mercado (do mesmo modo, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 120 e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 298 – este último admitia igualmente que o juiz pudesse efectuar uma avaliação diferente da realizada peritos). Com a reforma de 2006, a lei passou a dispor que o credor pignoratício poderá executar a garantia através de venda (a qual deverá obrigatoriamente e sem que as partes possam convencionar em contrário, nos termos gerais do processo executivo – art.º 2346.º), ou de atribuição judicial do bem empenhado em pagamento (devendo, neste caso, restituir o eventual excedente ao devedor ou, existindo outros credores, consigná-lo em depósito - art.º 2347.º), permitindo-se ainda, dentro de certos limites, que o credor se torne proprietário do bem onerado (art.º 2348.º): manteve-se, assim, a necessidade de a venda do bem empenhado tem que ocorrer judicialmente e de acordo com as regras do processo executivo comum (e não de forma particular ou extra-judicial), subsistindo, assim, a proibição das cláusulas de *voie parée*, o que não deixa de ser estranho face à abertura demonstrada relativamente às convenções comissórias – sobre este último aspecto, vide infra n.º 4 do Capítulo II); no que toca à atribuição em pagamento, deixou de se prever (contra a proposta do Groupe de Travail cit., pág. 12) a necessidade de determinação prévia, por parte de peritos, do valor do objecto da garantia (dispensável apenas no caso de o bem possuir uma cotação oficial). No direito espanhol, o art.º 1872.º do CCE (sobre este preceito, vide infra neste mesmo n.º) estabelece como modo preferencial de execução do penhor a venda conduzida por notário sem que, porém, a existência deste procedimento especial impeça o credor pignoratício de, querendo, usar o processo judicial de execução, actualmente vertido na Lei n.º 1/00, de 7 de Janeiro, conhecida como Lei de Enjuiciamiento Civil, da qual, aliás, constam algumas normas

---

específicas – cfr. art.º 681.º a 698.º - para a execução de bens previamente hipotecados ou empenhados (Puig Brutau, ob. e loc. cit., Reglero Campos, Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, págs. 452 e 453 e, principalmente, Caballol Angelats, Dimensión procesal de la ejecución de las garantías reales sobre cosa mueble, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 300 e segs., salientando este último que se trata de uma escola discricionária do credor, assistindo-lhe até o direito de prosseguir simultaneamente mais de uma destas vias). Este procedimento judicial executivo caracteriza-se pela sua rapidez, pela limitação ao objecto dado em garantia (mas sem prejuízo de posterior seguimento, em caso de não liquidação total da dívida, contra outros bens do devedor), pela restrição dos fundamentos de oposição invocáveis e pelo ónus do devedor alegar e provar a improcedência do pedido do credor (cfr. art.º 695.º e Caballol Angelats, ob. cit., pág. 305 e segs.), pelo direito do credor requerer a entrega directa em pagamento de alguns bens executados (tais como o dinheiro e os saldos de contas bancárias, divisas convertíveis ou qualquer outro bem cujo valor nominal coincida com o valor de mercado ou, ainda que inferior, o credor aceite a sua entrega pelo valor nominal – cfr. art.º 634.º, n.º 1) ou, ocorrendo a venda, as condições desta sejam acordadas pelas partes (embora tal acordo esteja sujeito ao crivo do juiz, a quem compete a respectiva aprovação - cfr. art.ºs 636.º, n.º 1 e 640.º e Priego Fernández, La prenda: realización del valor de la cosa pignorada. Distintas opciones del acreedor pignoraticio. Procedimientos alternativos a las subastas públicas, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 525) ou, não havendo tal acordo, esta possa, por decisão judicial, obedecer a um formalismo alternativo à hasta pública (nomeadamente a realização da venda por uma entidade especializada – cfr. art.ºs 636.º, n.º 2 e 641.º a 642.º): em qualquer caso, deverão ser estabelecidas regras sobre a avaliação dos bens executados (dando-se primazia à avaliação convencional e recorrendo-se à judicial, que se baseia no relatório de um perito, apenas na falta daquela – cfr. Priego Fernández, ult. ob. e loc. cit.). De igual modo, o procedimento previsto no art.º 1872.º não prejudica a existência de outros específicos para determinados tipos de penhor (cfr. art.º 1873.º para os montes de piedade), do mesmo modo que o regime comum das execuções estabelece regras específicas quando tenham sido empenhados valores mobiliários admitidos a negociação em mercado secundário ou em qualquer outro mercado regulamentado com preço oficial (art.º 635.º, n.º 1, remetendo para a legislação que regulamenta o funcionamento destes mercados) ou para as participações sociais não cotadas em bolsa (art.º 635.º, n.º 2, mandando aplicar as normas legais e estatutárias sobre a alienação das ditas participações e, no silêncio destas, determinando que a venda se faça através de notário). Por seu turno, no direito catalão, além das execuções notariais e judiciais previstas no direito espanhol, prevêm-se diversos procedimentos extrajudiciais de realização do penhor (venda directa, hasta pública notarial, realização de penhor sobre valores mobiliários com cotação oficial e de penhor sobre dinheiro), aos quais apenas é permitido recorrer depois de, uma vez vencido o crédito garantido e interpelado o devedor para pagamento, não ter sido apresentada oposição judicial no prazo de um mês, acompanhada da consignação em depósito ou da apresentação de aval por parte de uma entidade de crédito no valor da dívida (art.º 569-20 do Código Civil da Catalunha). Procurando caracterizar cada uma delas em termos sintéticos, diremos que a venda directa supõe o acordo prévio das partes formalizado em escritura pública e notificado aos titulares conhecidos de direitos reais sobre o bem em questão - no qual se deverá indicar a pessoa encarregue de efectuar a venda - não podendo o adquirente ser o credor pignoraticio, sob pena de violação da proibição do pacto comissório (nem mesmo quando não se consiga alienar a coisa nas condições acordadas). A realização notarial inicia-se com um requerimento dirigido pelo credor ao notário, devendo a data e o local da mesma ser publicitadas com um mínimo de 5 dias relativamente à data da sua celebração, devendo ser citados o devedor e o proprietário do bem e podendo estes opor-se até ao momento da adjudicação do bem (na hasta podem participar o proprietário e o próprio credor, mas o bem apenas lhe poderá ser adjudicado se, por falta de interessados, a primeira e a segunda hastas ficarem desertas, sem prejuízo de algumas restrições no que respeita à alienação de acções nominativas e de participações sociais). Quanto à execução de penhores sobre valores sujeitos a cotação oficial, aplicar-se-á o regime do Código Comercial, devendo o bem empenhado ser vendido no prazo de 3 dias úteis a contar da data de vencimento do crédito garantido (este prazo tão curto destina-se a evitar uma especulação, por parte do credor, relativamente ao preço dos valores empenhados), sem necessidade de citação prévia do devedor e/ou do proprietário do bem, entregando o credor ao organismo encarregue de gerir o mercado oficial uma cópia do documento comprovativo do seu crédito, entidade essa que promoverá a venda através da correspondente ordem pelo preço aplicável àquele valor no dia da venda. Finalmente, quando a garantia incida sobre dinheiro, o credor pode apropriar-se do objecto do penhor, sem necessidade de executar a garantia, bastando notificar antecipadamente o devedor e o empenhador, para que estes possam evitar aquela apropriação – acerca do direito catalão, vide Barrada Orellana, ob. cit., págs. 371 a 410 e 420 a

429 e Priego Fernández, ob. cit., pág. 528 a 530. O direito navarro, por sua vez e segundo Elsa Sabater Bayle, Las garantías reales en el derecho civil navarro, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 404, apesar de proibir o pacto comissório nos contratos de penhor, admite a validade da venda livre, sem sujeição a qualquer licitação ou controlo judicial ou notarial, o que permite que o credor “*venda la cosa objecto de la garantía por el importe de la deuda aunque sea muy inferior, con grave perjuicio para el deudor propietario del bien*”. Finalmente no direito alemão, a satisfação do credor ocorrerá normalmente através da venda do bem empenhado (§1228, n.º 1), sem prejuízo da possibilidade de satisfação através de depósito ou de compensação (§1224).

<sup>1271</sup> Não obstante, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 211 e 212, admite que as partes convençionem a não atribuição ao credor pignoratício do direito de venda, mas apenas o de se pagar pelos proveitos da coisa, dando vida a uma anticrese mobiliária desacompanhada do direito de venda do penhor. Também Rubino, Il pegno cit., pág. 267, aceita tal cláusula, mas entende que a mesma transforma o penhor num mero direito pessoal, compreendendo a posse e a apropriação dos frutos do bem em causa. Contra, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 695, argumentando estarmos perante uma consignação de rendimentos sobre bens móveis e esta não poder incidir, em regra, sobre bens móveis (art.º 656.º, n.º 1), Santos Justo, ob. cit., pág. 472 (alegando que o penhor é uma garantia real, pelo que o afastamento da venda traduzir-se-ia numa descaracterização do instituto), Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 379, nota 32 (configurando um penhor com estas características como atribuindo ao credor unicamente o direito aos frutos da coisa onerada e recusando a licitude desta cláusula tendo em conta a essencialidade do direito de alienar a coisa na garantia pignoratícia e, por outro lado, “*se crearía un derecho real no previsto por el legislador, que sería una especie de anticresis mobiliária (...) muy dañino para el tráfico, porque supondría sustraer un bien por un tiempo previsiblemente muy largo de la posibilidad de circulación*”), Diaz Moreno, ob. cit., pág. 390 (alegando que, se assim fosse, se desnaturaria o direito do credor pignoratício), Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 444 (pois, “*De un lado, porque se crearía un derecho de vinculación real no previsto y a expensas del legislador, que se plasmaría en el derecho de retención de la garantía y en la percepción de los frutos futuros. Y de otro lado, porque el bien quedaría sustraído a la circulación en tanto el deudor no pague o el acreedor no cobre la totalidad del crédito debido con los frutos. De otra parte, debemos descartar la validez de un gravamen que tenga carácter perpetuo, que obligue al propietario (deudor o no) a soportarlo indefinidamente*”) e Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 451 a 453 (considerando que o *ius distrahendi* é essencial para a qualificação do penhor como direito real, de modo que se o mesmo está ausente, por pacto ou renúncia, não estaremos perante um direito real de garantia); no direito italiano, Protetti, ob. cit., pág. 288, Ciccarello, ob. cit., pág. 699, Gabrielli, Il pegno cit., págs. 320 e 321 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 119, considerando nulos tais pactos, uma vez que o reconhecimento de direitos reais apenas compete ao legislador, desse modo se evitando a criação de vínculos que tenham por efeito a subtracção de bens do comércio jurídico, efeito este que se produziria e por tempo indefinido caso fosse admitida tal cláusula (quanto aos efeitos da nulidade, os dois últimos Autores mencionados afiançam que estes apenas respeitam a terceiros, dando o pacto origem a um vínculo de garantia com efeito apenas entre as partes - com o conteúdo de facilitar ao credor a retenção e a percepção dos frutos do bem – pelo que o terceiro adquirente a quem o devedor houvesse alienado o bem poderá reclamar a sua entrega ao credor. Pelo contrário Protetti, ob. e loc. cit., entende que a nulidade afecta igualmente as relações entre o devedor e o credor pignoratício), enquanto Guillarte Zapatero, ob. cit., pág. 558, sustenta que o acordo que exclui a venda do bem onerado deve ser considerado ineficaz (admitindo, porém, que se convençione a exigência de requisitos mais apertados do que os legalmente previstos para a venda, desde que a sua observância não inviabilize a alienação do bem). Outros admitem que o credor possa renunciar a um dos mecanismos - venda ou adjudicação - legalmente ao seu dispor para executar a garantia, mas não aos dois conjuntamente (Faggella, ob. cit., pág. 128 e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 286 e 287, este último apontando o penhor de dinheiro como um caso em que o credor nem sequer dispõe de opção, por ser inconcebível a sua venda), enquanto Guillouard, ob. cit., pág. 195 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 117, advogam a invalidade da renúncia a qualquer desses meios. Finalmente, refira-se que Gabrielli, Gorla e Zanelli, Protetti, ults. obs. e locs. cit. e Faggella, ob. cit., págs. 129 e 130, se pronunciam a favor da validade do pacto que impeça a venda abaixo de um determinado preço, desde que esse limite seja razoável (se esse limite tornar praticamente impossível a venda, caberia ao juiz autorizar a venda a um preço que entenda conveniente).

A opção por um ou outro dos instrumentos colocados ao dispor do credor pignoratício pelo ordenamento jurídico caberá ao credor, constituindo um reflexo da liberdade de realização da garantia que lhe assiste.<sup>1272</sup>

Para além disso, existem no nosso ordenamento<sup>1273</sup> normas especiais relativas à execução (que se afastam, em maior ou menor medida, do processo executivo comum) de determinados tipos de penhores, incidindo principalmente sobre as modalidades da venda, atendendo à natureza do bem onerado ou à identidade do credor pignoratício, dentre as quais cumpre salientar o art.º 401.º do Código Comercial<sup>1274</sup> (permitindo a

---

<sup>1272</sup> Também no direito gaulês, a opção entre os diversos meios de execução disponibilizados pela lei cabia ao credor, não sendo sindicável pelo tribunal (Weil, ob. cit., pág. 95, Guillaud, ob. cit., pág. 189, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 119, Troplong, ob. cit., pág. 112, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 118 e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 285 e 286, precisando este último que o poder de decisão do tribunal apenas existiria quando o credor efectuasse um pedido alternativo ou não efectuasse qualquer escolha: em tais casos, Planio, Ripert, Becquè., ob. e loc. cit., entendiam que o tribunal deveria dar primazia à modalidade que melhora tutelasse o credor; ao invés, Mestre, ob. e loc. cit., entendia dever o juiz decidir em função dos interesses do empenhador e, por isso, inclinar-se para a adjudicação), decisão essa que seria irrevogável partir do momento em que existia uma decisão definitiva (neste sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 286, apontando como exemplo a possibilidade de o credor, depois de ter requerido a adjudicação mas antes da avaliação do bem, solicitar a venda do mesmo): os últimos Autores citado aludem mesmo a um princípio da liberdade da realização da garantia, ou melhor, de escolha das medidas de execução forçada (embora com limites, especialmente o decorrente da teoria do abuso do direito – especialmente quando o credor actue de forma imprudente ou desproporcionada, tendo em conta o fim visado pela execução - muito embora reconhecendo a parca utilização da mesma por parte dos tribunais), como corolário do princípio de liberdade de escolha das garantias reais. Também Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 141 e 142, colocam nas mãos do credor a opção pelos meios de execução colocados ao seu dispor, precisando que tal faculdade é irrenunciável e negando que a mesma caiba ao constituinte da garantia (do mesmo modo, vide o aresto da Cassação de 24/6/1963, n.º 1711 citado por Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3661), esclarecendo ainda que o devedor não poderá requerer ao juiz que, em vez da adjudicação, proceda à venda do bem, não podendo o juiz opor-se à opção efectuada pelo credor (em termos análogos, Mirabelli, ob. cit., pág. 442, realçando que, caso o juiz dispusesse da faculdade de impor ao credor atribuição em pagamento do objecto empenhado, tal significaria uma aquisição contra a vontade daquele; pelo contrário, Faggella, ob. cit., pág. 127, admite que o devedor possa requerer ao juiz a opção pelo procedimento não solicitado pelo credor, devendo esse pedido ser aceite se os interesses do credor ficarem devidamente acautelados).

<sup>1273</sup> O mesmo se passa, conforme já decorre da exposição anterior, noutros ordenamentos,

<sup>1274</sup> A interpretação deste preceito, ou melhor, a sua compatibilização com o regime do Código Civil, suscita diversas interrogações. Desde logo, se, no caso do penhor mercantil, não será necessária a estipulação das partes para proceder à venda extra-judicial, bastando ao credor entregar os valores a um corrector para venda ou, pelo contrário, se o art.º 401.º do Código Comercial apenas visa garantir o recurso a um profissional qualificado, sendo aplicável quando as partes tenham previamente acordado na venda extrajudicial, nos termos do art.º 675.º (Fazenda Martins, Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários, in Direito dos valores mobiliários, Lex, Lisboa, 1999, págs. 112 e 113, perfilha o primeiro entendimento, sugerindo que “*se pretende fixar um procedimento expedito e suficiente para a execução de dívidas mercantis garantidas por penhor e não apenas caucionar o recurso, em qualquer espécie, aos serviços de um intermediário profissional para a venda*”; a posição contrária é sustentada por Isabel Andrade de Matos, O pacto comissório - contributo para o estudo do âmbito da proibição, Almedina, 2006, págs. 137 e 138, por ser “*mais consentânea com as limitações e as cautelas necessárias à protecção dos interesses do devedor que, de outro modo, poderia ver os valores empenhados serem vendidos extraprocessualmente sem o seu consentimento*”; já Rui Pinto Duarte, ob. cit., pág. 236, escreve que este preceito “*não tem (nunca teve) o sentido de, por si só, autorizar a venda extrajudicial, mas apenas o de indicar uma modalidade possível de venda, mesmo na execução judicial*”; finalmente, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 51, atesta que esta é uma modalidade de venda a que as partes podem recorrer como alternativa à execução executiva ou particular. Outra dúvida, reside na eventualidade deste preceito contender com a proibição do pacto comissório, respondendo negativamente Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 113 e 114 (acrescentando que a expressão “*corrector*”, usada pelo legislador, deve actualmente ter-se por referida aos “*intermediários financeiros com capacidade para dar ordens*”) e Fazenda Martins, ult. ob. e loc. cit., sustentando este último que a proibição apenas pretende evitar a apropriação, por parte do credor pignoratício, de bens de valor superior ao do crédito garantido, pelo que



venda do penhor mercantil, independentemente do seu objecto, através de corrector, desde que notificado o devedor)<sup>1275</sup> e os art.ºs 19.º e segs. do Decreto-Lei n.º 365/99, de

---

não alcança a alienação efectuada ao abrigo do art.º 401.º do Cód. Com., porquanto esta é efectuada por meio de pessoa idónea e independente do credor (aliás, segundo o mesmo Autor, tendo os bens em questão um preço corrente, a avaliação do bem é efectuada de acordo com o juízo do mercado, dando o credor ordem ao corrector para efectuar a venda ao preço correspondente à última cotação. A única ressalva diz respeito aos valores que não tenham, por qualquer motivo, liquidez, mas, mesmo neste caso, a apertada supervisão e os deveres de diligência na execução das ordens de venda a que se encontram sujeitos os correctores afasta as eventuais dúvidas). Finalmente, discute-se ainda se o preceito se encontra em vigor – para uma resposta negativa, vide, nomeadamente, Sofia Maltez, Penhor de acções, Relatório de mestrado, 2006, Biblioteca da FDUL, pág. 56, ancorando a sua posição na desactualização do regime nele contido; defendendo, ao menos implicitamente, a sua vigência, vide, por todos, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 51.

<sup>1275</sup> A maior rapidez do tráfego comercial desde sempre não se compadeceu com o maior formalismo da lei civil, pelo que também em França o art.º 93.º do anterior Código Comercial já permitia ao credor pignoratício, oito dias depois de notificar o devedor e sem necessidade de autorização judicial, efectuar a venda pública dos bens dados em garantia (cfr. Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 72) – actualmente, o art.º L521-3 do Code de Commerce vigente permite ao credor, na falta de pagamento do seu crédito na data de vencimento, efectuar a venda pública dos bens empenhados (nos termos e nas condições fixadas nos art.ºs L322-9 a L322-13 do mesmo Código) oito dias após a notificação ao devedor (sem que a convenção das partes possa afastar esta possibilidade), vendas estas de que são encarregues os “correctores” (excepto no caso de vendas de que sejam encarregados os prestadores de serviços financeiros ou, em geral, se o presidente do tribunal do comércio, a requerimento das partes, indicar outros oficiais públicos): todavia, o credor pode sempre optar por, em alternativa, solicitar a atribuição judicial em pagamento, nos mesmos termos do penhor civil. Do mesmo modo, o §1259 do BGB suaviza as exigências de realização do penhor quando se trate de penhor comercial, admitindo que as partes acordem na venda de bens com um preço de bolsa ou de mercado pelo credor pignoratício ou por um terceiro, através de negociação particular ao preço corrente ou, em alternativa, que a propriedade da coisa caiba ao credor no momento do vencimento do crédito (deste modo afastando, ao menos aparentemente, a proibição das convenções comissórias), atribuindo-se ao crédito o valor correspondente ao preço de bolsa ou de mercado dos bens empenhados no dia do seu vencimento, como se tivesse sido pago pelo proprietário. No direito espanhol, os art.ºs 196 e segs. do Código Comercial prevêem um procedimento especial de execução dos *warrants* constituídos sobre mercadorias depositadas em armazéns gerais, nos termos do qual o credor pode requerer a estas entidades depositárias que procedam à alienação dos bens onerados, a qual decorrerá em termos bastantes céleres (contudo, Reglero Campos, Ejecución cit., págs. 460 e 461, salienta que este procedimento não é extensível a outros títulos representativos de mercadorias, para cuja execução deverá seguir-se o procedimento de execução comum), enquanto os art.ºs 320.º a 324.º do mesmo regulam a execução de créditos decorrentes de empréstimos (incluindo aberturas de contas correntes de crédito, desde que, no caso destas últimas, as partes tenham convencionado que, em caso de execução, a quantia exequenda será a especificada num documento emitido pelo credor – De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 252) garantidos por valores (Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 479 e segs., admite que as partes possam pactar um procedimento diferente – por exemplo, com prazos diversos - desde que se garanta a não violação da proibição do pacto comissório e a alienação seja efectuada por um membro do mercado no qual os valores são negociados; também Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 413 e 414, aponta no mesmo sentido, desde que não seja violado o limite decorrente da proibição das convenções comissórias; por seu turno Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 474 e 475, aponta como requisito perceptivo a intervenção de um membro do mercado no qual os valores onerados são negociados), admitidos a negociação em mercados oficiais secundários, como as bolsas de valores ou o mercado de dívida pública (os não negociáveis deverão alienar-se nos termos previstos para o penhor comum: é o que sucede, segundo afirma Malo Concepción, ob. cit., pág. 844 e segs., como as participações em fundos de investimento mobiliários; recusam a extensão deste procedimento a valores que não cumpram este requisito Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 305, Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., pág. 676 e Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 225), exigindo, ainda, a verificação cumulativa de diversos requisitos, a saber, que o empréstimo (é discutível se também a constituição da garantia tem que obedecer a estes requisitos formais, respondendo negativamente Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 465 - sobretudo porque as acções cotadas em bolsa assumem a forma escritural e “goza ya de un sistema de comprobación y supervisión de determinadas entidades que le otorga suficiente seguridad y garantía, pudiendo el organismo rector del mercado comprobar la existencia y veracidad de la prenda sobre esos valores a través de otros medios (...) sin que sea necesario que se haya otorgado en documento público”

– e De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 253, especialmente tendo em conta que alguns penhores, como os de valores mobiliários escriturais, não têm que ser celebrados por documento público) se tenha constituído através de escritura pública ou de documento autenticado por um Corredor de Comercio Colegiado (e, para proceder à execução, deverá o credor demonstrar o registo da garantia dos valores escriturais, exibindo o correspondente certificado comprovativo dessa inscrição), da qual conste uma suficiente identificação dos valores dados em garantia (a forma genérica e vaga com que a lei impõe esta identificação constitui, segundo Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 403 e 404, “*un argumento importante para defender en el Derecho español la posibilidad de sustituir los elementos concretos que componen una prenda de valores sin que se considere modificado su objeto*”; termos paralelos, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 466 e 467, alegam que a formulação legal “*no se debe tanto a un descuido en la dicción del precepto, como a la preclara intención de abrir una vía a la admisibilidad de la sustitución de unos valores por otros*”, partindo da qualificação do penhor como garantia que incide, não tanto sobre concretos bens, mas antes sobre o seu valor económico), valores esse que têm de se encontrar admitidos à negociação num mercado secundário oficial e que, ao requerer a execução, o credor entregue aos organismos gestores do mercado negocial estes documentos e valores ou o certificado comprovativo da inscrição da garantia e, por último, que a execução seja iniciada no prazo de 3 dias a contar da data de vencimento do empréstimo. No que diz respeito ao procedimento de execução e apesar de a lei não o regular minuciosamente (designadamente ao nem sequer prever a necessidade de citação do devedor - silêncio este que Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 309, interpreta como devendo-se à existência de um preço de mercado para estes bens, sobre o qual a actuação do devedor e do credor é irrelevante – nem de hasta pública), o mesmo terá que ser instaurado no prazo de 3 dias úteis a contar da data de vencimento da obrigação garantida (prazo este que pode ser ampliado por acordo das partes - Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 473, mas apenas desde que não excessivamente e com a notificação do devedor - e cuja exiguidade é criticada por Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 467, pois, para além de não “*defender convenientemente los intereses del constituyente de la prenda, perjudica tanto al acreedor como al deudor y en su caso al tercero pignorante*”, embora reconhecendo que a sua ratio é a de “*obstaculización a presumibles prácticas especulativas por parte del acreedor dadas las oscilaciones de los precios en los mercados*”; de acordo com De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 256, tal prazo justifica-se pela volatilidade dos preços deste tipo de bens, embora o Autor considere que tal prazo é para se iniciar o procedimento e não para a sua conclusão), sem necessidade de intimação para pagamento ao devedor ou ao constituinte da garantia (o que, segundo De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 256, pode ser explicado pela existência de um preço de mercado dos bens exequendos, que as partes são impotentes para alterar), começando pela designação do intermediário bolsista que efectuará a venda, a qual deverá ocorrer (após a comprovação da regularidade formal do pedido e que exige a junção do contrato principal, do contrato de garantia e de outros exigidos pelo mercado em que os valores sejam negociados) no dia em que recebeu a comunicação do credor (ou, o mais tardar, no dia seguinte, como sucederá se a venda se encontrar dependente de autorizações administrativas prévias). Para além de tudo isto, importa ainda salientar que o art.º 324.º do Código Comercial vem reforçar a protecção do credor pignoratício contra uma eventual reivindicação por parte do proprietário do bem que não tenha constituído ou consentido na constituição da garantia, não podendo a reivindicação lograr sucesso mesmo em caso de perda, furto ou privação legal (Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 408 e 409 e Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 468, considerando este último que a posse do credor pignoratício se torna inatacável). Inversamente e na medida em que a venda se fará através de uma ordem que produza a transferência do direito, sem necessidade citação prévia do devedor ou do proprietário dos valores onerados, surge um problema atinente à protecção dos direitos do devedor – uma vez que a lei não consente que este oponha qualquer excepção, nem discuta a quantia com base na qual o credor intenta a execução, residindo a única medida de controlo na comprovação que o organismo supervisor deve efectuar antes de proceder à alienação, comprovação esta que será de natureza meramente formal -, entendendo Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 476 e segs. que, por precaução, o devedor deverá notificar imediatamente a entidade gestora e solicitar o cancelamento da inscrição, em caso de extinção, total ou parcial, da obrigação garantida). Finalmente, importa verificar em que medida este regime se afasta do previsto para a generalidade dos penhores (cfr. art.º 1872.º do CCE), noticiando Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 468 e segs., a desnecessidade de citação do devedor (justificada com a existência de um mercado bolsista que proporciona um preço objectivo, assumindo particular relevo na tutela da posição do empenhante a figura do membro do de mercado, cuja intervenção é obrigatória) e a imposição de um prazo curto para a sua instauração (conjugado com a obrigação do organismo encarregue da venda a efectuar no mesmo dia em que tenha sido solicitada ou, o mais tardar, no dia seguinte).

em condições especiais e sem necessidade de recurso à via judicial),<sup>1276</sup> muito embora, ao contrário de outros, o ordenamento pátrio não consagre soluções autónomas no que diz respeito à alienação executiva de valores mobiliários.<sup>1277</sup>

Contudo, o art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/04, de 8 de Maio, admite, no penhor financeiro, que o credor possa fazer seus os instrumentos financeiros dados em garantia, desde que tal tenha sido convencionado pelas partes e se houver acordo relativamente à

---

<sup>1276</sup> Mais concretamente, estes preceitos permitem que o estabelecimento prestamista, em caso de mora por período superior a três meses, venda o bem empenhado por meio de proposta em carta fechada, em leilão ou por venda directa a entidades que, por determinação legal, tenham direito a adquirir determinados bens, não podendo, em qualquer caso, o valor base de licitação das coisas em venda ser inferior ao valor da avaliação efectuada no momento da celebração do contrato (art.ºs 11.º, n.º 3, alínea a) e 20.º, n.ºs 1 e 2). Estas vendas são abertas a qualquer interessado, incluindo o prestamista (art.º 27.º), podendo, no entanto, o bem empenhado ser resgatado pelo mutuário até ao momento da adjudicação (art.º 26.º). Finalmente, atendendo ao silêncio do diploma a esse respeito, Isabel Matos, ob. cit., pág. 159, advoga que a proibição do pacto comissório também vigora neste domínio.

<sup>1277</sup> No direito espanhol, o procedimento específico consagrado nos art.ºs 320.º e segs. do Código Comercial será unicamente aplicável aos valores admitidos a negociação num mercado oficial, abrangendo assim os valores públicos e privados representados por títulos ou através de anotações em conta (para valores não admitidos a negociação nos mercados oficiais, restará o recurso ao procedimento extrajudicial consagrado no art.º 1872.º do CCE e que prevê a execução através de notário: em qualquer dos casos (valores admitidos ou não admitidos a negociação), resta sempre a alternativa da via judicial, a qual, segundo o Autor, “es recomendable, cuando el valor de realización de las acciones pignoradas en un procedimiento extrajudicial resulta insuficiente para satisfacer la deuda derivada de la obligación garantizada”. No direito francês, Daniel Fasquelle, *Le nantissement des valeurs mobilières*, in RTDC, 1995, pág. 29 e segs., destaca a inaptidão das vias normais de execução para o penhor de valores mobiliários, razão pela qual a lei admite, para os que se encontrem cotados num mercado secundário, a venda através de intermediário financeiro habilitado para o efeito (sem prejuízo para o devedor, atendendo à cotação oficial que tais bens possuem), surgindo a atribuição judicial como uma alternativa não descartável (normalmente, esta via apresenta o inconveniente, para o credor, de o tornar proprietário de um bem do qual não carece e cuja revenda se pode revelar difícil ou mal sucedida: todavia, no caso dos valores mobiliários – especialmente os cotados – tais inconvenientes são paliados pela relativa facilidade de cessão dos mesmos no mercado bolsista e pela relativa ausência de depreciação de tais valores), muito embora apresente a desvantagem de a atribuição ter que ser judicialmente decretada – com as demoras e custos inerentes - no seguimento de uma avaliação realizada por peritos (o Autor, no entanto, descarta a necessidade desta avaliação quando sejam empenhados títulos cotados em bolsa, atendendo a que esta cotação fornece o valor dos bens). Actualmente, o n.º 5 do art.º L211-20 do Code Monétaire et Financier determina que “*Le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, réaliser le nantissement, civil ou commercial, huit jours — ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte — après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti*”. Esta intimação, nos termos do art.º D211-12, deverá conter, sob pena de nulidade, a indicação que, em caso de falta de pagamento, a garantia poderá ser executada no prazo de 8 dias (ou de outro eventualmente acordado pelas partes) e a menção que o titular da conta empenhada poderá, até ao termo daquele prazo, dar a conhecer ao gestor da conta a ordem pela qual as quantias ou os instrumentos financeiros deverão ser atribuídos em propriedade ao credor ou vendidos, cabendo a opção por uma destas duas modalidades ao credor. Não existindo, ainda assim, cumprimento da obrigação garantida, o credor pignoratício notifica o gestor da conta empenhada para que este proceda à execução da garantia (art.º D211-13, n.º 2), a qual terá lugar de modo diverso para as somas em dinheiro constantes da conta (mediante transferência directa da propriedade para o credor pignoratício) e para os instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado regulamentado (através da sua venda num mercado da mesma índole ou da atribuição da propriedade da quantidade indicada pelo credor pignoratício, de acordo com a última cotação disponível no mercado regulamentado) – art.º D211-12. Relativamente aos demais instrumentos financeiros não enumerados no n.º 5 do citado art.º L211-20, a execução decorrerá, por força da remissão contida no n.º 6 do mesmo artigo, nos termos do Código Comercial (acerca deste último procedimento, vide o que se disse supra neste mesmo n.º 8 do Capítulo I).

avaliação dos instrumentos financeiros, sem prejuízo de o credor ficar obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante do crédito garantido.<sup>1278</sup> esta solução vai para além da mera criação de uma modalidade de venda dos bens empenhados, permitindo mesmo que a execução de uma garantia com semelhante objecto prescindia dessa mesma alienação.

Tendo em conta que os credores habilitados a recorrer a estas formas especiais de venda não ficam precludidos de recorrer às vias comuns de alienação, coloca-se a dúvida, havendo mais do que um credor pignoratício e não existindo acordo quanto à modalidade de execução a seguir, qual a forma de realização da garantia.<sup>1279</sup>

Existe, ainda, o procedimento especial de execução quando o empenhante se encontre em processo de insolvência,<sup>1280</sup> (cfr., em especial, o art.º 149.º e segs. do CIRE), merecendo especial destaque a preferência dada à venda conjunta do estabelecimento, apenas apontando para a venda separada dos elementos que o compõem quando não haja proposta satisfatória para a aquisição global ou se reconheça existirem vantagens na alienação parcelar (art.º 162.º, n.º 1) e as regras ditadas para a graduação de créditos, as quais embora não afastando o regime substantivo do concurso de credores (cfr. art.º 172.º e segs.), possui algumas especificidades derivadas da extinção dos privilégios creditórios e de outras garantias que decorre da declaração de insolvência (cfr. art.º 97.º)<sup>1281</sup> e da classificação dos créditos sobre a massa insolvente

---

<sup>1278</sup> Esta última excepção vale igualmente par ao direito italiano, nos termos do art.º 4.º do d. lgs. n.º 170, de 21/5/2004, que impõe como única limitação os deveres do credor informar, por escrito, o órgão encarregue de um eventual processo de falência em curso contra o empenhante e, ainda, de devolver um eventual excesso (cfr. Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 177).

<sup>1279</sup> Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 177 e segs., distingue consoante os diversos credores pignoratícios tenham ou não o mesmo grau de preferência: na primeira hipótese, assegura que a solução não poderá deixar de ser a de “*scegliere la forma di esecuzione che offre le maggiori garanzie al debitore e ai creditori*” (por exemplo, quando um pretenda vender pelo preço comum e outro através de leilão, sustenta ser preferível esta última modalidade, tendo em conta que para algum dos licitantes o bem pode ter um valor subjectivo superior ao valor de mercado); já no caso de um dos credores ter uma preferência sobre os demais, o direito do credor não preferente está limitado pelo do seu congénere anterior, não só no que respeita ao valor da coisa (apenas o remanescente após a satisfação do primeiro), mas igualmente no que concerne a todos os direitos do outro credor que, eventualmente, estejam em conflito com os seus, designadamente o direito de adjudicação (direito que o Autor nega possa ser invocado pelo segundo credor, mesmo se o seu crédito se vença antes do primeiro, devendo antes “*attendere la scadenza del debito anteriore e soltanto quando il creditore di grado poziore non vi si opponga, egli userà del diritto di aggiudicazione. La facoltà di scelta (vendita o aggiudicazione) è acquistata col contratto al creditore anteriore, il quale durante il pegno non può subire imposizioni da un creditore pignoratizio sopravvenuto*”).

<sup>1280</sup> Acerca da venda em processo de falência no direito italiano, Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 176 e segs., abordando especialmente a questão de saber se, em caso de penhor concedido pelo falido em benefício de uma dívida alheia, a pretensão do titular da garantia deveria ser exigida em sede falimentar (respondendo afirmativamente, alegando que no processo de falência deverão ser examinados, não apenas os créditos reclamados ao falido, mas igualmente “*diritti di natura reale, quali che consentono ai terzi di rivendicare le cose mobili possedute dal falito*”: deste modo, uma vez reconhecido o direito de preferência do credor, o administrador da insolvência deverá agir, com base no direito de regresso, contra o terceiro cuja dívida havia sido garantida pelo falido). Na hipótese inversa de ter sido prestada uma garantia por terceiro para assegurar um débito do falido, o mesmo Autor (ob. cit., pág. 171) sustenta que o crédito do credor será admitido como quirografário, embora se o credor vender o bem e satisfizer o seu crédito, a sua pretensão para com o falido extingui-se-á.

<sup>1281</sup> Acerca desta norma, vide supra n.º 9 do Capítulo I. Merecem especial referência, na óptica do credor pignoratício, as alíneas d) - que determina a extinção das garantias que não sejam independentes de registo, sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórias de créditos sobre a insolvência e já constituídas, mas ainda não registadas nem objecto de pedido de registo - e a alínea e), respeitante às garantias sobre bens da massa insolvente acessórias de créditos subordinados

efectuada por lei (cfr. art.ºs 47.º a 51.º e 98.º e, muito em particular, a figura dos créditos subordinados, os quais merecem ao legislador um tratamento francamente desfavorável, sendo pagos mesmo depois dos créditos comuns – art.º 177.º).

Ainda em sede falimentar, cumpre esclarecer qual a eventual sujeição ao regime insolvential das garantias de natureza fiduciárias, ou seja, que impliquem a transferência da propriedade do bem onerado para o credor, como sucede, pelo menos segundo alguns, com o penhor irregular.<sup>1282</sup>

## 8.1 - Adjudicação

Começando pela adjudicação, a opção por esta modalidade produzirá a transferência da propriedade do bem em questão para o credor pignoratício adjudicatário, sem prejuízo do dever de devolução do excedente do valor do bem face à importância do crédito garantido,<sup>1283</sup> operando assim uma dação em pagamento.<sup>1284</sup>

---

(enumerados no art.º 48.º): em qualquer destes casos, o credor pignoratício perde a sua garantia, sendo o seu crédito degradado para a posição de comum.

<sup>1282</sup> Uma vez que o credor se torna proprietário do bem onerado, torna-se necessário coordenar a função de garantia com a transferência da propriedade para o credor, com o inerente direito de disposição. A respeito da cessão de créditos em garantia (mas com aplicação, segundo o mesmo Autor, aos demais negócios de matriz fiduciária), Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., págs. 962 e 963, admite a aplicação analógica do art.º 104.º do CIRE, norma ditada para a reserva de propriedade (uma vez que, em seu entender, “*esta norma regula uma questão mais ampla, qual seja a da admissibilidade do recurso à titularidade de um direito com função de garantia e estabelece um regime insolvential potencialmente aplicável a outras figuras além daquelas aí directamente previstas que recorram a um instrumento garantístico semelhante*”) e do regime geral do art.º 102.º (que consente ao administrador da insolvência escolher entre o cumprimento ou não do negócio): ou seja, se optar por cumprir, “*a dívida do insolvente torna-se dívida da massa, mas o crédito objecto da garantia só se tornará parte da mesma quando o credor garantido cumprir a obrigação de retransferência que só surge em seguida ao cumprimento (pelo administrador) das obrigações garantidas*” (se o administrador, depois de optar pela execução, vier, afinal, a não cumprir, pode o credor recorrer ao meio de actuação da garantia); optando, pelo contrário, pelo incumprimento, o credor terá o direito a ser indemnizado, contabilizando-se, para o efeito, os danos decorrentes de tal incumprimento. Neste contexto, a jurisprudência italiana oscila entre a desnecessidade de o credor reclamar o seu crédito na falência do devedor (alegando que, com a abertura do processo, o crédito se extingue “*in forza di una mera operazione contabile, che consiste nell'imputare il valore dei beni fungibili ricevuti in garanzia, ed entrati nel patrimonio del creditore, all'obbligazione rimasta inadempita*”, cabendo-lhe apenas devolver um eventual excesso) e decisões que outras lhe impõem esse ónus (acentuando a função de garantia do instituto e desvalorizando a transferência da propriedade para o credor): em face desta dissonância, o aresto do Plenário da Corte de Cassação de 4/5/2001 adoptou o primeiro entendimento, reconhecendo que a necessidade de reclamação de créditos é excluída em razão da possibilidade de satisfação do crédito fora do concurso (*maxime* por via de compensação) e sobre bens que não pertencem ao património do devedor falido (posição esta corroborada pelo art.º 4.º do regime do penhor financeiro). Sobre este assunto, Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 216 e segs..

<sup>1283</sup> Gabrielli, Il pegno cit., págs. 344 e 345, precisando que esse excesso será devolvido ao empenhador ou, caso existam outros credores deste, colocado à sua disposição.

<sup>1284</sup> Qualificam a atribuição como uma dação em pagamento Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 121 (retirando dessa qualificação a consequência de, a partir da data em que o juiz aceite a pretensão do credor pignoratício, este se tornar proprietário do bem, não podendo o anterior proprietário reclamá-lo), Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 118, Weil, ob. cit., pág. 94. Porém, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 291, discordam dessa qualificação, porquanto a atribuição dispensa o consentimento do devedor/empenhador (em termos aproximados, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 72 e Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 548, falando de uma dação em pagamento forçada). Já Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 206, alude a uma controvérsia entre a sua qualificação como dação em pagamento (alegando a Autora que comunga dos traços desta figura pela realização do pagamento através de um objecto distinto do inicialmente previsto, mas dela se afasta por os seus efeitos de produzirem por decisão judicial e não por convenção das partes) e exercício indirecto do direito de preferência.

Esta alternativa, já prevista do Código Civil de 1867 (art.º 864.º),<sup>1285</sup> poderia constituir uma porta aberta para contornar a proibição do pacto comissório,<sup>1286</sup> pelo que o n.º 2 art.º 675.º do actual Código Civil exige que a adjudicação seja efectuada por um valor a fixar pelo tribunal.<sup>1287</sup>

Porém, o interesse do credor em socorrer-se desta forma de execução da garantia está directamente relacionado com natureza do bem empenhado, mais concretamente com a maior ou menor dificuldade de revenda do bem.<sup>1288</sup>

A grande vantagem, para o credor, do recurso a esta via poderá ser evitar o concurso de credores (conseguindo, deste modo, superar os detentores de causas de preferência legalmente prioritárias) - contudo, importa considerar os legítimos interesses dos terceiros credores do empenhante, cujos direitos serão preteridos, pois, em caso de venda, tais preferências suplantarão a do credor pignoratório.<sup>1289</sup>

---

<sup>1285</sup> Nos termos desse preceito, as partes podiam acordar que o credor se pagasse com o penhor pela avaliação feita por louvados nomeados de comum acordo. Em face do teor desta norma, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 254, admitia mesmo uma avaliação previamente acordada, no momento do surgimento da obrigação garantida (desvalorizando o facto de o devedor se encontrar, nesse momento, num hipotético estado de necessidade), enquanto Alberto dos Reis (*apud* Isabel Matos, ob. cit., pág. 130), repudiava tal convenção, invocando os mesmos fundamentos que sustentam a proibição do pacto comissório. Em face do actual regime, Isabel Matos, ob. cit., págs. 130 e 131, adere a este segundo entendimento, invocando que a necessidade de avaliação judicial não pode deixar dúvidas relativamente à invalidade de semelhante convenção.

<sup>1286</sup> Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 331, entende que a autorização prévia do juiz permite contornar a proibição do pacto comissório, traduzindo-se a adjudicação em pagamento num pacto marciano, uma vez que o credor deve restituir um eventual excesso de valor do bem onerado face ao crédito garantido (exigindo, inclusive, a autorização judicial para o caso de penhor irregular, no qual os bens em questão já se haviam tornado propriedade do credor).

<sup>1287</sup> Realça este aspecto Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 181 e 182 (advertindo que “*se a avaliação fosse feita pelo próprio credor ou por qualquer pessoa por si escolhida, o devedor ficaria sujeito aos perigos e inconvenientes que a proibição do pacto comissório visa acautelar*”). Em França e mesmo antes da reforma de 2006, já o art.º 2078.º do CCF atribuía a qualquer credor pignoratório a faculdade de requerer a atribuição judicial do bem empenhado, mesmo que se tratasse de um penhor sem desapossamento e salvo raras excepções (a mais relevante das quais respeitava ao penhor de estabelecimento comercial). De acordo com Philippe Delebecque, *L’attribution du bien, l’originalité du gage commercial*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 127 e segs., a opção de requerer a atribuição do bem em pagamento torna-se irreversível a partir do momento em que a decisão judicial nesse sentido transite em julgado (devendo o juiz recusar o pedido de atribuição apenas em caso de inexistência do crédito ou de contestação por parte do devedor ou de terceiros), podendo mesmo ser solicitada no caso de o bem originário ter sido, por efeito de sub-rogação, substituído por outro (pois, como salienta o Autor, “*C’est le bien qui se trouve actuellement grevé par le gage qui susceptible d’attribution et pas nécessairement le bien initial*”) e cabendo a avaliação do bem a um perito designado para o efeito (embora o Autor saliente que o resultado da perícia não é vinculativo para o juiz, podendo este optar por uma avaliação diversa, desde que devidamente fundamentada – no mesmo sentido, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 444). No que respeita à atribuição extra-judicial, a mesma enfrentava os escolhos resultantes da proibição do pacto comissório (sobre esta, vide infra n.º 4 do Capítulo II) e das cláusulas de *voie parée* (da qual decorre a interdição de todas as cláusulas que permitam ao credor dispor do bem empenhado sem respeitar as formalidades previstas na lei, embora também a este respeito a jurisprudência admita alguns desvios, validando, por exemplo, a estipulação em que o credor se arroga o direito de solicitar a atribuição do bem em caso de a venda ter ficado deserta).

<sup>1288</sup> Philippe Delebecque, *L’attribution du bien cit.*, pág. 125.

<sup>1289</sup> Salienta este aspecto Philippe Delebecque, ob. cit., pág. 125, assegurando, por outro lado, ser a necessidade de protecção destes outros credores (e do próprio devedor) a reclamar que a atribuição do bem em pagamento ao credor tenha que ser realizada judicialmente. Em face do direito francês (no qual a possibilidade de atribuição judicial se encontra prevista no actual art.º 2347.º do CCF), Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 548, relatam ser esta uma “*arma absoluta*”, porquanto a jurisprudência dominante consente aos credores que optem por esta via obter uma pagamento prioritário (através da aquisição, plena e incondicional, da propriedade do bem onerado), em detrimento dos demais, sem sujeição a qualquer concurso, tanto mais que a atribuição apenas será descartada em presença de uma

Nesta conformidade, se for o credor detentor de uma preferência prioritária a requerer a atribuição, nenhum obstáculo se ergue ao recurso a esta via de execução da garantia.

Todavia, já não será tão pacífica a sua utilização na eventualidade de ser invocada por um credor pignoratício (ou outro) não preferente<sup>1290</sup> ou até com o mesmo grau de preferência (podendo sustentar-se, neste caso, que a adjudicação a qualquer um deles pressupõe o consenso dos restantes, o que dificultará sobremaneira o recurso a este expediente).<sup>1291</sup>

Em face da nossa lei processual e tendo desaparecido o regime especial de venda ou atribuição judicial do bem empenhado (cfr., quanto a esta última modalidade, o já

---

disposição legal expressa (este alargamento é contestado pelos Autores, com o argumento que a atribuição judicial foi originariamente concebida como o prolongamento do direito de retenção e como contraponto da impossibilidade de o credor reter indefinidamente o bem, não sendo a via normal de execução da garantia). Também Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs.453 a 455 (vide também Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 291), entende que o direito de atribuição exclui qualquer conflito com outros credores do mesmo devedor, ou seja, “*le droit d’attribution est indépendant des règles concernant l’ordre dans lequel s’exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti*”, fazendo da atribuição um modo de o credor pignoratício escapar ao concurso de credores, subvertendo a hierarquia entre estes (em face de todas estas vantagens para o credor que a ela recorre, a adjudicação é vista como o modo de realização preferencial, apresentando como principal desvantagem o facto de o credor muitas vezes não estar interessado em tornar-se proprietário do bem em causa, até pela dificuldades que poderá enfrentar aquando duma eventual revenda), posição esta seguida por Legeais, *Sûretés 1999 cit.*, pág. 263, Ancel, *Droit des sûretés*, 2.<sup>a</sup> Edição, Litec, 2000, pág. 117, Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 72. Contudo, Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 239, recusam que a ela possa recorrer o credor titular de um penhor com desapossamento, quando a coisa já não se encontre em seu poder, por exemplo quando tenha sido voluntariamente entregue ao vendedor titular de uma cláusula de reserva de propriedade, uma vez que a atribuição não pode ser imposta ao proprietário, que se tornou possuidor, pelo que, na ausência de posse actual, a protecção do possuidor de boa fé não pode beneficiar o credor pignoratício (pelo contrário, tratando-se de um penhor sem desapossamento, a atribuição judiciária pode ser exercida contra o constituinte, podendo o bem ser reclamado ao terceiro detentor). Por último, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 736 e segs., evidenciam como as razões que motivaram a consagração originária deste modo de execução do penhor (os menores custos e a maior rapidez face à venda judicial) estão longe de estar demonstrados (pois era necessária a intervenção do juiz e porque era necessário remunerar o perito avaliador), sendo o recurso a ela justificado pelo facto de os credores pignoratícios poderem ver o seu direito prevalecer sobre outros hierarquicamente superiores (assim se consagrando o absurdo de fazer variar a hierarquia dos credores em concurso de acordo com o modo de execução escolhido por um deles), tendo-se a reforma de 2006 limitado a generalizar esta forma de execução a todos os penhores, com e sem desapossamento.

<sup>1290</sup> Sendo o grau diverso, Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 367, entende que um credor pignoratício poderá requerer a atribuição do bem em pagamento mesmo que existam outros credores com garantias sobre o mesmo bem, desde que sejam respeitados os direitos dos hierarquicamente superiores. Também para Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 736 e segs., em caso de pluralidade de credores com garantia sobre o mesmo objecto, apenas o com preferência superior – sem que os demais se possam opor, restando-lhes fazer-se pagar pelo eventual remanescente - poderá requerer e obter a atribuição (no mesmo sentido, Philippe Delebecque, *L’attribution du bien cit.*, pág. 127). Pelo contrário, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, pág. 206, destaca como esta figura pode perturbar a hierarquia entre os diversos credores, (excluindo qualquer concurso entre eles) e, por isso, (cfr. págs. 447 e 448) conclui que “*l’attribution judiciaire ne peut être opposée aux créanciers inscrits antérieurement à celui qui la sollicite*”, razão pela qual esta faculdade apenas poderia ser exercida pelo credor com a garantia prioritária.:

<sup>1291</sup> Neste sentido, Francesco Pellegrini, *ob. cit.*, pág. 172 e 173, concluindo que, na falta de acordo, restará o recurso à venda. Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 736 e segs., entendem que a melhor solução será a de lhes atribuir a propriedade indivisa, desde que todos se encontrem de acordo quanto ao pedido de atribuição (contra, Philippe Delebecque, *L’attribution du bien cit.*, pág. 127, entendendo tratar-se de um direito exclusivo de cada credor).

revogado art.º 1011.º),<sup>1292</sup> a adjudicação em pagamento de um bem previamente empenhado deverá obedecer às regras ditadas para as execuções comuns, das quais resulta que o exequente ou qualquer credor com garantia real sobre o bem penhorado pode requerer que lhe seja atribuída a propriedade deste (indicando, para o efeito, o valor que oferece), requerimento esse que será deferido caso não surjam propostas superiores, nem seja exercido nenhum direito de preferência (cfr. art.ºs 875.º, n.ºs 1 a 3 e 877.º, n.º 1, do CPC).<sup>1293</sup>

Desde logo, parece que o recurso a esta via deixa de pressupor uma convenção entre as partes anterior ao início da execução, como decorre do art.º 675.º, n.º 2, do CPC<sup>1294</sup> (pois a ela pode recorrer qualquer exequente, ainda que não preferente), ou seja, mesmo não havendo tal acordo, será possível ao credor requerer a adjudicação: em suma e no limite será legítimo inferir que, existindo tal pacto e optando o credor pela venda executiva, o seu efeito útil será de consagrar esse como o modo de pagamento do credor pignoratício (admitindo que nenhum outro credor é detentor de uma causa legal de preferência graduada anteriormente à sua).

Mais ainda, o recurso à adjudicação passa antes a pressupor a prévia instauração de um processo executivo que, não fora a opção pela atribuição judicial, culminaria na venda do bem onerado.

Ora, decorre deste regime legal que qualquer credor, pignoratício ou não (desde que munido de uma garantia real, se não for o exequente), munido ou não da causa de preferência prioritária, poderá socorrer-se deste mecanismo (podendo adquirir o bem por um preço inferior ao real), sendo a tutela do devedor e dos demais credores assegurada pela mediação do agente de execução (art.ºs 875.º, n.º 4 e 876.º, n.º 3), pela publicitação da apresentação do requerimento de adjudicação (art.º 876.º, n.ºs 1 e 2) e pela possibilidade de os credores com preferência sobre o bem onerado oferecerem um preço superior ao do requerente e tornarem-se adjudicatários (art.º 877.º, n.º 2).

Não obstante estas cautelas, a adjudicação em pagamento poderia conduzir a uma subversão da hierarquia das preferências, originando que um credor dotado de uma preferência inferior (ou até o credor comum exequente) obtenha pagamento do seu crédito antes de outro hierarquicamente colocado acima no concurso de credores.

Para obviar a este resultado e em consonância com o defendido a respeito da venda antecipada do penhor,<sup>1295</sup> a circunstância de a faculdade de requerer atribuição se

---

<sup>1292</sup> Em cujo n.º 1 expressamente se afirmava ser esta a forma de execução do penhor, sempre que as partes houvessem previamente acordado nesse sentido. Acerca deste procedimento especial e das dúvidas que o mesmo suscitava, vide infra n.º 9.1.4 do Capítulo I.

<sup>1293</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 182.

<sup>1294</sup> O revogado regime especial de venda do penhor apenas permitia a adjudicação do bem em pagamento quando houvesse convenção nesse sentido, em harmonia com a lei civil, solução esta defendida por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 279 (concluindo que tal acordo não implicará grande prejuízo para o empenhador, porquanto apenas o priva da eventual diferença de valor que, em sede de venda judicial, viesse a ser obtido), colocando dúvidas à possibilidade de adjudicação sem convenção, pelo facto de a mesma ser susceptível de causar um prejuízo para o empenhador, sempre que o valor da avaliação seja inferior ao que resultaria da venda judicial (apesar de apresentar a vantagem de ser, à partida, mais fácil e menos dispendiosa face a esta). Por isso, na ausência de acordo o Autor citado apenas admite a adjudicação quando o bem empenhado tenha um preço corrente, ou seja, pelo valor que qualquer terceiro ofereceria acaso ocorresse a venda.

<sup>1295</sup> Sobre a venda a antecipada, vide infra n.º 9.1.4 do Capítulo I. Conforme exposto nesse local, era discutido, no domínio da vigência do processo especial de venda do penhor, se este exigia ou não o concurso de credores, dúvida essa extensiva à adjudicação, por força da redacção originária do art.º 1011.º, n.º 1 (a qual remetia a tramitação da adjudicação para o disposto a respeito da venda) e talvez mais ainda na sequência da redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 47690, de 11 de Maio de 1967 (passando a afirmar-se tão somente que “*não havendo contestação, sendo esta julgada improcedente, ou*



encontrar regulada no seio do processo executivo comum, no qual é obrigatória a citação dos credores garantidos (art.º 864.º) e a graduação dos créditos em concurso (cfr. art.º 868.º),<sup>1296</sup> impõe que esta não possa ser adulterada por aquela especial forma de execução, destarte apenas permitindo ao credor titular de um crédito subalterno optar por esta alternativa depois de liquidar os créditos preferentes reclamados nessa execução, o que constitui um nítido desincentivo ao recurso à adjudicação.<sup>1297</sup>

Paralelamente e apesar de o n.º 2 do art.º 675.º prescrever a necessidade de intervenção judicial – traduzida na fixação do valor do bem em questão - para a adjudicação do bem em pagamento ao credor, não se pretende “*instituir uma reserva de competência jurisdicional, mas apenas garantir que a avaliação do bem é respeitada e que não é arbitrariamente realizada pelo credor*”,<sup>1298</sup> pelo que serão admissíveis formas alternativas de avaliação que confirmam garantias idênticas (como sucede com o pacto marciano, sempre que a avaliação seja feita por perito ou decorra de uma atribuição automática de valor no âmbito de um mercado organizado), mas apenas desde que a convenção seja invocada pelo credor munido da causa de preferência prioritária no âmbito do concurso de credores, assim se salvaguardando a hierarquia entre estas legalmente prescrita.

Discute-se, porém, se este direito de atribuição se encontra ou não umbilicalmente ligado ao direito de retenção, constituindo um prolongamento deste (e, em consequência, se tal direito de adjudicação subsistirá mesmo nos penhores em que não se verifique o credor pignoratício não exerça um poder material sobre o *quid onerado*<sup>1299</sup>): a amplitude com que os preceitos acabados de mencionar conferem este

---

*questionando o devedor apenas o quantitativo da dívida, proceder-se-á à avaliação e, fixado o valor do objecto, será este adjudicado ao credor, depois de pago ou depositado o excesso do valor, se o houver”*).

<sup>1296</sup> Defendem a mesma solução Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral da Segurança Social e sua inconstitucionalidade, in <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23909/2/2501.pdf>, pág. 7 e segs. (exceptuando apenas os casos em que, de acordo com o processo executivo comum, os credores preferentes não tenham que ser notificados e/ou não possam reclamar os seus créditos, nomeadamente os detentores de privilégios creditórios gerais) e Salvador da Costa, ob. cit., pág. 37.

<sup>1297</sup> Para obviar a que a faculdade de adjudicação sirva para alterar a escala de graduação de créditos (permitindo, por exemplo, ao credor exequente com uma garantia mal posicionado nessa graduação requerer a adjudicação como forma de ser pago antes dos demais com uma posição mais favorável) tem sido proposto que o adjudicatário receba o bem com os ónus que o oneram (o que contraria a caducidade destes direitos em processo executivo imposta pelo art.º 824.º) ou, como sugere Rubino, Il pegno cit., pág. 272 e a que aderimos, havendo alguns credores com uma preferência superior à do exequente requerente da adjudicação, esta só poder ter lugar depois de satisfeito aqueles outros credores.

<sup>1298</sup> Catarina Monteiro Pires, A alienação em garantia, Almedina, 2010, pág. 280, acrescentando que, após a reforma da acção executiva de 2003, a adjudicação ser efectuada perante o agente da execução e, se não aparecer nenhuma proposta e ninguém exercer um direito de preferência, será aceite o preço oferecido pelo requerente, pelo que o agente de execução não fixa nenhum preço base, nem tão pouco avalia o bem. Aparentemente contra Salvador da Costa, ob. cit., pág. 37, ao afirmar que o valor da adjudicação deverá ser fixado no âmbito da acção executiva.

<sup>1299</sup> A respeito do penhor de créditos, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 88 e segs., sublinha que o entendimento tradicional aponta para uma relação (quase) incindível entre o direito de retenção e o de solicitar a atribuição em pagamento do bem onerado, assim consentindo ao credor pignoratício iludir a escala legal de graduação de créditos (concepção ligada a uma noção material do direito de retenção, de acordo com a qual apenas o credor pignoratício com garantia sobre bem corpóreos poderia reter e, por conseguinte, requerer a atribuição em pagamento), face à qual tem vindo a ganhar adeptos uma outra que atribui a faculdade de atribuição judicial a todo e qualquer credor pignoratício (considerando a autonomia entre o direito de retenção e a atribuição judicial, não só porque a norma que consagra este último é de alcance geral, mas ainda porque “*le droit d’attribution judiciaire constitue une des options ouvertes à un créancier gagiste. L’autre option est le droit de vendre le bien aux enchères*” e, por último, porque a função desempenhada pelo direito de retenção – impedir que o credor possa ser forçado a desapossar-se do bem para permitir a sua alienação por parte de outros credores - pode bem ser alcançada de outro

direito, reclama a absoluta independência do direito de atribuição face ao (eventual) direito de retenção de que o credor pignoratício fosse titular.<sup>1300</sup>

Salvo melhor juízo, a configuração do direito de atribuição como uma mera extensão da retenção pignoratícia (para além de excluir, sem base legal, a outorga daquele a credores pignoratícios que não tivessem o bem onerado seu poder, seja porque este fora entregue à custódia de terceiros, seja por se tratar de um bem incorpóreo ou de um crédito), poderia redundar na criticada subversão da hierarquia legal das causas de preferência, ao permitir que o credor pignoratício apenas fosse desapossado do bem contra o pagamento do seu crédito, destarte postergando credores posicionados à sua frente em sede de concurso.

Por fim, são ainda de considerar as especificidades que este direito de atribuição assume quando o penhor incide sobre um crédito (a reclamar, porventura, uma adequação do regime geral)<sup>1301</sup> atenta a especialidade deste objecto e, sobretudo, o possível contraste com a proibição do pacto comissório.<sup>1302</sup>

## 8.2 - Venda

---

modo, nomeadamente através da interdição de alienação do bem em questão, pelo que a faculdade de atribuição judicial pode bem prescindir da prévia retenção do bem onerado), mas apenas desde que seja titular de um penhor com desapossamento (desde logo, porque na data da entrada em vigor do preceito legal que outorga ao credor o direito de atribuição apenas existiam penhores com essa característica e os que foram posteriormente criados são sem desapossamento, o que significa que “*Le législateur, instituant des gages sans dépossession, s’est placé dans un autre système (...) la publicité, qui remplace la mise en possession, rapproche les divers gages spéciaux – et nouveaux - de l’hypothèque. Or, il n’a jamais été envisagé d’autoriser les créanciers hypothécaires à pouvoir se faire attribuer le bien hypothéqué au mépris des droits reconnus aux autres créanciers*”). Na opinião do Autor, não é possível analisar isoladamente os direitos de retenção e de atribuição, pelo que “*Dans tout les cas où il y aura un gage avec dépossession, on reconnaîtra au créancier un droit de rétention et le droit d’attribution du gage. Il importe peu qu’il y a possession par un tiers (corpore alieno) pour le compte du créancier nanti (...). Il importe tout aussi peu qu’il y ait possession fictive (...). Dans ces hypothèses, en effet, le législateur n’a pas voulu soumettre le gage à un régime dérogatoire du droit commun: il existe bien une dépossession – ou quasi-dépossession, dans une forme différente mais équivalente à celle du droit commun (...). Dans toutes les autres hypothèses, qu’il y ait hypothèque mobilière ou gage sans dépossession, le créancier doit se voir refuser à la fois le droit de rétention et le droit à l’attribution judiciaire du bien donné en gage*”. Em termos mais gerais, defendem que a faculdade de requerer a atribuição do bem em pagamento não se encontra ligada ao direito de retenção, pelo que mesmo o titular de um credor sem desapossamento a poderá solicitar Ancel, ob. cit., pág. 117, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 207 e Théry, ob. cit., pág. 326. Contra, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 72, sustentando que o direito de atribuição constitui um prolongamento da prioridade absoluta conferida pelo direito de retenção, enquanto que nos penhores sem desapossamento a posição do credor pignoratício poderá ser suplantada por outros credores, constituindo a possibilidade de invocar a atribuição uma forma de contornar a supremacia desses outros credores).

<sup>1300</sup> Lisanti-Kalczinsky, ob. cit., pág. 140 e segs., noticia que, ao entendimento tradicional segundo o qual a este direito se encontrava condicionado (e era um prolongamento) ao direito de retenção, contrapõe-se uma tese mais recente e cada vez mais consolidada, de acordo com a qual a faculdade de requerer a atribuição é independente da existência de um direito de retenção (apenas sendo excluída havendo disposição legal nesse sentido), o que significa, no parecer da Autora, que, mesmo admitindo que o penhor de bens incorpóreos não atribui ao respectivo credor um direito de retenção, ainda assim não será de excluir a possibilidade de recurso à atribuição judicial em pagamento.

<sup>1301</sup> Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 97 e segs., destaca como o regime legal, embora aplicável a qualquer penhor, independentemente do seu objecto, exige uma adaptação no que ao penhor de créditos diz respeito, nomeadamente em relação à necessidade de avaliação do bem onerado (considerando, *de lege ferenda*, que “*la valeur du bien étant déterminée, il ne pouvait y avoir de risque de fraude*”, propondo, por isso, uma reforma legislativa no sentido de abolir esta exigência quando o penhor recaia sobre créditos).

<sup>1302</sup> Relativamente ao pacto comissório, vide infra n.º 4 do Capítulo II.

### 8.2.1 - Venda extrajudicial

No que respeita à venda e na medida em que, ao menos de acordo com o regime tradicional, o bem empenhado se encontra em poder do credor, nem será necessária a sua prévia apreensão para, em seguida, proceder à sua alienação.<sup>1303</sup>

Se nada for convencionado em contrário pelas partes, a venda decorrerá judicialmente e de acordo com as regras gerais do processo executivo, a partir do momento em que o processo especial de venda dos bens empenhados (cfr. art.ºs 1008.º a 1012.º, do CPC) foi suprimido:<sup>1304</sup> noutros ordenamentos, porém, a execução judicial do penhor obedece a formalidades parcialmente diversas das previstas para as execuções comuns.<sup>1305</sup>

---

<sup>1303</sup> Como salienta Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 213, nos casos em que o credor pignoratício não se encontra na posse exclusiva do bem empenhado – seja porque se encontra em poder de terceiro, seja por estar numa situação de composesse, seja por estar em poder do próprio empenhador – este deverá ser retirado ao seu possuidor e entregue ao tribunal. Contudo, se a venda for efectuada pelo credor, o bem deverá ser devolvido a este (excepto se já estivesse numa situação de composesse, uma vez que não será de exigir a posse exclusiva para proceder à venda). Para precaver estas hipóteses, o §1231 do BGB prevê que, não se encontrando o credor pignoratício na posse exclusiva do bem empenhado, pode, após adquirir o direito de venda da coisa, exigir a sua entrega para proceder à respectiva venda (embora, a pedido do empenhador, em vez da entrega ao credor, a coisa possa ser entregue a um depositário comum, encontrando-se este obrigado disponibilizar o penhor para venda). Por outro lado, existindo mais de um penhor constituído sobre o mesmo bem, o § 1232 do BGB dispõe que o credor pignoratício de grau preferente não está obrigado a entregar, para efeitos de proceder à respectiva venda, a coisa a um outro credor pignoratício de grau inferior (no entanto, se o primeiro credor não se encontrar na posse do bem e não proceder à venda do bem empenhado, não poderá impedir que os outros credores pignoratícios o façam).

<sup>1304</sup> Estes preceitos foram revogados pelo art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, com o argumento que o alargamento dos títulos executivos admitidos por lei tornaria desnecessária a fase declarativa (segundo os Acórdãos da Relação do Porto de 10/7/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e de 30/4/1996, in CJ 1996, II, pág. 225 e segs., este procedimento era, simultaneamente, declarativo e executivo) inicial desse procedimento especial destinada a obter tais títulos (cfr. preâmbulo do diploma citado; já para Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 177, o objectivo principal da eliminação do processo especial de venda do bem empenhado foi o de unificar a tramitação da acção executiva) – acerca da necessidade ou não de citação de outros credores com garantias sobre o bem empenhado, nos termos do art.º 864.º do CPC, bem como da obrigatoriedade ou não de realizar o concurso de credores, no domínio desta legislação (sobre este assunto, vide infra n.º 9.1.4 do Capítulo I). Uma outra questão que se debatia era a da admissibilidade da reconvenção (em sentido afirmativo, Acórdão da Relação de Lisboa de 5/11/1991, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Finalmente, cumpre esclarecer que, mesmo na vigência desse procedimento especial, o recurso a essa forma de execução da garantia não era obrigatória para o credor (tratando-se tão só de uma faculdade da qual lhe seria legítimo prescindir), podendo este optar pela execução comum (assim, Acórdão do STJ de 12/7/1979, in BMJ n.º 289, pág. 253 e segs.).

<sup>1305</sup> Em Espanha e de acordo com Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 216 e segs., essas diferenças traduzem-se, essencialmente, na limitação da actuação do devedor e de terceiros, assim evitando demoras na execução do bem empenhado. Com efeito, apenas constituem causas de oposição (originando a suspensão da mesma) a extinção da obrigação garantida, o erro na determinação da quantia exigível (unicamente se a dívida garantida resulte do saldo de uma conta corrente existente entre o credor e o executado) e a reivindicação do bem empenhado por parte de terceiro (para o que este terá que juntar ao processo documento comprovativo da sua titularidade). Para além disso, existem regras específicas quanto à alienação executiva dos bens empenhados em função da especial natureza de alguns deles: por exemplo, para os valores mobiliários admitidos a negociação a venda far-se-á de acordo com as leis que regem esses mercados (devendo o juiz notificar a entidade gestora desse mercado, a qual adoptará as medidas necessárias para efectuar a venda, identificando a entidade aderente na qual se encontrem registados os bens, designando a entidade que procederá à alienação e o modo como este se processará), enquanto para os não admitidos e na falta de disposição estatutária ou constante do título constitutivo da garantia se fará através de notário e mediante a hasta pública, à qual deve ser dada a devida publicidade (porém, antes de proceder à alienação, o notário deve assegurar o respeito pelas normas estatutárias e societárias aplicáveis – nomeadamente as que consagrem direitos de aquisição preferentes a favor dos

Porém, é legítimo às partes convencionar que a venda se efectuará extrajudicialmente, ou melhor, extraprocessualmente (art.º 675.º, n.º 1, parte final, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março),<sup>1306</sup> isto é, sem

---

sócios – e, quanto ao valor inicial dos bens na hasta pública, deverá ser, caso não haja estipulação em contrário, o correspondente ao valor total do crédito exequendo; no final da hasta, o notário comunicará o nome do vencedor e o valor de arrematação, procedendo às comunicações devidas à sociedade emitente dos valores vendidos – designadamente quando se trate de acções nominativas, para efeito de anotação da transmissão no livro dos sócios - e/ou às responsáveis pelo registo dos mesmos valores).

<sup>1306</sup> Bem mais restritivo é o direito francês, mesmo após a reforma de 2006, pois o art.º 2346.º do CCF continua a proibir as chamadas cláusulas de *voie parée*, ou seja, a admissibilidade de, por convenção das partes, se estabelecerem condições de venda diversas das prescritas pelas leis que regulam o processo executivo (conforme salientam Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 547, o credor deverá dirigir-se sempre ao tribunal, que promoverá a venda “*aux enchères*”, podendo o credor licitar e tornar-se o adquirente do bem). No direito catalão, prevê-se a possibilidade que as partes convencionem que a venda será efectuada por qualquer delas ou um terceiro, exigindo, contudo, que tal convenção conste de escritura pública contendo os critérios de alienação, a qual terá que ser notificada aos titulares de direitos reais sobre a coisa para que estes, se assim o entenderem, paguem a dívida e se sub-roguem na posição do credor (na inexistência de pacto, a alienação será realizada notarialmente, embora Daniel Ripley, *Derechos reales de garantía en el derecho civil de cataluña*, in [www.indret.com](http://www.indret.com), pág. 12, realce que “*Si la prenda recae sobre una cantidad líquida y exigible de dinero, el acreedor los podrá hacer suyos sin subasta previa, exigiéndose únicamente la notificación previa al deudor*”). Já o direito brasileiro admite a venda amigável, desde que tal hipótese se encontre contemplada no contrato ou exista autorização do devedor para o efeito (art.º 1434.º, IV), embora Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, pág. 343, advirta que, por força da proibição das convenções comissórias, o credor não poderá adquirir directamente o bem (podendo fazê-lo apenas, se promover a venda judicial e for sua a melhor proposta). Também no ordenamento alemão se admite a execução privada, salientando Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, pág. 1531 e segs., que o recurso a este procedimento depende da validade do penhor, do vencimento da obrigação garantida, da posse exclusiva do bem empenhado por parte do credor (podendo o bem encontrar-se na posse do terceiro encarregue da sua custódia), da intimação prévia e do decurso de o prazo de um mês entre tal intimação e a alienação propriamente dita, não sendo necessária qualquer decisão condenatória prévia (sendo a defesa do devedor assegurada pela possibilidade de invocar excepções contra o crédito, contra o penhor ou contra a relação jurídica garantida): a venda em si decorrerá normalmente através de hasta pública (realizada pelo funcionário judicial competente ou por um oficial público designado para o efeito – que actuam como representantes do credor pignoratício -, devendo ser anunciado publicamente o local da sua realização e notificados o proprietário e terceiros titulares de direitos reais sobre o bem a vender, hasta essa na qual qualquer interessado pode licitar, tornando-se proprietário aquele que haja efectuado a melhor oferta, mesmo que seja o credor pignoratício ou o empenhante. Um vez efectuada a venda, o comprador deverá liquidar de imediato o preço de compra, adquirindo a propriedade do bem, mesmo que este houvesse sido alvo de perda ou privação ilegal, extinguindo-se todos os direitos reais que o onerassem, com a única ressalva do usufruto, que apenas se extingue em caso de boa fé do adjudicatário. Quando a alienação seja efectuada sem que a garantia seja válida, sem que o crédito se ache vencido, sem publicitação adequada da hasta ou quando esta não seja pública, o arrematante não adquirirá a propriedade do bem, embora se o proprietário ratificar *a posteriori* a actuação do credor pignoratício ou quando o adquirente se encontre de boa fé – traduzida na crença, sem culpa grave, da existência do penhor e de legitimidade para a sua execução – estas invalidades sejam convalidadas, com excepção da realização da hasta pública: se o não forem, o credor responde perante o proprietário e o empenhante pelos danos causados (pelo menos pelo cumprimento defeituoso do contrato e penhor), excepto quando se trate de bens com uma cotação em bolsa ou preço de mercado (caso em que a alienação poderá ocorrer apenas por intermédio de pessoa especializada e habilitada para o efeito, transmitindo-se a propriedade mesmo que o bem seja vendido por um valor inferior ao de mercado – sem prejuízo de uma eventual indemnização por parte do alienante pelos danos causados - e aplicando-se supletivamente o regime previsto para a venda em hasta pública): todavia, estes Autores admitem, de acordo com a lei processual, que o juiz modifique o modo de realização da hasta pública ou até que imponha outro modo de alienação do bem onerado (sempre que, neste último caso, entenda ser preferível em face dos interesses das partes).

necessidade de recorrer ao processo executivo,<sup>1307</sup> norma esta igualmente aplicável ao penhor de direitos.<sup>1308</sup>

Ou seja, o ordenamento jurídico coloca ao dispor do credor pignoratício um mecanismo de tutela não judiciário e, em certo sentido pelo menos, de auto-tutela<sup>1309</sup>.

---

<sup>1307</sup> Na redacção originária do preceito falava-se da possibilidade de as partes convencionarem na venda “*extrajudicial*”, enquanto que a actual se refere à legitimidade da venda “*extraprocessual*”. Quiçá esta alteração se prenda com a intenção de eliminar as dúvidas, surgida antes da reforma da acção executiva de 2003, acerca do alcance da faculdade concedida às partes, tendo em conta que, antes dessa data, a venda em processo executivo tanto poderia ser feita judicial como extrajudicialmente (por exemplo, a venda em bolsa, a venda directa, a venda por negociação particular ou em leilão): daqui resultava a discussão se centrava em saber se a menção à venda extrajudicial do art.º 675.º se referia ainda a uma venda dentro do processo executivo (ainda que extrajudicial) ou, ao invés, contemplava antes uma venda fora do processo executivo (interpretação esta que, segundo Menezes Leitão, *Garantias cit.*, pág. 201, nota 477, era a prevalente na doutrina). Contudo, com a reforma da acção executiva de 2003, a diferença entre venda judicial ou extrajudicial desapareceu, porquanto toda a venda é efectuada por um agente da execução (no mesmo sentido, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 178, acrescentando que, caso se opte pela venda através deste agente, existam várias modalidades possíveis: carta fechada, em bolsas de capitais ou de mercadorias, em depósito público, venda directa, por negociação particular ou através de um leiloeiro), pelo que a interpretação do art.º 675.º, actualmente, passa por ler essa norma como autorizando a venda fora do processo executivo e sem a intervenção do agente da execução (no mesmo sentido, Isabel Matos, *ob. cit.*, págs. 125 126, Pestana de Vasconcelos, *A cessão cit.*, págs. 550 e 551, nota 1074 e Catarina Monteiro Pires, *ob. cit.*, pág. 266, nota 724, concluindo esta última ser “*hoje inquestionável a dispensa de acção executiva*”): em suma e como remata Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, págs. 243 e 244, nota 687, “*venda extraprocessual, por oposição a venda executiva, significa aquela que é realizada fora do processo, o que aponta no sentido de o credor não ter que recorrer à interposição de uma acção executiva para se pagar pelo produto da venda do crédito, mas pode, sem ter que recorrer ao processo executivo, ele próprio realizar a venda*” (em termos concordantes, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 180, destacando a licitude da inserção de uma cláusula no contrato de penhor prevendo a possibilidade de a venda ser realizada directamente pelo credor pignoratício).

<sup>1308</sup> Neste sentido, Sofia Maltez, *ob. cit.*, págs. 56 e 57. No direito alemão, a lei admite, também para o penhor de créditos (e de direitos, em geral), que as partes convencionem a venda particular do objecto onerado, embora a mesma apenas possa ser desencadeada após o vencimento da obrigação garantida (com uma *nuança*, qual seja a necessidade de apreensão prévia, precedida de decisão judicial, uma vez que, ao invés do penhor de coisas, o credor pignoratício não se encontra na posse do bem a executar) - Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, pág. 1576.

<sup>1309</sup> Adopta esta qualificação Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 316, concretizando tratar-se de um mecanismo que fica paredes meias com a auto-tutela consensual satisfatória e a auto-tutela unilateral (importa, todavia, ressaltar que o faz a respeito do procedimento especial de venda do penhor – art.ºs 2796.º e 2797.º do CCI – que se distingue do sistema português, na medida em que o modelo italiano opera independentemente da vontade do empenhador e do seu prévio consentimento, sendo um procedimento que se inicia com a intimação judicial do devedor para pagamento – juntamente com a advertência que o não pagamento implicará a venda do bem – e, se tal intimação não for cumprida, se não for apresentada oposição ou esta for rejeitada, o credor pode fazer vender o bem em leilão público ou, se o bem possuir um valor de mercado, pelo seu preço corrente através de pessoa habilitada para o efeito). Por ser assim, este processo especial apresenta dois aspectos que o distinguem do processo executivo comum: antes de mais, a iniciativa e a condução do procedimento cabem ao credor (art.º 2797.º, n.º 1); depois, a venda poderá ser efectuada por pessoa autorizada a realizar alienações de determinados bens (quando estes detenham um valor de mercado) e até, havendo acordo das partes, pelo próprio credor (art.º 2797.º, n.ºs 2 e 4), ao contrário das execuções ordinárias, nas quais a venda é realizada por um órgão estadual ou por pessoas por este indicadas. Todavia, Albina Candian, *Le garanzie cit.*, págs. 328 a 332, critica este procedimento especial de venda dos bens empenhados, em razão do efeito suspensivo da oposição eventualmente apresentada pelo devedor (pelo que, enquanto o juiz não decida tal oposição, a venda fica bloqueada), da circunstância de, tendo o bem um preço de mercado e apesar de a venda poder ser realizada por pessoa autorizada, a venda não poder efectuar-se por um valor inferior a esse (o que permite ao devedor “*bloccare sine die tale vendita facendo semplicemente opposizione fa si che alla vendita senza incanto si possa procedere solo con il consenso del debitore*” e, a não ser assim, a venda seguirá os trâmites das execuções comuns), até porque a tal possibilidade de venda particular se podem opor os demais credores do devedor (ou melhor, podem promover a venda de acordo com o procedimento comum

Poder-se-á, todavia, discutir-se se essa faculdade terá que ser acordada no momento da constituição do penhor ou, pelo contrário, será legítimo que as partes o convençionem em data posterior (mas, naturalmente, não depois da execução do penhor).<sup>1310</sup>

Salvo o devido respeito, não detectamos qualquer impedimento legal a que a convenção de execução extra-judicial do penhor seja subscrita em momento posterior ao da constituição da garantia, não apenas por invocação de argumentos literais (quando o n.º 1 do art.º 675.º afirma “*se as partes assim o tiverem convençionado*”), tal significa que o tenham feito em momento anterior ao do início da execução, ou seja que o tenham acordado antes do começo da execução), mas sobretudo por razões substanciais (sendo esta uma faculdade concedida às partes e não se vislumbrando qualquer motivo válido para a coarctar ou limitar, resulta que a liberdade das partes relativamente ao momento de conclusão deste negócio não deve sofrer outra restrição que não seja a de a convenção dever ser anterior à execução).

Noutros direitos, como por exemplo o espanhol (art.º 1872.º do CCE), prevê-se uma forma especial de execução pignoratícia não judicial, por via notarial<sup>1311</sup> - a qual se aplicará mesmo na ausência de pacto das partes nesse sentido,<sup>1312</sup> mesmo que o bem tenha sido, aquando da constituição da garantia, entregue a um terceiro<sup>1313</sup> e sem que o credor disponha de algum prazo para iniciar o procedimento<sup>1314</sup> - sendo discutível se tal regime pode ser ajustado, por via convencional, aos interesses das partes,<sup>1315</sup> embora o

---

de execução – sem que a tal se possa opor o credor pignoratício - com o argumento que aqueles credores não podem ser forçados a renunciar às formas comuns de execução, nem a confiar na pessoa encarregue da venda particular): em face deste cenário, os credores munidos de título executivo optam pelas vias de execução ordinárias (o que, na opinião da Autora, constitui a melhor demonstração da inidoneidade do procedimento especial).

<sup>1310</sup> Pronunciam-se a favor da primeira alternativa, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 695, alegando que o próprio texto da lei fundamenta tal entendimento (ao afirmar ser necessário que as partes “*o tenham convençionado*”, não bastando que o convençionem) e Salvador da Costa, ob. cit., pág. 37.

<sup>1311</sup> Porém, Campo Güerri, ob. cit., pág. 292 e segs., entende que a venda não é realizada pelo notário (“*el notario no es un ejecutor del bien a enajenar, no es una autoridad revestida del ius imperium para actuar coactivamente. Es simplemente un órgano público a quien la ley o la voluntad de los particulares le atribuyen, conforme a su función, la de constatar las diversas actuaciones que se realizan y controlar su legalidad*”), limitando-se este a controlar a legalidade do procedimento (tanto a nível adjectivo como substantivo) e a segurança dos interesses em jogo.

<sup>1312</sup> Campo Güerri, La realización notarial de las garantías reales, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 291, destaca como a intervenção notarial decorre directamente da lei, isto é, mesmo na ausência de pacto nesse sentido, não apenas na execução do penhor civil (art.º 1872.º), mas igualmente para execução do penhor, direito de retenção e anticrese regulados pela lei catalã, da alienação de acções por falta de pagamento de dividendos passivos (art.º 45.º da LSA) ou acções e participações não cotadas em bolsa. Para além disso, a lei consente que a autonomia privada atribua ao notário a execução das garantias, seja no âmbito de uma execução judicial, seja na execução extrajudicial das hipotecas mobiliárias e dos penhores sem desapossamento.

<sup>1313</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1891, Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2149 e De la Santa García, ob. cit., pág. 139 (esclarecendo este último que o bem pode permanecer em poder do terceiro até à sua entrega ao notário).

<sup>1314</sup> De la Santa García, Prenda de valores cit., pág. 249.

<sup>1315</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 388 e 389, dá conta de opiniões contraditórias, mas responde afirmativamente, desde que se respeite a proibição do pacto comissório, ou seja, “*1. Que exista una valoración del bien que se quiere ejecutar. 2. Que el acreedor pignoratício reciba como máximo la cantidad que se le debía*” (admitindo, por isso, que as partes prescindam da notificação ao devedor, do prazo de espera para realizar a execução, da intervenção do notário – quando o bem tenha um preço de mercado – e mesmo da avaliação do bem, quando o penhor incida sobre dinheiro). Em termos análogos, Diaz Moreno, ob. cit., pág. 438 e segs., admitindo pactos que afastem o regime legal (seja o regime geral

seu âmbito de aplicação seja restrito ao penhor comum com desapossamento do devedor.<sup>1316</sup>

Todavia, o recurso a este procedimento é facultativo, podendo os credores pignoratícios optar pela via das execuções comuns ou até iniciar a execução notarial e, perante o insucesso ou a iminência de insucesso desta, enveredar pela outra alternativa.<sup>1317</sup>

Porém, a não regulamentação pela lei dos pressupostos<sup>1318</sup> e da tramitação deste procedimento<sup>1319</sup> conduz a diversas interrogações,<sup>1320</sup> parecendo impreteríveis a citação

---

previsto no art.º 1872.º do CCE, seja, sobretudo, o consagrado no art.º 320.º e segs. do Código Comercial para os valores mobiliários) com o limite decorrente da proibição do pacto comissório (assim, por exemplo, considera válida uma cláusula que permita ao credor efectuar a alienação de um valor mobiliário após o termo do prazo de 3 dias e mesmo que o empréstimo garantido não conste de documento público) e Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 559 (especificando que o problema se relaciona com a inadmissibilidade do pacto comissório). Também Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 462, aponta no sentido do carácter dispositivo do procedimento legal, “*siempre que se respete la prohibición del pacto comisorio strictu sensu y la enajenación de los valores se lleve a cabo respetando los intereses del constituyente de la prenda*”, posição igualmente subscrita por De la Santa García, ob. cit., págs. 139 e 140 (apontando como exemplo a fase do leilão do bem onerado, a qual poderá ser regulamentada pelas partes de modo diverso do previsto para os procedimentos judiciais, assim obviando aos inconvenientes destes. Em termos mais gerais, o Autor sustenta que, no âmbito da liberdade contratual – e, ainda, por força da intervenção do notário, garante do cumprimento das normas e princípios legais, sobretudo aqui no que toca à protecção da parte que se encontra numa mais débil, o executado –, as partes podem acordar uma adaptação do regime legal de execução notarial, desde que o sistema acordado consinta uma fixação do preço, impeça a passagem automática do bem para a propriedade do credor em caso de incumprimento da obrigação garantida, sem necessidade de devolução de um eventual excedente e até, quando os bens possuam um valor de mercado calculável de modo objectivo, a supressão da intervenção notarial na execução).

<sup>1316</sup> Assim, Verónica de Priego-Fernández, ob. cit., pág. 521 (esclarecendo que a execução poderá ser promovida mesmo que o bem se encontre em poder do terceiro depositário da garantia), Caballol Angelats, ob. cit., pág. 302 (“*no será posible acudir a las vías no judiciales si la cosa no se halla en poder del deudor o de un tercero, salvo que éstos la entreguen voluntariamente al acreedor o que la cosa se recupere mediante el proceso judicial correspondiente*”, até porque “*la aprehensión del bien es un acto de coerción sobre el deudor o tercer poseedor y esta potestad, en el Derecho privado, está atribuida en exclusiva a los tribunales*”. Salaria ainda que, caso o produto da venda do bem executado seja insuficiente para satisfação da quantia exequenda, o credor não poderá utilizar este procedimento para atacar outros bens do devedor não empenhados a seu favor) e, sobretudo, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 425 e segs., que, depois de salientar que este procedimento surge como uma consequência e um complemento da proibição do pacto comissório, destaca como o mesmo “*es operativo en el ámbito de las prendas comunes, esto es, con excepción de la ejecución de la prenda sin posesión y la prenda de valores cotizables, que gozan de una específica forma de ejecución*”. Por último, resta aludir à possibilidade de licitações por parte do credor (provocando uma alteração do título possessório) e do devedor proprietário (assim libertando o bem do ónus que sobre ele impendia, “*Se produciría una suerte de consolidación pues sería absurdo hablar de una venta ya que éste era titular de dominical del bien*”), mas já não do devedor quando o bem dado em garantia e executado pertença a terceiro (pois, se assim fosse, “*el deudor no sólo no pagaría, sino que además de su incumplimiento, adquiriría a precio de saldo un bien afecto a garantía por un tercero. El problema se agrava aún más cuando un tercero o una sociedad interpuesta en convivencia con el deudor acude a la subasta y licita. No sería más indigno si cabe, este subterfugio que el pacto comisorio ex intervalo?*”) - Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 449 e segs..

<sup>1317</sup> Assim, Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 559, defendendo tal solução, não só quando a execução notarial se revele infrutífera, mas ainda quando, antes de esgotados os trâmites desta, seja de prever o seu insucesso (por exemplo, se a primeira hasta ficou deserta); no mesmo sentido, De la Santa García, ob. cit., pág. 137.

<sup>1318</sup> Por exemplo, é debatido se o credor aliena o bem empenhado em nome próprio ou em nome do proprietário, optando Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 661, pela primeira alternativa (acautelando que o faz enquanto titular de um direito real de garantia e não enquanto proprietário), embora notando que não será responsável pelos danos da coisa ou por evicção, uma vez que o bem permanece na propriedade do

do devedor,<sup>1321</sup> a publicitação da venda no jornal oficial e nos meios de comunicação,<sup>1322</sup> a inadmissibilidade de ofertas para a primeira tentativa de venda que

---

constituente da garantia (quanto a este último aspecto, vide, em termos concordantes, De la Santa García, ob. cit., pág. 138).

<sup>1319</sup> Um dos aspectos omissos mais relevantes é o que se prende com a eventual possibilidade de suspensão da execução quando se verifique algumas das causas que, nas execuções comuns, permitem ao executado opor-se à execução e originar a sua paralisação – respondem afirmativamente, Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2150 e De la Santa García, ob. cit., pág. 140 (contra, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 385, especialmente se a tal oposição for conferida eficácia suspensiva da execução). Outra questão, prévia, respeita à eventual obrigatoriedade de o notário que proceda à execução ter sido o mesmo que tenha formalizado a constituição do penhor que irá ser executado – responde negativamente De la Santa García, ob. cit., pág. 139 (atendendo a que a fé pública verifica a licitude do procedimento por qualquer dos representantes autorizados para a conceder).

<sup>1320</sup> O processo de venda iniciar-se-á com o requerimento do credor (sublinhando Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 383, não ser indispensável que este tenha a posse do bem para poder instaurar o procedimento; contra, Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 560, alegando que o credor não possuidor não pode entregar o bem ao adquirente e, desse modo, consumir a transmissão da propriedade, apenas exceptuando a hipótese de o penhor ter sido constituído mediante entrega a terceiro, caso em que este deve manter a posse do bem e entregá-lo apenas ao adjudicatário), sendo discutível se será necessária a intimação do devedor (respondem negativamente Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 561, Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 453 – acrescentando que nem tão pouco será indispensável a interpelação para pagamento –, Priego Fernández, ob. cit., pág. 521 e Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 426, este sugerindo que o credor se encontra legitimado para instar o procedimento desde a data do vencimento da obrigação, mas entendendo ser necessária uma comunicação anunciando que se procederá à execução da garantia, podendo o devedor liquidar o crédito garantido até alguns dias data indicada para a alienação; respondem afirmativamente Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 384 - alegando que a finalidade de tal comunicação é a de informar o devedor do valor que deve pagar para impedir a venda do bem e se sobrar algum remanescente em caso de alienação do bem – e Diaz Moreno, ob. cit., pág. 430), citação do devedor e do terceiro dador do penhor (com uma antecedência razoável de modo a permitir a reacção destes – Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 384) e a venda em hasta pública: não havendo compradores, far-se-á uma segunda tentativa de venda e, caso venha a revelar-se infrutífera, permite-se ao credor “*hacerse dueño de la prenda*” (devendo dar quitação da totalidade do crédito, no montante que apresentar no momento da execução e não no momento da constituição da garantia ou da dívida - Guilarte Zapatero, ob. cit., pág. 563), pelo que o credor poderá tornar-se adjudicatário do bem objecto da sua garantia se for quem apresente a melhor oferta ou se a segunda hasta ficar deserta (assim, Puig Brutau, ob. cit., pág. 42), sem prejuízo de a instauração deste procedimento prescrever no prazo ordinário de 15 anos a contar da data do vencimento da obrigação garantida (Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 454). Contudo, ainda antes de proceder à alienação, o notário deverá certificar-se da titularidade dos bens a licitar (no caso dos valores mobiliários, exigindo a entrega dos títulos ou a apresentação dos certificados de legitimação) e, por outro lado, apenas deverão ser vendidos os bens depois de cumpridas as formalidades exigidas nas execuções judiciais para a publicidade da hasta e de avaliação dos mesmos, assim como as comunicações subsequentes à alienação (não parecendo necessária uma prévia avaliação dos bens a alienar - Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2150, entende que, salvo pacto em contrário, o valor de tais bens será, à imagem do que sucede nas execuções comuns, o suficiente para pagar a quantia exequenda). Outra questão a que a lei não responde é a relativa ao prazo de que o credor dispõe para optar por este procedimento em detrimento dos demais existentes, afirmando Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 430 e segs., que não se pode exigir uma decisão imediatamente após o vencimento do crédito, mas também não se deverá admitir uma dilação excessiva (até porque o risco de eventual perda, deterioração ou desvalorização do bem corre por conta do credor – pelo menos quando tais efeitos se produzam em razão de uma actuação negligente do mesmo - e, no limite, poderia mesmo consistir numa apropriação do bem do devedor pelo credor em termos análogos aos vedados pela interdição do pacto comissório). Perante todas estas omissões Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1891, entende que as mesmas devem ser supridas através do recurso às normas gerais da legislação notarial e hipotecária (como sejam as que impõem uma prévia avaliação do bem a licitar, a publicitação da hasta pública pelos meios idóneos e com uma antecedência razoável e a não exigência de qualquer caução para poder participar na licitação), enquanto Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2150, remete para a as normas relativas à execução de bens móveis.

<sup>1321</sup> No mesmo sentido, Priego Fernández, ob. cit., págs. 521 e 522.



não atinjam o valor da dívida (acrescido de 20% para as custas do processo), a necessidade de uma segunda tentativa de venda no caso de a primeira ficar deserta e, em caso de insucesso de ambas, a possibilidade de o credor se tornar adjudicatário do bem<sup>1323</sup> (faculdade esta que parece não afrontar a interdição do pacto comissório).<sup>1324</sup>

Este carácter lacunoso do procedimento notarial (associado a outros aspectos menos bem conseguidos)<sup>1325</sup> é, aliás, tido como uma das principais causas do seu insucesso, tanto mais que não se afigura pacífica a determinação das normas a chamar à colação para colmatar tais brechas.<sup>1326</sup>

---

<sup>1322</sup> Reconhece igualmente o carácter insuprível da publicitação da venda, embora sem concretizar o meio através do qual tal publicitação deverá ser efectuada, Priego Fernández, ob. cit., pág. 522 (acrescentando ainda a necessidade de mediação de um prazo entre a tal publicitação e a realização da venda). Declara a nulidade de um procedimento de execução notarial cuja divulgação fora efectuada na véspera da hasta e num jornal desportivo, a sentença do Supremo Tribunal n.º 1050/2000, de 21 de Novembro (apud Lerena Cuenca e outros, ob. cit., pág. 535 e 536).

<sup>1323</sup> Caballol Angelats, ob. cit., págs. 301 e 302 e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1891. Por seu turno Priego Fernández, ob. cit., págs. 522 e 523, acrescenta a estes requisitos a indispensabilidade de avaliação objectiva do bem empenhado, que corresponderá ao valor pré-estabelecido pelas partes ou, na sua falta, o valor dos bens para a primeira hasta será o equivalente ao do crédito garantido, acrescido dos juros e das custas.

<sup>1324</sup> Assim, Pérez García, El sistema de ejecución de la prenda y el pacto comisorio: el artículo 1.872 del Código Civil, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 610 e 611, salientando como, por um lado, o credor não se apropria directamente do bem (adquirindo antes a propriedade no termo de um procedimento legalmente estabelecido) e, por outro, porque no momento em que adquire a propriedade do bem o credor mais não faz do que receber uma dação em pagamento. Menos assertivo se mostra Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1891, para quem “*por esta vía indirecta se produce una especie de pacto comisorio*”. Já De la Santa García, ob. cit., págs. 140 e 141, entende estarmos perante uma excepção à interdição das convenções comissórias, uma dação em pagamento “*lo cual significa que el acreedor, si opta por aceptar la dación, deberá dar carta total de pago con independencia de que el importe adeudado sea superior al valor de los bienes, y que si el valor de los bienes pignoralados es superior a la deuda, quedará en beneficio del acreedor el sobrante*”, ou seja, sem necessidade de o credor devolver ao devedor um eventual excedente face ao montante da obrigação exequenda (aliás, quanto ao alcance de proibição, o Autor entende que a mesma não alcança as convenções através das quais as parte pré-fixam um justo preço para a eventual futura alienação do bem onerado, consentindo ao credor tornar-se adquirente, desde que aquele preço seja fixado objectivamente por um terceiro, até porque “*negar esta posibilidad sería negar la posibilidad de que el constituyente de la prenda pudiera hacer convenios con un acreedor, lo cual es inadmisible, sobre todo teniendo en cuenta que a los demás acreedores ya les protegen las acciones rescisorias*”). Por fim, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 299, salienta que esta norma consagra uma possível excepção à proibição do pacto comissório “*si bien la adjudicación al acreedor en estas condiciones no significa exactamente que se autorice excepcionalmente tal pacto, ni la apropiación directa de las acciones, ya que sólo pueden adjudicarse al acreedor las acciones, una vez celebradas las dos subastas que se establecen*” (entendimento contrariado por Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 387, pois, por um lado, tendo em conta o modo de realização das hastas públicas “*puede muy facilmente suceder que, a pesar de que no hayan habido postores, el valor del bien sea claramente superior al del crédito garantizado*” e, por outro, que “*para adjudicarse la prenda deberá el acreedor pignoralicio pagar el sobrante, si existe*”).

<sup>1325</sup> Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 425 e segs., formula um juízo negativo acerca deste procedimento (considerando-o “*demasiado benevolente hacia un acreedor que puede, a su antojo, tergiversar los presupuestos del artículo y otras, con cierta acritud para un deudor que se ve indefeso ante una subasta a la que acuda únicamente el acreedor, y que presumiblemente tras la celebración de una segunda subasta se declare ésta desierta y dé aquél carta de pago por una cantidad notablemente ínfima al valor objetivo de la garantía, subsistiendo por tanto un remanente a favor del acreedor*”).

<sup>1326</sup> Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 425 e segs., destaca a ausência de qualquer referência ao prazo entre a comunicação ao devedor do início do procedimento e a data da realização da venda (embora desvalorize essa lacuna, assegurando que “*ambas as partes son conocedoras de su situación, y si el deudor está decidido al pago lo hará (...) o no hará nada, y esperará a que proceda la subasta (...) Y aunque en puridad esta artículo nada dice, que impide al notario de conminar al deudor al pago, o sugerir la conveniencia de hacerlo?*”), bem como às formas de publicitação desta (entendendo o Autor

Todavia, o (pretensão ou efectivo) monopólio judicial da acção executiva – e, em particular, a necessidade de autorização judicial para a ingerência na esfera jurídica do executado – conduzem a dúvidas relativamente à constitucionalidade deste procedimento de execução.<sup>1327</sup>

A opção pela venda fora do processo executivo apresenta inúmeras vantagens, nomeadamente evitando as demoras e os custos inerentes a este último, mas também poderá representar uma diminuição das garantias do devedor, designadamente por permitir a venda a um preço que não seja justo ou a mesma ocorra antes de vencida a

---

que deverá efectuar-se a um anúncio público do lugar e data da celebração da venda, com indicação dos bens objecto de alienação, e se serão ou não admitidos licitadores externos), à influência das excepções apresentadas pelo devedor sobre a marcha do procedimento (entendendo o Autor que essa oposição deve ser judicialmente apresentada e, se assim for, poderá provocar a suspensão daquele procedimento) e ao modo como decorrerá a venda propriamente dita (se será efectuada em carta fechada, se será necessário o pagamento de uma caução para participar na venda, etc.): perante este silêncio, o Autor advoga a aplicação das regras de execução judicial no que concerne aos efeitos de uma primeira hasta deserta, isto é, concedendo ao credor a faculdade de requerer uma segunda hasta (sem que tenha que mediar qualquer prazo entre as duas hastas) e, se esta permanecer sem ofertas, permitindo-lhe tornar-se proprietário do bem empenhado (produzindo-se, assim, uma dação em pagamento, não sem que sejam dissipadas as dúvidas relativamente a uma possível violação da proibição das convenções comissórias). Por sua vez Priego Fernández, ob. cit., pág. 523, realça como, entre outras, a ausência de regras de licitação, a não fixação de um valor mínimo pelo qual a coisa poderá ser adjudicada ao credor ou a um terceiro, a não tipificação das causas de oposição à execução, conduz “*al fracaso de este procedimiento*”. Já Pérez García, ob. cit., págs. 608 a 611, depois de colocar em relevo alguns dos aspectos omissos do procedimento de execução (além dos já enumerados, assinala a falta de critérios para a determinação do notário competente e para a avaliação do bem), evidencia como alguns propendem para o recurso às normas que regulam os processos comuns de execução de bens, ao passo que outros asseguram não se tratar de uma lacuna, mas antes de uma omissão consciente do legislador com a finalidade de reconhecer ao credor a possibilidade de se socorrer de um mecanismo de execução alternativo capaz de assegurar os seus interesses, sem defraudar os do devedor. Em face desta lacuna e quanto aos demais requisitos a que deve obedecer a hasta, alguns sugerem a aplicação das normas que regem essas hastas nos processos judiciais (Barrada Orellana, ob. cit., pág. 399, nota 649), outros daquelas outras ditadas para a execução extrajudicial contidas na lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento (Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 453 e Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 285) e outros ainda de normas específicas para determinadas categorias de bens - como sejam os valores mobiliários admitidos a negociação (Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 383) – e até o direito das comunidades autonómicas (Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 429, invoca a norma do direito catalão que prevê a venda notarial).

<sup>1327</sup> A este respeito vide Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 433 e segs., noticiando a existência de arestos no sentido da inconstitucionalidade, embora a propósito das execuções hipotecárias e com base numa leitura restritiva do princípio da exclusividade da actividade jurisdiccional, refutada pelo Autor, que contrapõe outra mais ampla que “*no impide que órganos no jurisdiccionales ejerzan potestades jurisdiccionales, siempre que haya un posterior control judicial al ejercicio de dichas potestades*” (todavia, a controvérsia centra-se mais nas possibilidades de defesa que o devedor pode utilizar no procedimento extrajudicial - por contraponto com o judicial -, acabando o Autor por não emitir opinião acerca da conformidade do mesmo com a lei fundamental). Já para Campo Güerri, ob. cit., págs. 289 e 290, a posição que advoga a inconstitucionalidade, com fundamento na pretensão atribuição exclusiva ao poder judiciário da faculdade de julgar e executar as suas decisões, não pode admitir-se, uma vez que o direito a uma tutela jurisdiccional efectiva não é lesado pela execução notarial, pois o executado pode opor-se judicialmente a tal execução, invocando, por exemplo, a nulidade do título ou do procedimento ou requerendo as medidas cautelares que entenda convenientes (todavia e de modo a evitar o entorpecimento do procedimento, o Autor sustenta que tal oposição deverá ser proposta no prazo de um mês a contar da notificação da execução e, por outro lado, que seja exigida a prestação de caução por parte do executado). Para além disso, o Autor especifica que “*No es cierto que los órganos de la Jurisdicción Ordinaria tengan la exclusividad de la función ejecutiva. La estricta función que constitucionalmente tienen asignada no es la de ejecutar sino la de hacer ejecutar lo juzgado y muestra de ello es que la ley, en ocasiones, confiere la función de ejecutar a órganos que no pertenecen al poder judicial: las Administraciones públicas, y entre ellas la fiscal*”).

obrigação garantida (para além da circunstância de o empenhante tantas vezes apenas aceitar esta modalidade de execução por se encontrar de algum modo forçado a fazê-lo).

A nossa lei limita-se a prever a possibilidade de as partes convencionarem a venda particular,<sup>1328</sup> isto é, sem recurso ao tribunal, embora não regulando os requisitos a que a mesma deve obedecer, nem tão pouco a respectiva tramitação ou as modalidades que essa convenção possa assumir.<sup>1329</sup>

No silêncio da lei,<sup>1330</sup> há quem entenda que, havendo tal convenção, o credor pignoratício pode vender o bem empenhado “*sem que tenha de observar quaisquer normas de protecção do devedor*”,<sup>1331</sup> embora VAZ SERRA<sup>1332</sup> identifique um conjunto de requisitos, cautelas e efeitos a que a venda particular deva obedecer.<sup>1333</sup>

---

<sup>1328</sup> Afirnam, contudo, que o recurso à venda particular é vedado pelo espírito que enforma a proibição do pacto comissório, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718.

<sup>1329</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 268 e 269, aponta como uma das convenções admissíveis aquela que permite ao credor vender o bem empenhado antes do vencimento do crédito garantido, por considerar ser legítimo ao proprietário autorizar a venda quando lhe aprover. Guillouard, ob. cit., pág. 188, por seu turno, admite mesmo uma convenção, posterior à constituição da garantia, permitindo ao próprio empenhador vender o bem empenhado ao seu credor, independentemente de a venda ser celebrada antes ou depois do vencimento da obrigação garantida (mais longe ainda vai Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 133, admitindo a venda pelo empenhador, mesmo na ausência de uma cláusula nesse sentido e aceitando ainda a concessão, através de um mandato revogável, ao credor de poderes para vender o penhor sem observância das formalidades legais) - aprovam igualmente a venda por parte do empenhador ao seu credor após a conclusão do contrato de penhor, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 296, Bustos Pueche, ob. cit., pág. 564 e Puig Brutau, ob. cit., pág. 21, qualificando tal acto como uma dação em pagamento perfeitamente legítima). Mais renitentes se mostram Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718, apenas aceitando tais pactos se o empenhador não usufruir de nenhuma vantagem - v.g., moratória ou dilação do prazo de pagamento - em troca da celebração da convenção (pois, se assim não for, a convenção ficará sob o jugo da proibição do pacto comissório, uma vez que o cumprimento da obrigação é protelado para um momento posterior).

<sup>1330</sup> Mesmo em matéria de penhor financeiro, o n.º 2 do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, limita-se a afirmar que execução da garantia pelo credor não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução. Em face desta omissão, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 42, entende que cabe às partes a definição dos mecanismos de execução - nomeadamente através do pacto marciano (quando o penhor incida sobre instrumentos financeiros - cfr. art.º 11.º) ou da compensação (quando o penhor recaia sobre numerário e se encontram verificados os requisitos legais daquele instituto) - sempre com respeito dos princípios gerais da ordem jurídica nacional, bem como da boa fé.

<sup>1331</sup> Sofia Maltez, ob. cit., págs. 57 e 58, salvaguardando apenas a proibição do pacto comissório e, especialmente, Isabel Matos, ob. cit., págs. 126 a 129. Esta última Autora começa por verberar o silêncio do legislador (“*era possível - e conveniente - que o legislador eliminasse ou, pelo menos, reduzisse o risco do devedor, regulamentando a venda extraprocessual de forma pormenorizada e garantística. É certo que o credor só poderá proceder à venda extraprocessual do bem empenhado desde que tal tenha sido estipulado aquando da constituição da garantia, mas certamente não será difícil ao credor levar o devedor a consentir convencionar essa modalidade (...) Para ser coerente com a proibição do pacto comissório e a restrição da admissibilidade da convenção de adjudicação às situações em que o bem seja avaliado pelo tribunal, o legislador não deveria ter autorizado tão amplamente o recurso à venda extraprocessual do penhor*”), concluindo que esse silêncio conduz a que “*a posição do devedor poderá não ficar devidamente salvaguardada, tornando o nosso sistema de garantias reais contraditório porque nem sempre atende à mesma conciliação de interesses*”, ressaltando “*que o devedor terá sempre a possibilidade de recorrer a juízo para salvaguardar os seus direitos e, além do mais, nada garante que eles sejam mais eficazmente protegidos através da venda feita em juízo*”. Em termos análogos e tendo por base o art.º 1872.º do CCE - que estabelece como regra a execução notarial - Malo Concepción, ob. cit., págs. 845 e 846, hez revendo que “*las partes pueden pactar otros procedimientos de enajenación que sean suficientemente seguros para el dueño de la cosa, es decir, que se garantice que el acreedor no se adueñará de los valores (prohibición del pacto comisorio) y que la enajenación se hará al mejor precio posible. Ello será muy frecuente en el caso de valores no admitidos a negociación pudiendo pactarse que la enajenación se realice con intervención de Corredor de Comercio Colegiado o con la mediación de una Sociedad o Agencia de Valores*”.

<sup>1332</sup> Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 242 a 266, seguindo de perto as soluções consagradas no direito alemão. Já Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 116 e 117, considera, a propósito do penhor de acções, que “*a possibilidade de execução do penhor pelo credor pignoratício não pode ser entendida como uma carta branca para a sua venda*”, alegando que esta deverá ser levada a cabo de acordo com a regra da boa fé e nas melhores condições de mercado (impedindo, por exemplo, a venda simultânea de um número elevado de acções, assim diminuindo o seu preço), obrigação esta expressamente imposta aos intermediários financeiros (cfr. art.º 304.º e segs. do CVM).

<sup>1333</sup> Também Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 292 e 293, apesar de reconhecer que do texto da lei não decorrem quaisquer regras quanto à avaliação do bem (nem tão pouco se exige que o preço da venda seja um preço real ou de mercado), entende que a letra da lei ficou aquém do seu espírito, não podendo a venda a terceiro ser realizada de modo arbitrário e em prejuízo do devedor. Em abono da sua posição, a Autora procede a um confronto com a proibição do pacto comissório, concluindo que “*não há motivos substanciais que possam justificar o tratamento diverso de uma venda a terceiro e de uma adjudicação ao credor. Em ambos os casos, a execução da garantia representa um risco para o devedor e para os demais credores, que justifica determinadas cautelas. Quer dizer, quando procede à venda extraprocessual (...) o credor vende em nome e por conta do devedor e não em nome próprio. Ora, tratando-se de um acto praticado quanto a um património alheio, impõem-se deveres especiais de cuidado, tanto mais que o devedor deve poder reclamar ao credor pignoratício a devolução do excesso apurado entre o valor do crédito insatisfeito e o valor do bem ou do direito empenhado conforme resultar da execução*”. Em termos análogos, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 243 e 244, admitindo igualmente existir um vazio legal, assegurando que “*Impõe a boa fé que esta venda seja realizada com as cautelas necessárias e de forma comercialmente mais adequada para que se possa obter o preço mais elevado que as condições de mercado, nesse momento, permitam*”, não se consentindo que o credor pignoratício possa ignorar os legítimos interesses do devedor – e até os seus, pois o preço obtido pode não ser suficiente para extinguir a dívida - alienando o bem de qualquer forma e a qualquer preço. Em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1541, invocam o §1245 do BGB para consentir a modelação contratual das condições em que ocorrerá a venda particular, não impondo restrições ao agravamento do regime legal, mas fazendo-o na hipótese de enfraquecimento daqueles requisitos (permitindo apenas o afastamento daqueles expressamente previstos na lei e não de outros, enfatizando o limite inderrogável resultante da proibição das convenções comissórias). Em face do direito italiano (no qual o art.º 2797.º, n.º 4, do CCI admite a possibilidade de as partes convencionarem formas diversas, face às previstas na lei, de proceder à venda), Rubino, Il pegno cit., págs. 266 a 268, sustenta a existência de apenas três limites: a impossibilidade de eliminar a intimação, a necessidade de intervenção de um agente público na venda e, finalmente, o decorrente da proibição do pacto comissório (por força deste último limite, serão nulas não as cláusulas eximindo o credor de devolver ao proprietário o eventual excedente do preço de venda do bem relativamente ao crédito, bem como aquelas aleatórias, nos termos das quais o credor ficará eximido de restituir o eventual excedente ou o devedor de pagar a parte do débito não extinta com o produto da venda do bem empenhado – no mesmo sentido, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 334, Guillouard, ob. cit., pág. 192, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 129 e Troplong, ob. cit., pág. 113). Em sentido próximo, Protetti, ob. cit., págs. 287 a 290 (transcrevendo, como comprovativo da sua tese, o Acórdão do Tribunal de Milão de 21/12/1961, no qual se julgou nula uma cláusula de um contrato atribuindo ao credor o direito de vender o bem empenhado sem necessidade de proceder à intimação prévia), Realmonte, Il pegno cit., pág. 669 e principalmente, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 133 a 135 entendem serem inderrogáveis pelas partes as disposições dos n.ºs 1 e 2 do art.º 2797.º (a intimação, o prazo para o executado se defender, o efeito suspensivo da oposição, bem como as formas de proceder à venda), por considerarem serem garantias mínimas para o devedor e o terceiro dador do penhor, admitindo apenas a derrogação das normas atinentes às modalidades da venda (por exemplo, estabelecendo que a venda decorrerá em local diverso daquele onde se encontre o bem ou que será sempre vendido por um oficial público) e, por último, Faggella, ob. cit., pág. 134 (reconhecendo ser indispensável dar conhecimento antecipado da venda ao devedor, possibilitar-lhe a invocação de meios de defesa e evitar que as convenções sobre a execução pignoratícia não escondam qualquer pacto comissório). Já Gabrielli, Il pegno cit., págs. 333 e 334, embora comungando das ideias gerais de Gorla e Zanelli, dá conta de posições doutrinárias e jurisprudenciais admitindo a derogabilidade de algumas formalidades previstas nos n.ºs 1 e 2 do art.º 2797.º do CCI, nomeadamente aceitando a validade dos pactos - em particular de contratos bancários, nos quais tal termo é suprimido - que reduzem o prazo para o executado se opor à execução, maxime nos casos em que a comercialidade do bem possa estar em risco com o passar do tempo, enquanto Giacomo Molle, In tema di vendita del pegno nell’apertura di credito garantita da titoli di credito, in BBTC, 1957, Tomo II, pág. 3 e segs., dando o seu aval a uma decisão da Corte de Cassação

Desde logo, neste tipo de venda e ao contrário da venda judicial,<sup>1334</sup> o credor actua por conta própria (embora eventualmente se possa conceder que o faz em nome e como representante do empenhador ou proprietário do bem), alienando um bem alheio, produzindo-se, por isso, predominantemente direitos e obrigações e direitos para ele.<sup>1335</sup>

Mais ainda, para proceder à venda é necessária a verificação cumulativa de vários pressupostos, como a existência de um direito de penhor válido e vencido no momento da alienação, uma moderação da venda<sup>1336</sup> e a obrigatoriedade de esta ser efectuada (e publicitada).<sup>1337</sup>

Este último aspecto reveste-se de capital importância, pois será imperioso garantir a participação do maior número possível de interessados na aquisição do bem e, paralelamente, assegurar a notificação dos titulares de direitos reais sobre os bens alvo da execução (pelo menos quando graduados antes do crédito pignoratício exequendo).<sup>1338</sup>

---

de 13/6/1956 que considerou que a interpelação ao devedor “*non è prescrita a pena di nullità, onde la diffida raggiunge ugualmente il suo effetto ove, pur non essendosi adempiuto alle formalità prescritte, che hanno lo scopo di rendere certa la ricezione e la data della diffida, tale certezza risulti incontestabilmente da una dichiarazione del debitore non disconosciuta*” (no caso tratava-se de um abertura de crédito de garantida por títulos de crédito, na qual havia sido fixada uma constante proporcionalidade entre a soma usada pelo cliente e a garantia por ele prestada, pelo que, verificando-se um desfasamento entre estes dois valores, ao credor pignoratício assistiria o direito de exigir do seu devedor um suplemento de garantia, sob a cominação de, não o fazendo, proceder à venda do bem empenhado).

<sup>1334</sup> Na venda judicial, ao invés, quem transmite o bem empenhado é o seu proprietário, ainda que fisicamente o adquirente o possa receber do credor pignoratício, pois é este quem o conserva em seu poder (Barrada Orellana, ob. cit., págs. 372 e 372, retirando a conclusão que a responsabilidade por eventuais vícios ou defeitos ocultos ou pela reivindicação do bem recai sobre o proprietário empenhador).

<sup>1335</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 242, enumera, entre estes direitos e obrigações do credor, o direito ao preço, a obrigação de entrega do bem e a responsabilidade pelos vícios da coisa, excepto, neste último caso, se vender a coisa com a indicação de o fazer no exercício de um direito pignoratício e caso os vícios sejam ignorados, sem culpa, pelo credor: se assim for, responsável pelos vícios será o empenhador (em sentido próximo Faggella, ob. cit., pág. 136, indo ao ponto de responsabilizar o credor, não só pelos vícios do bem, mas também face a uma possível evicção). Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 125 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 332, por seu turno e em face do processo especial de venda do penhor consagrado no art.º 2797.º do CCI, sugerem dever o credor usar da diligência comum, de modo a salvaguardar igualmente os interesses do empenhador, concretizando-se tal dever na escolha do agente encarregue e das modalidades da venda, bem como na obrigação de alertar o empenhador do resultado da venda (mas já não a escolha do momento oportuno para realizar a venda, aspecto relativamente ao qual o credor é soberano – em conformidade, relativamente a este último aspecto, Faggella, ob. cit., pág. 134, acrescentando não ser o credor responsável por um eventual menor valor do bem empenhado, relativamente ao momento do vencimento da obrigação garantida, na data da venda).

<sup>1336</sup> Isto é, o credor titular de vários penhores deve apenas vender os necessários para satisfação do seu crédito. Se forem alienados mais bens do que os necessários, serão inválidas todas as vendas (caso sejam simultâneas) ou apenas as realizadas depois de satisfeito o credor (caso sejam celebradas em momentos sucessivos), muito embora sejam admissíveis convenções atribuindo ao credor o direito ou o dever (por exemplo, quando se empenhe uma universalidade e a venda de um dos seus elementos destrua a unidade económica ou diminua o valor das coisas singulares restantes) de alienar mais bens do que os necessários à satisfação do crédito, ao menos quando tais convenções aproveitem também ao empenhador – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 243 e 244.

<sup>1337</sup> Para tal, será ainda necessário tornar públicos o local e a data da venda, bem como notificar o devedor (e o empenhador, no caso de não ser o devedor).

<sup>1338</sup> Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral cit., pág. 7 e segs., apontando como exemplo o privilégio mobiliário geral da Segurança Social que, nos termos do art.º 204.º, n.º 2, do Código Contributivo para a Segurança Social, prevalece sobre qualquer penhor, mesmo que este seja de constituição anterior. Segundo o Autor, a posição contrária – desnecessidade de citação dos credores privilegiados e exclusão destes do concurso – significaria que bastaria a convenção no sentido de a venda ser realizada extra-judicialmente para excluir a prevalência que a lei atribui a estes créditos privilegiados, razão pela qual “*se deverá aplicar aqui, por analogia com o disposto no seio do processo executivo, o dever do credor pignoratício comunicar à segurança social, tanto a existência do penhor*

Com efeito, a não citação destes últimos é susceptível de abalar a escala legal de graduação dos créditos preferentes, razão pela qual, pelos mesmos motivos expostos a respeito da atribuição do bem, advogamos a inadmissibilidade do seu não chamamento.

Para atingir estes objetivos, parece como mais idónea para este a hasta pública,<sup>1339</sup> salvo se o bem tiver um preço de bolsa ou de mercado (caso em que o credor pode optar pela alienação a preço corrente a efectuar por um agente oficialmente habilitado para negociar esse tipo de bens)<sup>1340</sup> ou, ainda, quando o valor dos bens não se coadune com as despesas inerentes à hasta, em situação de urgência ou quando a equidade o imponha.<sup>1341</sup>

Parece igualmente de impor o aviso prévio ao proprietário do bem a alienar, (igualmente dirigido ao devedor, se este não for o empenhante), a observância de um prazo de espera entre o aviso da venda e a sua realização (destinado a o devedor possa resgatar o bem, liquidando a quantia exequenda),<sup>1342</sup> da realização da venda no local onde se encontre o objecto empenhado,<sup>1343</sup> da comunicação do resultado final da venda,<sup>1344</sup> e, finalmente, da necessidade de pagamento imediato do preço por parte do terceiro adquirente.<sup>1345</sup>

Sendo a hasta pública, tanto o credor, como o proprietário do bem empenhado encontram-se legitimados para nela participar e, por maioria de razão, qualquer um deles poderá vir a ser o comprador.<sup>1346</sup>

---

*sobre aquele bem, como que pretende proceder à execução”,* ressaltando apenas os casos em que, de acordo com a lei processual civil, os credores detentores de privilégios mobiliários gerais se encontram impedidos de reclamar os respectivos créditos em execuções alheias. Todavia e de um modo um tanto contraditório, o mesmo Autor (in *A cessão de créditos cit.*, págs. 550 e 551, nota 1074), advirta que a venda extraprocessual pode permitir ao credor pignoratício satisfazer-se com postergação de credores hierarquicamente prevalentes, nomeadamente os titulares de privilégios mobiliários que, no âmbito da venda executiva, seriam citados para o processo.

<sup>1339</sup> Para além de ser um meio eficaz para a obtenção de um preço justo. Quanto ao decurso da hasta, ela seria conduzida por um funcionário judicial ou conduzida por uma casa de leilões designada pelo juiz, nela podendo licitar qualquer sujeito (mesmo o empenhador, o devedor e o credor pignoratício) e, se na primeira hasta não for oferecido um preço aceitável, deverá admitir-se a realização de outras hastas até que o credor entenda ter sido alcançado um valor razoável (sem prejuízo do empenhador ou do devedor poderem evitá-lo, pagando a dívida ou oferecendo um preço não inferior ao montante desta).

<sup>1340</sup> Optando o credor por esta alternativa, deverá a venda ser efectuada pelo preço corrente (considerando Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, págs. 116 e 117, ser o que sucede com as acções cotadas em bolsa, admitindo, em conformidade, que o credor pignoratício possa emitir a ordem de venda, mas colocando mais dúvidas no que respeita às acções não cotadas, tendo em conta que o valor real destas não corresponde ao seu valor nominal, nem pode assentar apenas no valor contabilístico da empresa). Se, pelo contrário, recorrer à hasta pública (o que, em razão do carácter mais dispendioso desta, só deverá suceder quando seja de esperar que daí possa advir um preço mais alto) não deverá o bem vender-se por preço inferior ao corrente de mercado – Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 247.

<sup>1341</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 245.

<sup>1342</sup> Prazo esse que deverá oscilar entre uma semana e um mês.

<sup>1343</sup> Ou, se não for de esperar um resultado justo, noutra local adequado. Porém, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 255, apenas admite a verificação deste requisito quando o proprietário tenha sido avisado da venda (caso contrário, entende poder ser demasiado oneroso para o credor).

<sup>1344</sup> Designadamente para assegurar a devolução ao proprietário de um eventual excedente da venda.

<sup>1345</sup> A justificação para esta exigência reside na protecção do proprietário, uma vez que um eventual excedente da venda reverterá a seu favor, sendo arriscado que o comprador fique a dever.

<sup>1346</sup> Relativamente ao credor, aceitam-no como adquirente Guillouard, *ob. cit.*, págs. 193, Puig Brutau, *ob. cit.*, pág. 20 e 194, Mirabelli, *ob. cit.*, pág. 443 (considerando que o credor, ao efectuar a venda particular, actua em nome próprio – e não em representação do devedor – pelo que não estaremos perante um negócio consigo mesmo, além de o credor ter também interesse em elevar o valor da venda para exercer o seu direito de preferência), Reglero Campos, *Ejecución cit.*, págs. 436 e 437 (considerando que alguma jurisprudência interpreta esta possibilidade como uma excepção à proibição do pacto comissório) e Vaz Serra, *ult. ob. e loc. cit.*, realçando a necessidade de observância dos requisitos anteriormente expostos

O pagamento do preço por parte do comprador produzirá como efeito, nas relações entre o credor pignoratício vendedor e o proprietário do bem empenhado, a satisfação – total ou parcial – do crédito assegurado, desde que a venda tenha obedecido aos pressupostos explanados.<sup>1347</sup>

Faltando alguns destes pressupostos, há que fazer uma distinção entre aqueles que devam considerar-se insubstituíveis (no sentido em que a sua falta impede até o adquirente de adquirir a propriedade) e os que poderão ser substituídos (no sentido em que a boa fé do adquirente poderá ultrapassar a sua omissão), parecendo caber no âmbito dos primeiros a necessidade de a venda ser efectuada em hasta pública (com citação dos demais credores preferentes e sem prejuízo dos ditames da lei em matéria de concurso de credores) ou, tratando-se de coisas com preço de bolsa ou de mercado, se realizar por intermédio de pessoa autorizada para o efeito.<sup>1348</sup>

Relativamente às demais condições, a sua inobservância apenas acarreta, em regra,<sup>1349</sup> o pagamento de uma indemnização ao proprietário,<sup>1350</sup> não afectando a validade e eficácia da venda.

---

acautela suficientemente os direitos do proprietário e, além do mais, há até uma certa conveniência em admiti-lo como comprador, na medida em que pode ter interesse em adquirir o bem (uma vez adquirida a coisa pelo credor, este compensará a dívida do preço com a crédito, até onde coincidam), até porque mesmo na execução judicial é permitido ao credor adquirir o bem onerado (cfr. implicitamente o art.º 887.º, n.º 1, do CPC e, inequivocamente, Lebre de Freitas, Código de processo civil anotado, Coimbra Editora, 2003, pág. 569). No que concerne ao proprietário, Vaz Serra sustenta que a aquisição terá como efeito libertar a coisa do encargo pignoratício. Todavia, a possibilidade de aquisição por parte destes sujeitos é controversa, manifestando-se Faggella, ob. cit., pág. 138, Rubino, Il pegno cit., pág. 266 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 136, contra a aquisição por parte do devedor empenhador, mas já não do terceiro concedente da garantia (admitindo, pelo contrário, que o empenhador possa ser adquirente, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 333), negando mesmo Gorla e Zanelli e Gabrielli, ult. obs. e locs. cit., que o credor e os terceiros – adquirente e/ou empenhador – o possam fazer quando tenha lugar a venda privada, mas já não quando se trate de venda efectuada por uma entidade pública. Protetti, ob. cit., pág. 303 e Faggella, ob. cit., pág. 138 não admitem como comprador o credor pignoratício.

<sup>1347</sup> Se, por hipótese, a venda for efectuada com preterição das formalidades substituíveis, o preço pago pelo comprador deve pertencer ao proprietário do bem alienado, sem prejuízo da manutenção do crédito pignoratício, podendo este reivindicá-lo ao credor (Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 262, justifica esta solução com a irrazoabilidade que resultaria da possibilidade de o credor se apropriar do produto de uma venda ilegalmente por si efectuada). Se a venda for realizada com preterição das formalidades insubstituíveis, a alienação é inválida e a propriedade do bem permanece no empenhador, pelo que não se torna dono do preço.

<sup>1348</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 248 a 250, salientando que a imposição de requisitos insubstituíveis se justifica pela necessidade de tutela do proprietário do bem e que, dado o seu número exíguo, serem de relativamente fácil comprovação pelo comprador.

<sup>1349</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 253, sugere que a omissão do aviso prévio não gere apenas uma obrigação de indemnizar, mas deva considerar-se como substituível (no sentido, recorde-se, em que apenas a boa fé do adquirente o poderia suprir). Por outro lado, a cominação para o não pagamento imediato (antes do fim da hasta ou, não havendo lugar a esta, até à entrega da coisa) será a perda dos direitos do comprador e uma ficção de pagamento nas relações entre o credor e o proprietário, considerando-se este como pago e tendo aquele direito a exigir o pagamento do adjudicatário (sem prejuízo de, sendo a venda efectuada por um valor superior ao do crédito pignoratício, o proprietário ter direito, como credor do credor vendedor pelo excedente, o direito de exercer o crédito do vendedor contra o comprador, bem como de, nesse caso, exigir uma indemnização do vendedor por ter tido necessidade de accionar o comprador). Caso o credor pignoratício não notifique os titulares de créditos preferentes ao seu, estes últimos não se extinguem, transferindo-se antes para o produto da venda do bem, nos termos do art.º 824.º, n.º 3 – Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral cit., pág. 8).

<sup>1350</sup> Resulta do exposto poder uma venda ser desconforme com exigências impostas pelo ordenamento jurídico – por falta de algum dos pressupostos – e, ainda assim, ser eficaz, desde que estejamos perante a preterição de um requisito não insubstituível (por exemplo, não ter o credor o direito de proceder à venda) e o adquirente se encontre de boa fé (quando julgar, sem culpa, ter o alienante o direito de penhor e estarem verificados os demais requisitos impostos para a licitude da venda). Neste caso, o credor

Há, todavia, um aspecto em que a actual lei limita a autonomia privada neste domínio, uma vez que não admite, mesmo havendo convenção nesse sentido, que o credor fique com o bem empenhado sem avaliação (ou através de uma simples avaliação por si efectuada), pois tal configuraria uma violação da proibição do pacto comissório (cfr. art.º 694.º, por remissão do art.º 678.º).<sup>1351</sup>

O efeito de uma convenção destas seria o de transformar o penhor numa venda condicional – sujeita à verificação do inadimplemento da obrigação garantida - e absoluta – no sentido em que não existiria qualquer concorrência entres os potenciais interessados na aquisição.<sup>1352</sup>

Por força desta imposição, o vencimento da obrigação garantida não é susceptível de, por si só, provocar a transferência da propriedade do objecto empenhado para o credor,<sup>1353</sup> muito embora seja admissível que, mesmo sem acordo prévio nesse sentido, seja entregue ao credor, após o incumprimento, uma coisa do devedor em vez do pagamento (o que, no fundo, corresponde à figura da *datio in solutum*).<sup>1354</sup>

Uma outra limitação decorre do facto de o pacto apenas produzir efeitos entre os contraentes, mas já não em relação a terceiros a quem possa prejudicar (designadamente aqueles cujos direitos possam ser afectados pela venda, como outros credores com garantias sobre os bens a vender), excepto se estes derem o seu consentimento<sup>1355</sup> ou se intervierem nesse mesmo procedimento de alienação convencionalmente acordado: isto é, se essa alienação for realizada com preterição dos direitos de tais terceiros (nomeadamente por os seus créditos serem graduados hierarquicamente acima dos do credor exequente e não terem sido notificados para a execução), poderão estes arguir a invalidade da alienação (analogamente ao que sucede com o exercício da faculdade de requerer a atribuição judicial).

## 8.2.2 - Venda judicial

Na falta de estipulação contratual em contrário (ou, quando ela exista, por opção do credor) e sem prejuízo de o credor pignoratício ser citado sempre que, numa execução promovida por outro credor, seja penhorado o bem previamente empenhado a seu favor (art.º 864.º, n.º 3, alínea b), do CPC) - aí podendo reclamar o pagamento do seu crédito, invocando a respectiva preferência - a execução da garantia ocorrerá por via judicial,<sup>1356</sup> resultando do art.º 835.º do CPC<sup>1357</sup> que deverá recair, primeiramente, sobre

---

alienante poderá ter de indemnizar, nos termos gerais de responsabilidade civil, o proprietário do bem pelo facto de ter disposto ilegitimamente do seu direito, sem prejuízo da transmissão da propriedade por parte do terceiro adquirente.

<sup>1351</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 695. De acordo com Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 252 e segs., o pacto comissório reúne três elementos: a atribuição de uma faculdade de apropriação imediata, a ligação dessa faculdade ao bem de garantia e a respectiva imputação ao credor garantido.

<sup>1352</sup> Assim, Troplong, ob. cit., pág. 108 e Massimo Bianca, Patto comissorio, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3.ª Edição, 1957, Vol. XII, pág. 714 (este último sentenciando que, deste modo, se asseguraria ao credor a aquisição do bem, independentemente dos sucessivos actos dispositivos do devedor ou das pretensões de outros credores concorrentes, destarte garantindo uma satisfação secundária do seu crédito).

<sup>1353</sup> Contudo, já se decidiu (cfr. Acórdão do STJ de 9/12/1999, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) não constituir violação da proibição do pacto comissório o facto de o credor adquirir o bem ao proprietário do bem, em satisfação da sua obrigação e ainda que para o caso de incumprimento desta, alegando que tal cláusula não confere um direito ao bem empenhado directamente relacionado com o incumprimento da obrigação garantida.

<sup>1354</sup> Sobre o pacto comissório e a dação em pagamento, vide infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>1355</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 286 e 289.

<sup>1356</sup> Porém, se o credor – por exemplo, para obtenção de um título executivo – lançar mão de uma acção declarativa de condenação, não será legítimo ao devedor, para se defender, invocar a suposta obrigação de, uma vez vencida a obrigação garantida, executar o bem empenhado (neste sentido, Acórdão do STJ de



o objecto da garantia, (sem necessidade sequer de nomeação à penhora), apenas podendo incidir sobre outros bens quando o produto da venda daqueles for insuficiente para a satisfação do crédito garantido<sup>1358</sup> (art.º 697.º, aplicável por remissão do art.º 678.º), tendo o devedor o direito de se opor a que, mesmo relativamente aos bens onerados, a execução se espraie para além do necessário ao pagamento do credor.<sup>1359</sup>

Contudo, a possibilidade de o credor pignoratício executar (para além e normalmente depois do bem empenhado) outros bens do devedor pode ser aniquilada, mediante acordo das partes no sentido de cingir a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação garantida ao objecto da garantia.<sup>1360</sup>

Todavia, o disposto no citado art.º 835.º do CPC apenas se aplica quando os bens onerados pertençam ao devedor, devendo a sua invocação ser entendida em termos hábeis quando estejam em causa bens pertencentes a um terceiro que os tenha dado em penhor em garantia de uma dívida alheia: nesta última hipótese e como, salvo estipulação em contrário, nem o terceiro, nem o devedor, gozam do benefício da excussão, o credor poderá optar por executar o bem empenhado ou, em alternativa, qualquer dos bens do devedor.<sup>1361</sup> Se, porém, o terceiro, para evitar a execução, pagar

---

4/7/1980, in BMJ n.º 299, pág. 215 e segs.), pelo que as questões relativas à possibilidade de o credor executar outros bens além do objecto do penhor apenas deverão ser discutidas no decurso da acção executiva e não no âmbito do processo declarativo (cfr. Acórdão do STJ de 12/6/1962, in BMJ n.º 118, pág. 404 e segs.).

<sup>1357</sup> Chegando à mesma conclusão em face da anterior legislação civil e processual civil, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 19/4/1961, in *Jurisprudência das Relações*, ano 7 (1961), Tomo I, pág. 322 e segs..

<sup>1358</sup> Do mesmo modo em face do direito italiano, Protetti, ob. cit., pág. 303, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 126, Montel, Pegno cit., pág. 787, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 258 e 259, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 318 e o art.º 2911.º do CCI.

<sup>1359</sup> Vide, por todos, Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, págs. 241 e 242.

<sup>1360</sup> Esta possibilidade é expressamente prevista para a hipoteca no direito espanhol (art.º 104.º da Lei Hipotecária), defendendo Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, pág. 695, a sua aplicação a qualquer garantia real, assegurando que, quando tal convenção seja acordada, a posição do credor será mais sólida do que a de um credor comum, em razão da preferência especial que, sobre o bem objecto de garantia real, lhe assiste (acrescentando que a admissibilidade de tais convenções se pode fundar, desde logo, na liberdade contratual e no carácter não imperativo da cumulação da responsabilidade patrimonial geral do devedor com a sua responsabilidade real reflectida em determinados bens). Malo Concepción, ob. cit., pág. 830, admite expressamente a validade do pacto nos termos do qual, para pagamento da obrigação assegurada, o credor possa apenas executar o bem empenhado. No direito italiano, a doutrina reconhece a derogabilidade destas regras gerais, chegando Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 258 e 259, a reconhecer a admissibilidade de pactos estabelecendo que a execução deva começar por certos bens, que o credor pignoratício apenas possa executar o bem empenhado (mesmo que o valor deste seja insuficiente para cobrir o montante da dívida) ou, por último, que a execução comece por qualquer bem do devedor que não aquele dado em penhor (acrescentando mesmo que tal pacto terá eficácia geral, na medida em que representa uma renúncia do credor ao benefício que lhe é concedido pelo art.º 2911.º do CCI e, por isso, os credores quirografários não podem pretender a aplicação da ordem legalmente prevista. Além do mais, desta convenção não resulta qualquer prejuízo para estes outros credores, porquanto, uma vez satisfeito o credor pignoratício, o bem empenhado fica à sua mercê). No nosso País, tal possibilidade é expressamente admitida pelo art.º 602.º, que admite a limitação da responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens (embora, como ressaltam Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 618 e 619, tal convenção seja inválida quando esteja em causa a garantia de um crédito irrenunciável, como sucede com a obrigação de alimentos).

<sup>1361</sup> Sustentam esta posição Vaz Serra, *Penhor cit.* in BMJ n.º 58, págs. 221 a 227 (justificando a não aplicação do regime do art.º 835.º do CPC por admitir não ser de presumir ter sido essa a intenção das partes) e Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 242, nota 685 (alertando que, se o credor decidir executar o bem de terceiro onerado, poderá demandar desde logo também o devedor – nos termos do art.º 56.º, n.º 2, do CPC e para a eventualidade de o produto da venda do bem onerado ser insuficiente: caso não o faça e se venha a demonstrar a referida insuficiência, poderá, no mesmo processo, ordenar o prosseguimento da acção contra o devedor – cfr. art.º 56.º, n.º 3, do CPC. Em qualquer dos casos, o

ao credor, fica sub-rogado nos direitos deste (art.º 592.º)<sup>1362</sup>, exercendo, em seguida, um eventual direito de regresso contra o devedor.<sup>1363</sup>

Quando o bem se encontra empenhado a favor de diversos credores, a todos assiste o *ius distrahendi*, pelo que qualquer deles pode promover a respectiva execução (desde que, naturalmente, o respectivo crédito se encontre vencido),<sup>1364</sup> mesmo que o seu crédito não seja o preferente,<sup>1365</sup> uma vez que os direitos do credor com a garantia anterior são tutelados pela chamada à execução (art.º 864.º), pela possibilidade de aí ver reconhecida a sua preferência (art.º 868.º) e porque, conforme salientado anteriormente e mesmo que a coisa se encontre em seu poder, essa retenção será oponível a terceiros.<sup>1366</sup>

---

terceiro concedente do penhor pode opor ao credor os meios de defesa que o devedor tenha contra o crédito – ainda que este a eles tenha renunciado o devedor e com exclusão das excepções que são recusadas ao fiador –, tendo ainda o direito de se opor à execução enquanto o devedor puder impugnar o negócio donde provém a sua obrigação, ou o credor puder ser satisfeito por compensação com um crédito do devedor, ou este tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do credor – cfr. art.º 698.º, n.ºs 1 e 2, aplicáveis por remissão do art.º 678.º do mesmo Código). Em termos convergentes, no direito italiano Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 318 e 319, Protetti, *ob. cit.*, pág. 303, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 126 e Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 259 e 260, comungando das mesmas justificações – e acrescentando não existir qualquer analogia com a situação em que o penhor é prestado pelo próprio devedor, uma vez que, neste caso, são diversas as pessoas do devedor e do concedente – mas admitindo poderem as partes convencionar a atribuição do benefício da excussão a favor do terceiro (embora com efeitos limitados à relação entre este e o devedor – podendo, por isso, ser violado pelo credor e não podendo ser invocado por adquirente sucessivo do bem – pois, caso contrário, significaria a imposição de uma sujeição ao credor contra a sua vontade e sem fundamentação legal). Porém, se o credor executar conjuntamente o bem empenhado pertencente a terceiro e um bem do devedor, o juiz (oficiosamente ou no seguimento da oposição do devedor ou do terceiro) poderá excluir do âmbito da execução qualquer um daqueles bens, nos termos do art.º 2797.º, n.º 3, do CCI.

<sup>1362</sup> Relativamente aos efeitos da sub-rogação e de acordo com Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ* n.º 58, págs. 237 e 238, se o dono do bem empenhado em garantia de uma dívida alheia satisfizer o credor, pode o devedor opor-lhe as excepções que tinha contra o credor (embora com os limites decorrentes da relação entre o devedor e o proprietário do bem) e, havendo vários devedores solidários, o direito de sub-rogação poderá ser exercido por inteiro contra qualquer um deles (se a satisfação do credor for apenas parcial, a sub-rogação também o será, abrangendo, nessa parte, as respectivas garantias) – concluindo serem estas conclusões aplicáveis quando a sub-rogação se der a favor de outras pessoas, nomeadamente do terceiro adquirente do bem.

<sup>1363</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 264 a 266, adverte para o facto de esta possibilidade de pagar ao credor pignoratício, concedida ao terceiro constituinte da garantia e ao terceiro adquirente, apenas poder ser exercida até ao momento da venda e, uma efectuada a proposta, não ser admissível a sua recusa por parte do credor (admitindo ser esta uma opção a ter em conta quando algum daqueles terceiros pretenda manter a propriedade de bem, sobretudo tendo em conta que, em sede pignoratícia e ao invés do que sucede com a hipoteca, não é admissível a expurgação). Já Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 323, este direito de regresso é um direito novo, independente do que assistia ao credor satisfeito e de conteúdo variável consoante a totalidade do valor do bem tenha servido para pagamento do débito alheio ou apenas tenha sido necessário utilizar uma parte daquele valor – Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 323).

<sup>1364</sup> Outra alternativa será o pagamento ao credor preferente no concurso, com o correspondente efeito sub-rogatório, extensível à garantia daquele (cfr. art.ºs 592.º, n.º 1, 593.º, n.º 1 e 582.º, este último por remissão do art.º 594.º).

<sup>1365</sup> No penhor de créditos, o art.º 685.º, n.º 3, dispõe que apenas ao credor preferente assiste legitimidade para cobrar o crédito empenhado, acrescentando que aos demais credores pignoratícios cabe a faculdade de compelir o devedor a satisfazer a prestação ao credor preferente – do regime legal decorre, assim, que estes últimos possuem legitimidade para executar a garantia, embora não possam receber directamente o produto dessa execução.

<sup>1366</sup> Em termos análogos, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 455, que “*corresponde a todo acreedor la facultad de instar la venta de la prenda, pero como únicamente uno sólo es el que posee, el primero, sólo a través de éste podrá llevarse a cabo materialmente la ejecución*”: todavia, “*Llegado el vencimiento del crédito inmediato al vencido, el acreedor posterior podrá obtener de su titular la posesión de la prenda, pagándole las cantidades que le correspondían y proceder a la venta de la*

Importa igualmente solucionar a questão dos bens a executar quando existam várias garantias assegurando o cumprimento da mesma obrigação, tanto mais que parece não existir nenhuma regra explícita no sentido de proibir a constituição de várias garantias para assegurar o cumprimento de uma mesma obrigação ou sequer que interdite a desproporção entre os valores da garantia e do crédito assegurado, nem tão pouco que vede a oneração simultânea da totalidade do património – mesmo que futuro – em garantia de um mesmo crédito (do mesmo modo que nada obriga – antes a indivisibilidade da garantia a tal se opõe – a uma liberação proporcional dos bens onerados em consequência de uma amortização parcial da dívida garantida)<sup>1367</sup> - restam, porém, os paliativos gerais, como os institutos da boa fé e o abuso do direito, para invalidar garantias cujo montante (por contraponto com o do crédito garantido), a abrangência (tendo em conta a totalidade dos bens do credor) ou a natureza futura (ao condicionar a posterior capacidade de endividamento do devedor) se mostrem desproporcionais, especialmente quando tais critérios se verifiquem cumulativamente.

Verificando-se uma cumulação de garantias para tutela de um mesmo crédito,<sup>1368</sup> embora a regra seja a da liberdade de escolha, por parte do credor, da garantia a

---

*misma*” (naturalmente que o produto da venda do bem servirá para satisfazer cada um dos credores em função do seu grau de preferência e, quando os respectivos créditos não se encontrarem vencidos, constituir-se-á um penhor irregular sobre aquele produto). Já Guilarte Zapatero, ob. cit., págs. 564 e 565, defende que só através do credor possuidor é possível instar a venda, a qual deve ser promovida com citação dos demais credores pignoratícios, embora esclarecendo que “*los acreedores posteriores no pueden forzar a los preferentes a la venta de la prenda mientras no esté vencido el crédito anterior y que, llegado el vencimiento del crédito preferente, el acreedor posterior puede obtener de su titular la posesión de la prenda, pagándole las cantidades que les corresponden e instar la venta de la misma*” (se, ao invés, for o credor preferente pretender desencadear a execução do bem onerado, será pago com o produto da venda - assim como todos os demais credores pela sua ordem e até ao montante da venda - extinguindo-se os penhores posteriores, porquanto o objecto é alienado livre de quaisquer ónus, sem que se verifique qualquer conversão da garantia originária num penhor irregular sobre o produto da venda). Também em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1545 a 1547, entendem que apenas o credor pignoratício detentor da causa de preferência graduada em primeiro lugar pode desencadear a execução, podendo até exigir dos demais a concessão da posse do bem para esse efeito, caducando todas as causas de preferência, as quais se transferirão, de acordo com a respectiva hierarquia, para o produto da alienação.

<sup>1367</sup> Nestes termos para o direito espanhol, Garcia Vicente, La prenda cit., págs. 91 a 93, embora notando que a jurisprudência, a respeito do penhor *omnibus*, tem invocado a boa fé e a ordem pública para invalidar as cláusulas que não preenchem os requisitos legais de determinação da obrigação garantida, postura esta que merece o aplauso do Autor, para quem os tribunais “*deberán, por su parte, conjurar el peligro de sobregarantía que agote o disminuya gravemente la capacidad del deudor de obtener nueva financiación que pueden representar las cesiones globales anticipadas de créditos futuros en garantía: a través de un riguroso control de contenido de las condiciones generales de la contratación, prerredactas por las entidades financieras, y utilizando, para las condiciones particulares, el orden público económico como límite a la libertad contractual*”.

<sup>1368</sup> O §1230 do BGB estabelece que, existindo diversos penhores, o credor pignoratício pode, desde que nada tenha sido estipulado em contrário, escolher vender aqueles que pretender, com o limite decorrente do facto de apenas pode proceder à venda daqueles necessários à sua satisfação. Em termos aproximados, Francesco Pellegrini, ob. cit., págs. 158 e 159, advogam que “*Dal principio che il pegno come la ipoteca sono indivisibili nasce la conseguenza che il creditore ha la libera scelta nella escussione delle singole cose date in pegno*”, mesmo que sobre algum ou alguns desses bens existam outros penhores, porquanto “*Codesta scelta non può essere normalmente ostacolata dal creditore posteriore*”, na medida em que o credor anterior pode ser movido por diversas razões que conduzam à postergação do direito do credor posterior que tenha uma garantia mais limitada. Como forma de paralisar este direito de escolha que assiste ao credor pignoratício de grau superior, os eventuais credores posteriores poderão socorrer-se do pagamento com sub-rogação legal no grau (o qual prescinde da anuência do credor preferente, podendo o sub-rogante compeli-lo a aceitar o pagamento) ou, em alternativa e dispuserem de um crédito exigível, provocar a execução dos diversos penhores – e, assim, o concurso sobre o preço de todos os bens - forçando o credor pignoratício prioritário a pagar-se sobre o produto da venda de todas as garantias.

executar,<sup>1369</sup> cabe determinar se, em alguns casos, não será forçoso estabelecer a ordem pela qual o credor se deverá satisfazer.<sup>1370</sup>

Assim, sendo todas as garantias reais constituídas pelo devedor ou pelo mesmo terceiro ou por vários terceiros, poderá o credor iniciar a execução por aquela que lhe aprouver, independentemente da data de constituição recíproca, sem prejuízo da sub-rogação de quem seja executado nos direitos do credor contra os demais.<sup>1371</sup>

Mesmo que uma das garantias reais tenha sido constituída pelo devedor e outra por terceiro, caberá ao credor optar por executar qualquer delas.<sup>1372</sup>

Parece, porém, que no caso de garantia real prestada pelo devedor e uma fiança, o credor deverá executar primeiramente o penhor, uma vez que caímos no âmbito de aplicação do art.º 835.º do CPP, na medida em que existe uma garantia real sobre um bem do devedor, interpretação esta corroborada, pela atribuição ao fiador – salvo convenção em contrário, hipótese na qual será legítimo ao credor optar por executar, à sua escolha, bens do devedor ou do terceiro fiador, sendo que, optando pela primeira alternativa, deverá nomear à penhora o bem empenhado - do benefício da excussão (art.º 638.º).

A conclusão acabada de alcançar impõe-se, com ainda mais vigor, em caso de concurso, para garantia do mesmo crédito, de uma fiança e de um penhor concedido por terceiro (que não o fiador),<sup>1373</sup> atendendo a que o n.º 1 do art.º 639.º determina o direito do fiador exigir a execução prévia dos bens sobre os quais incide a garantia real, desde que esta seja contemporânea ou anterior à fiança.

---

<sup>1369</sup> Considerando ser legítimo ao credor, em acções diferentes, executar uma garantia pignoratícia e outra hipotecária que garantam o mesmo crédito, sem que exista litispendência (em razão das diversas causas de pedir), vejam-se os Acórdãos da Relação de Lisboa de 9/12/1993 e da Relação do Porto de 9/6/1992, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (todavia, neste segundo aresto ressalva-se a necessidade de ordenar a suspensão da instância num dos processos, a fim de se apurar se, no outro, o produto da venda será ou não suficiente para pagamento integral do crédito).

<sup>1370</sup> Seguimos, a este respeito, as considerações de Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 227 a 231.

<sup>1371</sup> A diversa data de constituição não significa ter o credor aceite a necessidade de obter a satisfação do seu crédito através da execução da garantia mais antiga ou, no plano inverso, que o empenhador pretendesse que a sua garantia apenas se realizasse depois das anteriores (além do ónus excessivo que representaria, para o credor, ter de determinar a data de constituição de cada uma das garantias e, além disso, o incómodo que seria ter de executar todas elas para obter de cada uma delas numa parte proporcional – ademais, tal representaria uma postergação do princípio da indivisibilidade da garantia). Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 285, confirmam não poder o devedor, em caso de pluralidade de penhores, forçar o credor a proceder à realização de um penhor em detrimento de outro.

<sup>1372</sup> No mesmo sentido, relativamente à hipótese de concurso entre um penhor constituído pelo devedor e outra garantia real constituída por terceiro, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 228, admitindo que ao credor deverá ser dada a possibilidade de executar alternativamente qualquer das garantias (argumentando não ser de presumir que o terceiro, ao conceder a garantia, apenas pretende assegurar o cumprimento após a execução da garantia prestada pelo devedor, podendo até esta ser mais recente) e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 695 (invocando o facto de o terceiro não gozar do benefício da excussão).

<sup>1373</sup> Havendo, pelo contrário, um penhor e uma fiança prestada pelo mesmo terceiro, poderá o credor optar por executar o bem empenhado ou o património do fiador ou o património do próprio devedor (mas, executando o património do fiador, poderá este exigir que a execução comece pelo penhor, à imagem do que sucede com o penhor constituído por terceiro). Por último, existindo fiança e penhor para garantia desta, pode o credor dirigir-se contra o devedor principal ou contra o fiador (todavia, se optar por este último e se o penhor foi concedido pelo mesmo fiador, deverá executar primeiro a coisa empenhada – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 229 e 230).

Relativamente à tramitação, esta venda obedecerá às regras previstas para as execuções ordinárias, embora algumas particularidades inerentes à garantia pignoratícia pareçam impor alguns desvios ou enviesamentos àquelas disposições legais.<sup>1374</sup>

Desde logo e à imagem do que sucede com a generalidade das execuções, a venda judicial do bem empenhado deve ser precedida da obtenção de um título executivo.<sup>1375</sup>

Por outro lado e na medida em que o processo comum de execução – ao contrário do que sucedia no revogado processo especial de venda do penhor (cfr. art.º 1007.º do CPC) – não prevê a necessidade de, antes de se proceder à execução, intimar o devedor (e, no caso de penhor constituído por terceiro, também este)<sup>1376</sup> com a advertência que, não pagando, se efectuará a venda, o cumprimento de tal formalidade afigura-se dispensável,<sup>1377</sup> bastando a sua citação, nos termos gerais, após a interposição do requerimento executivo.<sup>1378</sup>

---

<sup>1374</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 267 e 268, sugere que, no caso de o proprietário não ser o empenhador, este último valha como proprietário para o credor de boa fé (consistindo esta na crença, sem culpa, na existência de que o empenhador será proprietário e sendo a mesma avaliada no momento da propositura da acção), sem prejuízo de, após esse momento e quando tenha conhecimento do verdadeiro proprietário, a acção dever continuar contra ele, nos termos previstos para a substituição processual (as mesmas considerações valem para o caso de o empenhador ser o proprietário no momento da constituição da garantia, mas ter deixado de o ser em momento anterior ao da execução). Porém, o facto de a coisa vendida não pertencer ao executado e ser reivindicada pelo seu proprietário constitui fundamento para tornar a venda sem efeito (art.º 909.º, n.º 1, alínea d), do CPC).

<sup>1375</sup> No mesmo sentido, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 266, 267 e 269 e, implicitamente, o Acórdão da Relação de Évora de 11/1/1996, in CJ 1996, I, pág. 264 e segs.. O extinto procedimento especial de venda do penhor (art.ºs 1008.º a 1012.º do CPC) era, como já se salientou numa nota anterior deste Capítulo, simultaneamente, declarativo e executivo, pelo que o credor podia lançar mão dele para procurar obter um título executivo. Em face deste regime, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 272, sugeria que, quando o penhor tivesse sido constituído pelo devedor, a obtenção do título ocorresse através da sua citação para pagar ou contestar dentro de um determinado prazo e, se não o fizer nem pagar durante esse prazo, poderia o credor requerer a venda, por se entender ter obtido título executivo contra o devedor proprietário do penhor (tratando-se de penhor constituído por terceiro, o título executivo obter-se-ia citando-o também para pagar ou contestar). Actualmente, resta ao credor intentar uma acção declarativa de condenação para o obter, salvo quando disponha de um título executivo não judicial - cfr. art.º 46.º, n.º 1, alíneas b), c) e d) e Salvador da Costa, ob. cit., pág. 37). No direito italiano e embora o preceito relativo ao procedimento especial de venda do penhor não lhe faça referência, Rubino, Il pegno cit., pág. 260, entende ser necessário tal título, mas a posição contrária é defendida por Gabrielli, Il pegno cit., pág. 317, Realmonte, Il pegno cit., pág. 668, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 126, argumentando que a garantia assegurada pelo título executivo é substituída, no processo especial de venda do penhor, pelo efeito suspensivo da oposição à execução, o que não sucede no processo comum (no mesmo sentido Protetti, ob. cit., pág. 295, citando várias decisões judiciais concordantes). Em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1540, advogam igualmente a obrigatoriedade de obtenção prévia de um título executivo como condição de instauração da execução judicial do penhor.

<sup>1376</sup> No direito italiano, discute-se se será forçosa a notificação do eventual terceiro adquirente do bem, (repondem negativamente Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 127, tendo em conta a dificuldade em localizá-lo). Já Gabrielli, Il pegno cit., pág. 322, considera esta questão dúbia, bem como a da necessidade da notificação do terceiro cessionário do crédito.

<sup>1377</sup> Sugeria a obrigatoriedade desta intimação, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 269 e 270 e a mesma é imposta no direito italiano pelo art.º 2797.º, n.º 1, do CCI, acrescentando Rubino, Il pegno cit., págs. 260 e 261, que, juntamente com essa intimação, deve ser comunicada a existência de um título executivo (esta intimação apenas será dispensável relativamente a um potencial adquirente do bem a quem este tenha sido alienado antes da notificação da intimação, podendo conduzir a execução contra o empenhador, sem prejuízo de o actual dono poder ser chamado, pelo empenhador, a intervir no processo ou de o fazer espontaneamente: a solução é fundamentada pela ausência de publicidade das alienações mobiliárias), ao passo que Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 127, entendem que tal intimação deva conter a indicação da soma devida – capital e acessórios – e o alerta para o facto de, na falta de pagamento, se proceder à venda, não sendo necessário indicar o prazo para pagamento, pois tal resulta da lei (também

A marcha do procedimento pode ser travada pela oposição à execução, apesar de esta se encontrar cingida aos fundamentos indicados nos art.ºs 813.º a 816.º do CPC (variando em função do título executivo que suporta a pretensão do exequente),<sup>1379</sup> uma vez que a sua apresentação poderá suspender o andamento do processo,<sup>1380</sup> o mesmo

---

faz parte dos poderes atribuídos ao credor, segundo Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 332, determinar o momento e o local – quando a este último aspecto, também Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 288 - da venda, embora Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 132 e 133, se inclinem para a o local onde o bem se encontre, salvo quando particulares circunstâncias imponham a venda em local diverso para obter um preço mais elevado). Interpretando este art.º 2797.º, a jurisprudência, citada por Francesco Caringella, *ob. cit.*, pág. 3559, entende que o conteúdo da intimação se basta com a indicação do montante da quantia exequenda, dos juros – não na sua quantia precisa, bastando a indicação da data de vencimento da obrigação e da taxa de juros acordada - e das despesas (Sentença da Corte de Cassação de 16/5/1977, n.º 1968), não sendo esta intimação uma formalidade prescrita sob pena de nulidade, pelo que será legítimo o procedimento quando “*pur non essendosi adempiuto a tale formalità, la diffida sia comunque perventua all’interessato*” (Sentença da Corte de Cassação de 5/2/1977, n.º 496) e, no que tange ao prazo de 5 dias que deve mediar entre a intimação e o início da execução, aceita-se que as partes possam convencionar um prazo mais breve (desde que se demonstre que o destinatário da intimação dela tenha conhecimento efectivo antes do início da execução) e, no que toca à publicitação da venda em leilão público, esta “*deve essere annunciata con le forme di una pubblicità commerciale adeguata alla natura ed al valore delle cose poste a vendita, senza che di conseguenza possa ritenersi equipollente la notificazione, al solo debitore, a mezzo di ufficiale giudiziario, di un atto di preavviso di vendita di beni mobili*” (Sentença da Cassação de 11/8/1987, n.º 6894). Também no direito alemão e nos termos do §1234, o credor pignoratício deve avisar antecipadamente o proprietário da venda da coisa, indicando o montante em dívida, apenas podendo este aviso ter lugar depois de o credor ter adquirido o direito de vender a coisa (todavia, o aviso não se efectuará quando for impraticável), não podendo a venda ter lugar antes de decorrido o prazo de um mês a contar da data do aviso (sendo o aviso for impraticável, o prazo de um mês conta-se a partir do momento em que o credor tenha adquirido o direito de vender a coisa).

<sup>1378</sup> Sem prejuízo da execução se poder iniciar sem citação prévia do executado (cfr. art.ºs 810.º, n.º 1, alínea j), 812.º-C e 812.º-F, todos do CPC.

<sup>1379</sup> No direito italiano e de acordo com Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 262 e 263, podem opor-se à execução o devedor, os seus credores (desde que já tenham intervenido na execução) e, se o penhor tiver sido constituído por terceiro, também por este, muito embora os fundamentos invocáveis por cada um deles não sejam integralmente coincidentes. Assim, ao devedor apenas será legítimo contestar a existência e exigibilidade do crédito, mas não a existência do penhor ou a regularidade formal da execução (dado que tais circunstâncias deixam inalterado o seu débito); já o terceiro concedente do penhor poderá invocar qualquer facto relativo ao penhor e, no que respeita ao crédito, socorrer-se de qualquer causa de extinção ou de nulidade do mesmo (quanto às causas de anulabilidade, o direito de impugnação caberá, em princípio ao devedor, mas ao terceiro será legítimo valer-se daquelas que não tenham carácter estritamente pessoal para com o devedor), posição subscrita por Guilherme Moreira, *ob. cit.*, pág. 338; finalmente, os credores do proprietário do bem (ou seja, no caso de o penhor ter sido prestado por terceiro, apenas os credores deste) apenas terão legitimidade para intervir após a realização da venda, podendo então alegar quaisquer factos relativos ao crédito ou à garantia (coloca algumas dúvidas à admissibilidade da oposição por parte destes sujeitos, tendo em conta as normas processuais, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 326). Quando a oposição seja julgada procedente e, apesar disso, o credor tenha procedido à venda ou quando esta tenha sido impugnada vitoriosamente, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 137, sustentam a existência de um dever de indemnização do credor perante o empenhador e/ou o devedor (excepto se este conseguir recuperar o bem do adquirente) e ainda perante o adquirente, caso este se encontre de boa fé (isto é, ignorando os vícios da venda).

<sup>1380</sup> De acordo com o n.º 1 do art.º 818.º do CPC, o recebimento da oposição só suspende o processo de execução quando, tendo havido citação prévia, o oponente preste caução ou quando, tendo o oponente alegado a não genuinidade da assinatura do documento particular e apresentado documento que constitua princípio de prova, o juiz, ouvido o exequente, entenda que se justifica a suspensão (de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, o recebimento da oposição suspende igualmente o processo de execução quando não tenha ocorrido a citação prévia, sem prejuízo do reforço ou da substituição da penhora). Pelo contrário, no direito italiano a apresentação de oposição à execução tem efeitos suspensivos, nos termos do art.º 2797.º, n.º 2 (no mesmo sentido, Protetti, *ob. cit.*, pág.300 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 328, embora este último Autor admita a possibilidade de apresentação de uma oposição fora do prazo legal, desde que anterior à venda, mas privada de efeitos suspensivos) e a sua rejeição legitima o credor a proceder imediatamente à

sucedendo, embora em menor medida,<sup>1381</sup> com a oposição à penhora (cujos motivos constam do art.º 863-A, do CPC).

Por outro lado, o art.º 886.º-B, n.º 1, do CPC, dispõe que, a requerimento do executado, a venda dos bens penhorados sustar-se-á logo que o produto dos bens já vendidos seja suficiente para pagamento das despesas da execução, do crédito do exequente e dos credores com garantia real sobre os bens já vendidos.<sup>1382</sup>

Alguns Autores sugerem que um desvio ao regime comum do processo executivo passaria pela desnecessidade da penhora, porquanto as funções desta – defesa da posição do credor face a actuações posteriores do devedor, nomeadamente que possam conduzir à sua destruição ou deterioração do património do devedor - seriam asseguradas, no penhor, pela entrega do bem ao credor (ou a terceiro):<sup>1383</sup> todavia, o art.º 831.º do CPC impõe a penhora e apreensão dos bens objecto da execução ainda que estes, por qualquer título, se encontrem em poder de terceiro (n.º 1), aludindo-se expressamente à hipótese de aí estar por força de um contrato de penhor (n.º 2, esclarecendo-se que, se assim for, se procederá imediatamente citação do credor pignoratício).

Curioso é verificar que, à semelhança do que sucede a constituição do penhor, também a forma como se efectiva a penhora diverge consoante o tipo de bem em causa, coincidindo, aliás, quase integralmente com as modalidades de surgimento do penhor, como se comprova pela regra da necessidade de entrega do bem para a penhora da generalidade dos bens móveis (art.º 848.º, n.º 1);<sup>1384</sup> da inscrição no registo, quando se trate de penhorar bens móveis sujeitos a registo (art.ºs 851.º, n.º 1 e 838.º);<sup>1385</sup> da notificação do terceiro devedor, no caso da penhora de créditos (art.º 856.º, n.º 1); para os valores mobiliários, as diferentes modalidades variam consoante se encontrem ou não integrados em sistema centralizado - e, por isso, registados ou depositados em intermediário financeiro ou registadas junto do emitente -, cuja penhora se realiza de acordo com o regime previsto para os saldos de conta de depósitos bancários (cfr. art.ºs 861-A, n.º 14, do CPC e 82.º do CVM)<sup>1386</sup> ou, sendo titulados e não integrados naquele

---

venda; se, ao invés, vier a ser julgada procedente, o credor não poderá exercer o *ius vendendi* (caso o faça, a coisa poderá ser reivindicada pelo proprietário junto do adquirente – excepto se este se encontrar de boa fé, caso em que se encontra protegido pela regra “posse vale título” – ficando o credor que haja procedido à venda obrigado a restituir o preço pago pelo adquirente).

<sup>1381</sup> Pois, nos termos do art.º 863-B, n.º 3, a execução só é suspensa se o executado prestar caução, circunscrevendo-se aos bens a que a oposição respeita, podendo a execução prosseguir sobre outros bens que sejam penhorados.

<sup>1382</sup> Não divergentemente, no direito italiano o constituinte da garantia tem igualmente a possibilidade de se opor à venda, solicitando a restrição da venda a alguma de entre as várias coisas dadas em garantia (art.º 2797.º, n.º 3, do CCI), devendo, para tal, alegar e provar a suficiência desses bens para satisfação do crédito, sem necessidade de indicar aqueles que entende serem suficientes (embora o possa fazer e, nesse caso, o juiz deverá ater-se a essa nomeação) e sem que tal implique, em caso de deferimento do pedido por parte do juiz, que a garantia não possa subsistir sobre os demais bens, sempre que se comprove que o valor obtido com a venda foi insuficiente para liquidar a totalidade do crédito (Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 131).

<sup>1383</sup> No mesmo sentido, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 122, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 261 e 262 e Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, págs. 217, 270 e 271, acrescentando os dois últimos que tal desnecessidade apenas fará sentido quando o bem previamente empenhado tiver sido entregue ao credor ou a terceiro, mas já não quando tenha permanecido em poder do respectivo proprietário.

<sup>1384</sup> Essa entrega é feita através da remoção para depósitos, assumindo o agente de execução a qualidade de fiel depositário.

<sup>1385</sup> Porém, para certos bens móveis sujeitos a registo, como os automóveis, navios e aeronaves, a lei prevê mecanismos específicos (cfr. art.º 851.º, n.ºs 3 a 5).

<sup>1386</sup> A ordem de penhora é dada pelo juiz, através de despacho, e notificada às entidades registadoras ou depositárias, preferencialmente através de comunicação electrónica, para que estas cativem as acções de que o executado seja titular (quando não seja possível identificar essas acções, serão penhoradas todas

sistema, através de apreensão do título e depósito em instituição bancária à ordem do agente de execução (art.º 857.º, n.ºs 1 e 3).<sup>1387 1388</sup>

O pagamento do credor far-se-á de acordo com as diversas possibilidades previstas na lei de processo, ou seja, mediante a entrega de dinheiro, a adjudicação dos bens executados, a consignação do rendimento destes ou o produto da competente venda (art.º 872.º e segs. do CPC).<sup>1389</sup>

Relativamente às diversas modalidades da venda, de entre todas as previstas na lei (cfr. art.º 886.º, n.º 1, do CPC),<sup>1390</sup> a única liminarmente excluída será a venda através de propostas em carta fechada - uma vez que esta apenas será aplicável quando se trate de bens imóveis (art.º 889.º, n.º 1, do mesmo Código), excepto tratando-se de um estabelecimento comercial de valor substancialmente elevado (art.º 901.º-A) -,<sup>1391</sup>

---

aquelas de que o executado seja titular até à quantia exequenda), devendo essa notificação conter a menção expressa de que as acções ficam bloqueadas desde a data da notificação, mantendo-se o bloqueio enquanto se mantiver a penhora (art.ºs 861-A, n.º 5, do CPC e 72.º, n.ºs 1 e 3 do CVM). No entanto, não é imperioso que o agente da execução indague se o executado é o proprietário das acções (mas, se entender fazê-lo, as entidades registadoras deverão fornecer tais dados, não obstante o dever de sigilo que sobre elas recai – cfr. art.º 79.º, n.º 2, alínea d), do RGICSF). Sobre estes aspectos, vide Sofia Maltez, ob. cit., págs. 51 a 55.

<sup>1387</sup> Quanto aos valores titulados ao portador não integrados em sistema centralizado e na medida em que a respectiva constituição pressupõe a entrega ao credor ou ao depositário por ele designado (art.ºs 101.º, n.º 1 e 103.º do CVM), estas acções devem ser entregues ou ser apreendidas pelo agente da execução, para que este proceda ao averbamento do ónus resultante da penhora e as deposite numa instituição de crédito, à ordem da execução, nos termos do art.º 857.º, n.ºs 1 e 3, do CPC, vide Sofia Maltez, ob. cit., págs. 52 e 53). O mesmo não sucederá com as acções tituladas nominativas não integradas em sistema centralizado, em relação às quais o surgimento do penhor não exige a entrega do título, mas apenas a declaração escrita no título, seguida de registo junto do emitente ou do intermediário financeiro que o representa (art.ºs 102.º, n.º 1 e 103.º do CVM). No entanto, a penhora destas acções segue o regime previsto no art.º 857.º e não do art.º 861-A, por força da não inclusão no n.º 14 desta última norma.

<sup>1388</sup> Existem, ainda, regras específicas para determinados tipos de bens cuja constituição em penhor (ou, pelo menos, os requisitos a que a mesma deve obedecer) se afigura problemática, designadamente o estabelecimento comercial, os depósitos bancários, bens indivisos ou direitos em geral (cfr., respectivamente, art.ºs 862-A, 861-A, 862.º e 860-A, embora, neste último caso, a lei remeta para o regime ditado para a penhora de créditos).

<sup>1389</sup> Naturalmente que nem todas estas formas de pagamento se adequam aos possíveis objectos do penhor. Assim, a entrega em dinheiro apenas será viável quando o bem executado for moeda corrente, depósito bancário ou dinheiro, outro direito de crédito pecuniário cuja importância tenha sido depositada, bem como o pagamento por cheque ou transferência bancária (cfr. n.ºs 1 e 2 do art.º 874.º do CPC). Já a adjudicação não poderá ser requerida pelo credor relativamente a bens vendidos em bolsas, a bens que, por lei devam ser entregues a determinadas entidades ou a bens objecto de um contrato-promessa de compra e venda com eficácia real (art.ºs 875.º, n.º 1, 902.º e 903.º do CPC). No que tange à consignação de rendimentos, apenas poderá ser solicitada quando o bem em móvel em questão esteja sujeito a registo (art.º 879.º, n.º 1, do CPC – esta possibilidade era já sugerida por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 291 a 293, embora este limitasse tal modalidade de satisfação às situações em que o empenhador ou outros interessados a tal não se opusessem).

<sup>1390</sup> A saber, venda mediante propostas em carta fechada (art.ºs 889.º a 901.º-A), venda em bolsas de capitais ou de mercadorias (art.º 902.º), venda directa a pessoas ou entidades que tenham direito a adquirir os bens (art.º 903.º), venda por negociação particular (art.ºs 904.º e 905.º), venda em estabelecimento de leilões (art.ºs 906.º e 907.º) e venda em depósito público (art.º 907.º-A). Já Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 274 a 276, entendia poder a venda ter lugar por qualquer dos meios consagrados na lei de processo.

<sup>1391</sup> No direito alemão a venda deverá ser efectuada em hasta pública, excepto tratando-se de bens com um preço de bolsa ou de mercado, caso em que pode o credor pignoratício proceder à venda por negociação particular através de um agente comercial oficialmente legitimado ou de pessoa autorizada a realizar a venda de bens com preço corrente (cfr. §1221 e §1235 do BGB). Aliás, a lei alemã ocupa-se de outros aspectos relacionados com a venda, como sejam o local onde esta decorrerá (à partida onde a coisa estiver guardada, salvo quando for de esperar que a venda nesse local não atinja o sucesso adequado, caso em que a coisa poderá ser vendida em qualquer outro local - §1236), a hora em que a venda se realizará



cabendo a opção por uma das restantes, em regra, ao agente de execução (art.º 886.º-A, n.º 1).

Ocorrendo a venda, o comprador adquire a propriedade da coisa, apenas podendo esta ficar sem efeito nas hipóteses previstas no art.º 909.º ou ser invalidada, a requerimento do comprador, nos casos previstos no art.º 908.º.<sup>1392 1393</sup>

---

(que será tornada pública com designação genérica da coisa dada em penhor, sendo especialmente avisados o proprietário e terceiros que tenham direitos sobre a coisa empenhada, não se efectuando, porém, o aviso quando for impraticável - §1237), a necessidade de o comprador pagar imediatamente o preço de aquisição do bem (sob pena de ficar privado dos seus direitos - §1238), a admissibilidade de licitação e arrematação por parte do credor e do empenhador (excepto, no que se refere a este último, se ele não pagar o montante imediatamente e em numerário, limitação esta igualmente aplicável à arrematação por parte do devedor quando o penhor tenha sido prestado por terceiro - §1239), a obrigação do credor pignoratício avisar o proprietário do resultado da venda (a não ser que o aviso seja impraticável - §1240), e, finalmente, o direito de resgate e conseqüente pagamento ao credor pignoratício, exercitável por parte de alguém que possa vir a perder um direito em consequência da venda (§1249). Todavia, nos termos do §1245, o proprietário e o credor pignoratício podem estipular acordos que afastem a aplicação dos §§1234 a 1240, mas, existindo um terceiro com um direito sobre a coisa empenhada que se extinga com a venda, será necessário o seu consentimento (o consentimento deve ser notificado àquele a favor de quem é prestado e é irrevogável) e, de acordo com o §1246, se corresponder à equidade e ao interesse das partes, pode qualquer delas exigir que a venda se efectue de modo diverso do previsto na lei e, não havendo acordo, decidirá o tribunal.

<sup>1392</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 281, sugere que a venda deveria ser considerada ineficaz relativamente aos terceiros não citados pessoalmente para o processo. Em face do actual regime, a falta de citação de algum dos sujeitos que, nos termos do art.º 864.º do CPC, devesse ter sido citado produz o mesmo efeito que a falta de citação do réu (nulidade de todo o processado posterior à petição inicial – art.º 194.º, alínea d)), mas não importa a anulação das vendas, adjudicações, remiões ou pagamentos já efectuados, dos quais o exequente não haja sido exclusivo beneficiário, ficando salvo à pessoa que devia ter sido citada o direito de ser indemnizada, pelo exequente ou outro credor pago em vez dela, segundo as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos gerais, da pessoa a quem seja imputável a falta de citação (art.º 864.º, n.º 10).

<sup>1393</sup> De entre os casos em que a venda fica sem efeito, cumpre nomear o caso da reivindicação do bem empenhado, por parte do respectivo proprietário, no caso de aquele não pertencer ao executado (art.º 909.º, n.º 1, alínea d), do CPC), devendo, caso haja acção de reivindicação pendente no momento da venda, proceder-se nos termos dos art.ºs 910.º e 911.º. No direito italiano, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 267 (seguido por Protetti, *ob. cit.*, pág. 325), entende que das duas uma: ou o proprietário não pode exercer a reivindicação (designadamente por força da invocação do princípio posse vale título), caso em que o credor é responsável perante o proprietário pelos danos causados; se, pelo contrário, o proprietário exercer frutuosa e a reivindicação, deverá o credor abonar-lhe as despesas de recuperação do bem e, perante o adquirente, devolver-lhe o preço de compra do bem e, caso haja boa fé do adquirente, também os danos a ele causados (esta última responsabilidade é ancorada no facto de a reivindicação se basear na culpa do credor alienante ou, no caso de inexistência do penhor, numa causa de que deveria ter conhecimento). Já Ciccarello, *ob. cit.*, págs. 699 e 700 e, sobretudo, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 122 a 124, com base numa interpretação dos art.ºs 2921.º e 2922.º do CCI, advogam a responsabilidade do credor perante o adquirente, em caso de reivindicação pelo proprietário, apenas quando tenha vendido o bem recebido em penhor como próprio e se encontre, por isso, de má fé (não existindo, todavia, qualquer responsabilidade pelos vícios da coisa), ao passo que se pronunciam pela responsabilidade do constituinte da garantia pelos vícios da coisa e por uma eventual reivindicação (argumentando que, a partir do momento em que deu a coisa em penhor, individualizou-a e consentiu na sua venda em caso de incumprimento e salientando que tal responsabilidade reforça a garantia pignoratícia, na medida em que será espectável um preço superior por parte de quem saiba que venda engloba tal encargo para o constituinte da garantia). Entre nós, a questão encontra-se resolvida, quanto à garantia do adquirente em caso de venda de um bem alheio, pelo art.º 825.º, nos termos do qual este tem direito à restituição do preço e à indemnização dos danos por parte dos credores e do executado que tenham agido com culpa (n.º 1), excepto se o terceiro reivindicante houvesse protestado no momento da venda ou anteriormente e o adquirente conhecesse o protesto, caso em que não lhe será lícito pedir a indemnização, mas apenas a restituição do preço (n.º 2): no entanto, em vez de exigir essa restituição aos credores, pode o adquirente exercer os direitos destes contra o devedor, por via de sub-rogação (n.º 3). Por outro lado, em sede de venda executiva, quando for reconhecida a existência de algum ónus ou limitação que não fosse tomado

O preço resultante da venda será entregue ao credor, na medida do crédito garantido pelo penhor, ficando a parte do preço que exceda esse montante sujeita aos direitos de garantia de outros credores que recaíssem sobre o bem vendido ou, se eles não existirem, será devolvido ao executado.<sup>13941395</sup>

---

em consideração e que exceda os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria (não estando em causa direitos reais de garantia, uma vez que estes caducam nos termos do art.º 824.º do CPC, mas podendo tratar-se, como refere Lebre de Freitas, Código de Processo Civil Anotado cit., pág. 613, de direitos pessoais de gozo), o comprador pode pedir, no processo de execução, a anulação da venda e a indemnização a que tenha direito (art.º 908.º, n.º 1, do CPC), indemnização essa que pode ser pedida, a nosso ver, ao empenhador proprietário do bem ou ao credor exequente, consoante tenha sido um ou outro (ou ambos) os responsáveis pelo erro ou pela falta de conformidade. No que respeita à garantia pelos vícios do bem empenhado, no nosso direito, decorre do citado n.º 1 do art.º 908.º, n.º 1, do CPC, que a anulação da venda executiva (acerca da responsabilidade em caso de venda não executiva, vide os art.ºs 913.º a 922.º) em resultado de vícios da coisa alienada – ou melhor, por desconformidade com o bem cuja venda fora anunciada – apenas se verifica quando tais vícios configurem um erro sobre a coisa transmitida, aplicando-se, nesse caso, o regime de convalidação previsto para a venda de bens onerados (cfr. art.º 906.º, de acordo com o qual, uma vez desaparecidos, por qualquer modo, os ónus ou limitações - leia-se, os vícios da coisa - a que o direito estava sujeito, fica sanada a anulabilidade – n.º 1 – persistindo, todavia, se a existência dos ónus ou limitações já houver causado prejuízo ao comprador, ou se este já tiver pedido em juízo a anulação da compra e venda – n.º 2): com base na redacção do art.º 908.º, n.º 1, alguns entendem que o elenco da causas de anulação da venda nele contido é taxativo (neste sentido, J. M. Gonçalves Sampaio, A acção executiva e a problemática das execuções injustas, 2.ª Edição, Almedina, 2008, pág. 337), enquanto outros sustentam a possibilidade de invocação dos demais fundamentos de anulação dos negócios jurídicos (assim, Lebre de Freitas, A Acção Executiva - Depois da Reforma da Reforma, Coimbra Editora, 5.ª Edição, 2009, pág. 393, argumentando que a protecção do credor na venda executiva não pode ser inferior à que lhe é concedida numa alienação privada) e, em particular, os vícios ou defeitos do bem alienado (neste sentido, Romano Martinez, Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada, Almedina, 2001, págs. 486 a 488, alegando que, pese embora considerar confusa a redacção do art.º 908.º do CPC, “*aquele que adquira um bem em venda judicial pode recorrer às garantias estabelecidas no direito civil (...). Para além dos defeitos de direito, parece poder interpretar-se o art.º 908.º, n.º 1, CPC no sentido de também fazer referência aos vícios da coisa. Na realidade, afirma-se que os pedidos de anulação da venda e de indemnização também podem ser feitos valer caso haja “erro sobre a coisa transmitida, por falta de conformidade com o que foi anunciado”*. Apesar de a locução ser um pouco vaga, como é apresentada cumulativamente aos vícios derivados de ónus, dever-se-á entender como fazendo referência aos defeitos da coisa”, aceitando mesmo que as consequências de tal responsabilidade poderão ser, para além da anulação da venda e da indemnização, todos os meios edílicos, por força da remissão para o regime substantivo da venda de coisa defeituosa. Esta última posição merece a nossa adesão, especialmente porque, na senda de Romano Martinez, ult. ob. e loc. cit., a publicidade prévia à venda judicial (e a possibilidade de inspecção do bem) não poder implicar a solução contrária (uma vez que os defeitos se podem manifestar em momento posterior, em razão da sua utilização), o mesmo valendo para outros argumentos invocados como suporte desta, como a necessidade de tutela dos credores do executado (o qual não pode justificar um locupletamento à custa do comprador, o que se verificará sempre que recebam um preço superior ao valor destes), as custas inerentes à venda judicial (uma vez que, não raras vezes, as vendas particulares importam despesas igualmente avultadas, sem que tal impeça o recurso à responsabilidade edílica por parte do comprador) ou que não pode haver culpa do juiz do tribunal onde corre a execução (pois o poder judicial não actua como vendedor, mas sim como intermediário “*que obriga o proprietário a vender, mais propriamente substituindo-se à declaração de vontade do alienante*”).

<sup>1394</sup> Isto partindo do princípio ser o crédito pignoratício do exequente o primeiro a graduar no concurso de credores, o que nem sempre sucederá – cfr. n.º 9.1.5 do Capítulo I.

<sup>1395</sup> No Código de Seabra (art.º 886.º) afirmava-se que o excedente do produto da venda deveria ser entregue ao devedor, solução esta criticada por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 282, considerando preferível afirmar que esse excedente ocupa o lugar do bem alienado.

Caso o valor obtido não seja suficiente para liquidação da dívida garantida,<sup>1396</sup> o credor poderá executar outros bens do devedor, mas ocupando a posição de mero credor quirografário, excepto se dispuser de outras garantias sobre outros bens do devedor.

### 8.3 - O penhor de créditos

As regras acabadas de expor acerca da execução da garantia pignoratícia estão pensadas para os casos em que o objecto da garantia consista em coisas, sendo necessárias algumas alterações quando o penhor recaia sobre créditos<sup>1397</sup> ao ponto de alguns considerarem mesmo que, por força da faculdade de cobrança do crédito empenhado atribuída ao credor pignoratório, não existe sequer um procedimento específico de execução do penhor de créditos.<sup>1398</sup>

---

<sup>1396</sup> No Acórdão do STJ de 29/10/1981, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu-se que não incorre em abuso de direito o credor pignoratório que vende o objecto da garantia por preço inferior ao seu valor real, valor esse que é também insuficiente para pagamento do seu crédito.

<sup>1397</sup> Seguimos de perto, a este respeito, a posição de Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 268 e 269.

<sup>1398</sup> Garcia Vicente, *La prenda cit.*, pág. 139, assentando no facto de os mecanismos tradicionais de execução do penhor se revelarem inapropriados para o penhor de créditos, não apenas porque o credor pignoratório pode pretender não executar a garantia e exercer uma acção pessoal contra o empenhante (embora o Autor admita a licitude do pacto que exclua a possibilidade de exercer tais acções, impondo que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, seja executada a garantia prestada) e, sobretudo, porque as formas de execução judicial e notarial do penhor se revelam desajustados ao *quid* onerado (o próprio legislador exclui da órbita do procedimento comum de execução judicial os créditos pecuniários, “*en razón de que el importe del crédito está predeterminado (no hay posibilidad de minusvalorar el crédito pignorado en daño del pignorante o sus otros acreedores), ni tampoco es posible la apropiación del sobrante*”, sendo este regime legal um argumento a favor da licitude do pacto marciano). Perante este panorama, o Autor sustenta que a execução do penhor de créditos deve passar pela compensação (quando o credor pignoratório seja também devedor do crédito empenhado, nomeadamente quando se empenhem depósitos bancários e o credor seja o próprio banco depositário) ou imputação unilateral (quando o credor pignoratório seja um terceiro, caso em que a cobrança do crédito empenhado por parte do credor pignoratório serve para extinguir, total ou parcialmente, o crédito garantido), as quais apresentam vantagens inequívocas (desde logo a rapidez, uma vez que a execução se resume à cobrança do crédito recebido em garantia; a poupança com os custos da execução judicial ou notarial; e a eliminação do risco de o credor pignoratório se apropriar do eventual excedente face ao crédito garantido), por isso mesmo aceitando a validade do pacto em virtude do qual, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor pignoratório se tornará titular do crédito empenhado, na medida necessária à liquidação da obrigação garantida – ou, noutros termos, “*el pacto en virtud del cual el crédito será ejecutado mediante compensación con los créditos que el acreedor ostente contra el pignorante*”), mesmo que o crédito empenhado se vença antes do crédito garantido (nesta eventualidade, deverá optar-se por uma adjudicação ou dação em pagamento, ou seja, “*pacto mediante el cual se cede al acreedor prendario el crédito pignorado condicionando tal cesión al vencimiento e incumplimiento del crédito garantizado*” - convenção esta que não viola a proibição do pacto comissório, uma vez existe a obrigação de devolução do eventual excedente -, sem prejuízo do direito do credor pignoratório exercer acção pessoal contra o devedor do crédito garantido, de modo que o risco de insolvência do devedor do crédito empenhado recaia sobre o empenhante quando este seja o próprio devedor do crédito garantido. Se, ao invés, a garantia for prestada por terceiro que não o devedor, o não pagamento do crédito empenhado será um risco que igualmente suporta o devedor do crédito principal, porque frente a ele poderá o credor pignoratório exercer a acção pessoal derivada da obrigação principal, até porque o empenhante não é seu devedor), sem que quaisquer destes mecanismos viole a proibição do pacto comissório (para mais desenvolvimentos (para mais desenvolvimentos sobre este último aspecto, vide infra n.º 4 do Capítulo II). Finalmente, o Autor alude ainda aos problemas que advêm da sujeição ou não da compensação ou imputação unilateral às regras concursais previstas para as garantias reais, especialmente nos casos de falência do devedor do crédito principal e quando seja este quem tenha constituído em penhor um crédito que detenha sobre um terceiro (respondendo o Autor afirmativamente, isto é, considerando que a compensação é, no penhor de créditos, uma forma de execução da garantia).

Uma vez vencido crédito garantido, importa distinguir consoante o crédito dado em penhor ainda não se encontre vencido – caso em que caberá ao credor pignoratício optar entre aguardar pelo respectivo vencimento, para então efectuar a sua cobrança, proceder à sua venda ou requerer a atribuição judicial - <sup>1399</sup> ou, ao invés, já tenha ocorrido tal evento. <sup>1400</sup>

Uma vez vencido o crédito dado em garantia, o credor pignoratício poderá cobrar esse crédito, mesmo que o seu crédito garantido ainda não se encontre vencido

---

<sup>1399</sup> Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 337.

<sup>1400</sup> Também o BGB estabelece esta distinção, afirmando o §1281 que, antes desse vencimento, o devedor apenas pode pagar conjuntamente ao seu credor e ao credor pignoratício, embora Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, pág. 1583, considerem esta norma dispositiva e, por isso, passível de ser afastada por acordo das partes, nomeadamente conferindo legitimidade exclusiva para o efeito ao credor pignoratício (se não pretenderem efectuar a cobrança, ambos estão reciprocamente obrigados a cooperar para a cobrança, assim que o crédito esteja vencido - §1285, n.º 1 – para além de qualquer deles poder exigir que a coisa seja entregue a um depositário - §1281.2), podendo qualquer destes exigir que o pagamento seja efectuado a ambos. Já depois do vencimento, o §1282 do mesmo Código autoriza o credor pignoratício a cobrar o crédito e o devedor apenas poderá pagar a ele (notando, porém, que a cobrança de um crédito em dinheiro apenas cabe ao credor pignoratício na medida necessária à sua satisfação), devendo zelar para que a cobrança ocorra de modo regular (todavia, antes da cobrança, deve informar imediatamente o credor, a não ser que esse aviso seja impraticável - §1285, n.º 2). Todavia, estas formas de cobrança podem ser afastadas por acordo entre o credor pignoratício o credor do crédito dado em penhor, nos termos do §1284. Quanto aos efeitos do pagamento efectuado pelo devedor do crédito empenhado e independentemente de a cobrança ocorrer antes do vencimento desse crédito, o credor adquire o objecto prestado e o credor pignoratício um penhor sobre esse mesmo objecto ou, consistindo a prestação na transferência da propriedade de um imóvel, uma hipoteca de segurança (§1287.1 e 2 – de acordo com Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, *ob. cit.*, pág. 1584, embora alertem que a sua aplicação pressuponha que a prestação tenha sido efectuada nos termos legais – isto é salvo pacto em contrário, conjuntamente ao empenhante e ao credor pignoratício – e que a constituição do penhor tenha sido notificada ao devedor do crédito empenhado: se assim não for e, por hipótese, a prestação for efectuada apenas ao segundo e tiver por objecto dinheiro ou coisas genéricas, não haverá cumprimento da obrigação, continuando em vigor crédito e garantia; já quando, tendo o mesmo objecto, a prestação for efectuada apenas ao empenhante, o Autor entende que o credor pignoratício adquirirá automaticamente um penhor sobre o objecto da prestação). Porém, se o penhor tiver por objecto dinheiro e a cobrança ocorrer antes do vencimento desse crédito, o credor e o credor pignoratício estão reciprocamente obrigados a colaborar para que o montante cobrado seja investido a juros e simultaneamente constituído em penhor a favor do credor pignoratício (cabendo a escolha acerca do modo de levar a cabo o investimento ao credor) e se, ao invés, a cobrança apenas teve lugar após o vencimento do mesmo crédito, considera-se o crédito do credor pignoratício como pago pelo seu devedor/credor do crédito empenhado, desde que o montante cobrado seja usado para a sua satisfação (cfr. n.ºs 1 e 2 do §1288). Por último, saliente-se que, existindo vários penhores sobre o mesmo crédito, apenas poderá proceder à cobrança o credor pignoratício cujo penhor preceda os demais (§1290). Em face do direito italiano, Ruscello, *ob. cit.*, pág. 171 e segs, distingue consoante o crédito garantido se encontre ou não vencido: na primeira hipótese, caso a prestação consista em dinheiro, o credor pode reter a quantia necessária para satisfação da obrigação assegurada ou, caso a prestação se traduza numa coisa diversa de dinheiro, o credor pignoratício deverá vendê-la ou requerer a sua atribuição; pelo contrário, se o crédito garantido ainda não se encontrar vencido, o credor pignoratício poderá reter o objecto da prestação decorrente do crédito empenhado ou, caso esta consista em dinheiro, o devedor pode exigir o seu depósito. Em termos aproximados, para o direito espanhol e pese embora a ausência de regulamentação do penhor de créditos, Reglero Campos, *Ejecución cit.*, pág. 456 e segs., distingue entre os casos em que o crédito dado em penhor se vença ao mesmo tempo ou após o crédito garantido (assistindo ao credor legitimidade para cobrar o crédito onerado, se este consistir na entrega de um bem, embora, quando o objecto da prestação seja uma quantia em dinheiro, apenas até ao montante do crédito garantido: no primeiro caso, o penhor transforma-se num normal penhor de coisa; no segundo, o credor pode satisfazer-se directamente com o produto do dinheiro cobrado) e aqueles em que o crédito dado em penhor se vença antes do crédito garantido (caso em que apenas o devedor do crédito garantido poderá efectuar a cobrança, produzindo-se, em seguida, uma sub-rogação do objecto da garantia, que passará a recair sobre o objecto da prestação inicialmente onerada).

(cfr. art.º 685.º, n.º 1)<sup>1401</sup> - e, caso o devedor deste se recuse a pagar, proceder executivamente contra ele – ou, em alternativa e se o crédito garantido já estiver vencido, proceder à sua venda.<sup>1402</sup>

Mais precisamente, quando a prestação tenha um objecto não fungível, é legítimo (e, em certa medida, constitui mesmo um dever) ao credor pignoratício cobrar directa e isoladamente (sem o concurso do empenhante) o crédito empenhado (art.º 685.º, n.º 1).<sup>1403</sup>

Ao invés, quando o crédito garantido tenha como objecto dinheiro ou outro bem fungível, esta cobrança terá que ser efectuada conjuntamente aos dois credores e, não havendo acordo entre eles, deverá o devedor do crédito empenhado socorrer-se da consignação em depósito (art.º 685.º, n.º 2),<sup>1404</sup> destarte se evitando o risco de dissipação do bem onerado.

---

<sup>1401</sup> De acordo com Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1588 e 1589, esta é a forma ordinária de execução de um penhor de créditos quando a obrigação garantida já se ache vencida (sem prejuízo da possibilidade de execução, nos termos legais ou de acordo com o estabelecido pelas partes - mas, neste último caso, sempre com o limite decorrente da proibição do pacto comissório – ou de exigir a cessão do crédito: todavia, esta última não parece ser uma solução muito do agrado dos credores, uma vez que, ao produzir a extinção do crédito garantido na medida da prestação cedida, fará com que passe a ser o credor pignoratício a suportar o risco de insolvência do devedor do crédito onerado), procedendo o credor pignoratício a tal cobrança em nome próprio (embora não seja o titular do crédito empenhado, a lei concede-lhe legitimidade para tal cobrança): tratando-se de um crédito pecuniário, a respectiva cobrança libera o empenhante perante o credor pignoratício (que se torna proprietário das quantias cobradas) e, se o empenhante não fosse o devedor do crédito garantido, adquire-o; caso o crédito onerado tenha como objecto outro tipo de coisas e por força do efeito sub-rogatório, o credor pignoratício pode executar essas mesmas coisas

<sup>1402</sup> Esta venda, só se poderá efectuar apenas após o vencimento do crédito garantido, pois só a partir dessa data dispõe o credor pignoratício do *ius distrahendi* (funcionando a possibilidade de cobrança em momento anterior, nos termos do art.º 685.º, n.º 1, como excepcional), segue os termos das execuções pignoratícias comuns. O objecto da execução será o próprio crédito, caso ainda não se tenha efectuado a respectiva cobrança, ou o objecto resultante daquela cobrança, quando o mesmo tenha sido cobrado.

<sup>1403</sup> Independentemente do objecto da prestação, não pode o titular do crédito empenhado cobrar e receber directamente a prestação, nem mesmo com o consentimento do credor pignoratício: existindo este consentimento, o penhor extingue-se (art.º 675.º, n.º 4); faltando este consentimento, o pagamento efectuado ao empenhante é inoponível ao credor pignoratício, pelo que o terceiro devedor do crédito empenhado poderá ser chamado a pagar novamente ao titular da garantia real.

<sup>1404</sup> Vide, por todos, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 703. Como salienta Isabel Matos, ob. cit., págs. 133 e 134, esta norma poderá causar dificuldades quando o mesmo sujeito seja, simultaneamente, devedor do crédito empenhado e o credor pignoratício (o exemplo apontado é do de A dar em penhor ao banco B, em garantia de um financiamento concedido por este, o depósito da sua conta bancária depositada neste último banco, caso em que será devedor de A pela quantia existente nesta conta, mas, ao mesmo tempo, será credor pignoratício), pelo que defende a sua aplicação apenas quando o credor seja um terceiro e não o próprio banco depositário devedor do crédito empenhado. Pelo contrário, naqueles ordenamentos onde tal legitimidade para cobrança é atribuída exclusivamente ao credor pignoratício, discute-se até que ponto não estaremos perante uma cessão de créditos, uma vez que parece existir uma transferência da propriedade (pois, embora formalmente o empenhante mantenha a titularidade do crédito onerado, carece de legitimidade para o cobrar). Esta solução do pagamento conjunto a ambos os credores – pignoratício e empenhante – é defendida, na ausência de regulamentação a este respeito no direito espanhol, por Finez Ratón, ob. cit., pág. 210 e segs., para o penhor de depósitos bancários, afirmando que “*Si la prenda de créditos implica una especial contitularidad entre el acreedor pignorante y el acreedor pignoraticio, la solución lógica es que la reclamación del capital deba efectuarse por ambos conjuntamente y sólo a ambos puede realizarse el pago por deudor con eficacia liberatória. Si aún no há vencido el crédito garantizado, la prestación realizada por el deudor quedará sometida a la prenda en lugar del crédito (...). En ningún caso se podrá imputar el saldo del depósito al pago del crédito garantizado cuando éste aún no ha vencido, salvo que el deudor lo consienta expresamente*”.

Em qualquer dos casos, uma vez efectuada a cobrança, a prestação recebida ocupa o lugar do crédito empenhado, sobre ela passando o credor pignoratício a exercer os direitos inerentes à garantia, fenómeno este que pode ser enquadrado no âmbito da sub-rogação real.<sup>1405</sup>

Contudo, nos casos em que a cobrança seja realizada pelo credor pignoratício (isolada ou conjuntamente com o empenhante – e a questão coloca-se sobretudo, a respeito dos penhores sobre créditos cujo objecto seja constituído por uma quantia em dinheiro ou por um depósito bancário) é discutível, em razão do possível contraste com a proibição do pacto comissório, se o credor pignoratício poderá invocar a compensação para reter o montante necessário à liquidação do seu crédito (assim consentindo uma execução por via de mera imputação ou compensação).

Noutro plano e considerando a natureza pretensamente imperativa da norma que impõe a necessidade de realização da prestação conjuntamente ao credor pignoratício, discute-se igualmente a licitude de pactos, acordados entre tais sujeitos, que atribuam legitimação exclusiva ao credor pignoratício para este efeito.<sup>1406</sup>

Conforme referido anteriormente, o credor pignoratício poderá, igualmente, obter a satisfação do seu crédito numa execução alheia em que seja penhorado o seu bem, pois não só lhe é permitido aí reclamar essa satisfação (art.º 865.º, n.ºs 1 e 3, do CPC), como terá de ser citado para esse efeito<sup>1407</sup> (art.º 864.º, n.ºs 8 e 9, do CPC): todavia e uma vez que o segundo destes preceitos alude a direitos reais de garantia, ao passo que o primeiro alude a garantias reais, coloca-se a questão de saber se ambos (e, em particular, o segundo) abrangem o penhor de créditos.

De facto, considerando a discussão em torno da natureza jurídica deste penhor, designadamente as dúvidas quanto ao seu carácter real, importa determinar se os preceitos acabados de citar lhe serão aplicáveis.

A nosso ver e como já tivemos oportunidade de sublinhar noutro local, as noções de garantia real e de direito real de garantia não são coincidentes, pelo que pode um determinado credor usufruir de uma causa de preferência não enquadrável na noção mais restrita de direito real.<sup>1408</sup>

---

<sup>1405</sup> Como realça Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 41 e 42, quando o objecto do crédito empenhado seja uma coisa móvel, a cobrança daquele origina a transformação do penhor num penhor de coisa, situação esta enquadrável no âmbito da sub-rogação real - em termos similares, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 157 e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1584. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 703, realçam como esta substituição do objecto da garantia não prejudica o empenhante, por ser de presumir que, se este recebesse directamente a prestação, a daria em penhor em lugar do crédito inicialmente onerado. Acerca desta norma e de outras, enquanto exemplos de reconhecimento da operatividade da sub-rogação real no âmbito do penhor, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>1406</sup> Acerca das questões aludidas nestes dois últimos parágrafos, vide infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>1407</sup> Todavia, a fala de citação do credor pignoratício não importa a anulação das vendas, adjudicações, remições ou pagamentos já efectuados, dos quais o exequente não haja sido exclusivo beneficiário, ficando salvo à pessoa que devia ter sido citada o direito de ser indemnizada, pelo exequente ou outro credor pago em vez dela, segundo as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos gerais, da pessoa a quem seja imputável a falta de citação (art.º 864.º, n.º 10): por isso, se a citação do credor pignoratício apenas ocorrer após a venda executiva, tal não implica a nulidade desta, podendo o credor reclamar o seu crédito sobre o produto da venda depositado à ordem do processo (Acórdão da Relação de Évora de 21/9/2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>1408</sup> Cfr. o nosso Dos privilégios cit., pág. 434, citando a posição de Orlando de Carvalho, podendo definir garantia real como a afectação de um determinado bem ou direito ao cumprimento de uma determinada obrigação. Em termos análogos se expressa Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 68 a 74, afirmando que “*não existe necessariamente uma relação de sinonímia entre as garantias reais e os direitos reais de garantia, sem prejuízo de os últimos constituírem o arquétipo das garantias reais (...) A relutância em considerar o penhor de créditos como uma garantia real pode justificar-se unicamente pelo receio de permitir incluir*

Assim e por não restarem, a nosso ver, dúvidas quanto ao enquadramento do penhor de créditos no âmbito das garantias reais,<sup>1409</sup> o credor que dele beneficie pode reclamar o seu crédito em execução alheia.

Porém, tendo em conta a diferente redacção dos art.ºs 864.º, por um lado, e 835.º e 865.º do CPC, por outro - enquanto o primeiro apenas se refere aos titulares de direitos reais de garantia, os dois restantes falam de garantias reais - é ainda possível sustentar, para quem considere não ser o penhor de créditos um direito real de garantia, que o respectivo credor não terá que ser citado para intervir numa execução em que tal crédito seja empenhado: contudo, entendemos que o legislador, neste contexto e partindo da tendencial equiparação entre ambas as categorias, utilizou as expressões “*garantias reais*” e “*direitos reais de garantia*” como sinónimos.<sup>1410</sup>

Assim sendo e como não podemos restringir a aplicação daqueles preceitos legais aos direitos reais de garantia, sob pena de, entre outras consequências, não aplicarmos o ao penhor de créditos do disposto no art.º 835.º (assim permitindo ao credor pignoratício nomear à penhora qualquer bem do devedor, apesar de dispor de uma preferência sobre um bem determinado) e, por outro, não impor a citação do seu titular para reclamar créditos<sup>1411</sup> quando ele dispõe de uma preferência sobre o bem executado e, inequivocamente, pode reclamar o seu crédito.

## 9 - Efeitos do penhor ou direitos e deveres do credor pignoratício<sup>1412</sup>

### 9.1 - Direitos do credor pignoratício

---

*no elenco dessa categoria determinadas garantias que não correspondem a um direito real de garantia, mas não existe qualquer dúvida de que os dados jus-positivos do sub-sistema privatístico não exigem que uma garantia tenha a natureza de direito real para constituir uma garantia real desde que se verifique uma causa legítima de preferência”.*

<sup>1409</sup> No mesmo sentido, o já citado Neves de Oliveira, ult. ob. e loc. cit., refutando que a objecção decorrente de a satisfação do credor pignoratício depender do património do terceiro devedor do crédito empenhado, pois “*a satisfação do direito de crédito do credor pignoratício nunca é realizada à custa do património do terceiro devedor, não só porque a prestação devida por este constitui um bem que integra acervo patrimonial do solvens (ou de um terceiro), mas também e sobretudo porque se houver incumprimento do crédito garantido, a execução do crédito empenhado constitui execução de um bem específico do património do devedor (ou de um terceiro)*” e, ao invés, apontando exemplos da eficácia *erga omnes* da preferência conferida pelo penhor de créditos, cujos expoentes máximos são a prioridade face a outros penhores constituídos sobre o mesmo bem (art.º 685.º, n.º 3) e manutenção em caso de cessão do crédito empenhado a terceiro (ou seja, consagrando, respectivamente, os atributos da preferência e da sequela). O mesmo Autor vai mais longe e considera que, mesmo quem refute a qualificação do penhor de créditos como garantia real, deverá, para efeitos adjectivos, incluí-lo em tal categoria.

<sup>1410</sup> No mesmo sentido, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 77, nota 164.

<sup>1411</sup> A este respeito, um argumento adicional pode ser chamado à colação e que se prende com a expressa menção que é feita no art.º 864.º, n.º 4, à citação de créditos garantidos por privilégios creditórios gerais, os quais são também geralmente considerados com exorbitando do âmbito dos direitos reais de garantia, embora reentrando, salvo melhor juízo, na categoria das garantias reais (sobre este último aspecto, vide o nosso *Dos privilégios cit.*, pág. 435.

<sup>1412</sup> Estes efeitos encontram-se regulados nas diversas legislações a respeito do penhor de coisas corpóreas e, por isso, deles curaremos também com referência a esse objecto, sem prejuízo de, esporadicamente, nos referirmos a outros penhores (nomeadamente ao penhor de créditos) cuja especificidade do objecto pode conduzir a distorções dos efeitos normalmente associados à garantia pignoratícia. Porém, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1508 e 1509, criticam o facto de o BGB regular os direitos e deveres decorrentes do contrato de penhor por remissão para o credor pignoratício e o empenhante (partes no contrato de penhor), esquecendo o papel do proprietário (quando este não seja o empenhante), especialmente relevante quando ocorra a constituição *a non domino* da garantia (até porque existem certos de entre aqueles direitos e deveres que pressupõem a efectiva entrega do bem).

Da constituição do penhor emerge uma relação bilateral entre o credor e o devedor da obrigação garantida, relação essa que pode ser trilateral (no caso de a garantia ser prestada por terceiro ou de a coisa onerada ser entregue a outrem para custódia) ou quadrilateral (quando, além do credor e do devedor, intervenham na relação pignoratícia um terceiro prestador do penhor e outro, distinto, encarregue da guarda do bem onerado).

Desta relação brotam um conjunto de direitos e deveres para as partes, muito embora a nossa lei (cfr. art.ºs 670.º e 671.º)<sup>1413</sup> apenas enumere os direitos e deveres que recaem sobre o credor pignoratício, provavelmente por ser em seu poder que o bem empenhado permaneça.<sup>1414</sup>

### 9.1.1 - Uso das acções possessórias

O primeiro direito do credor pignoratício é o de usar, relativamente ao bem empenhado, das acções destinadas à defesa da posse, mesmo contra o respectivo proprietário (art.º 670.º, alínea a)),<sup>1415 1416</sup> embora seja discutível se apenas o poderá

---

<sup>1413</sup> É certo que outros direitos e deveres que assistem ao credor pignoratício não encontram guarida nestes preceitos, como sejam o direito aos frutos (art.º 672.º) ou, mais genericamente, os que resultam da remissão para o regime da hipoteca (cfr. art.º 678.º). De modo não diverso, o CCB enumera, no art.º 1433.º, os direitos do credor pignoratício, quais sejam o direito à posse da coisa empenhada, à sua retenção (até integral ressarcimento das despesas justificadamente realizadas e que não tenham sido ocasionadas por factos imputáveis ao mesmo credor – Afonso Dionyiso da Gama, ob. cit., pág. 56, considera como justificadas “*todas aquellas que o credor demonstrar haver feito com a conservação, guarda e defesa da coisa dada em penhor*”), ao ressarcimento dos danos sofridos por vícios do mesmo bem (apontando Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 344, como exemplo o de o rebanho do credor pignoratício ser contaminado pelo gado recebido em penhor, desde que tal circunstância fosse conhecida do empenhante), a promover a venda judicial (ou a venda particular, caso tal tenha sido convencionado ou se o devedor lhe outorgar procuração nesse sentido), a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada e a promover a venda antecipada (mediante autorização judicial, em caso de fundado receio de perda ou deterioração do bem onerado, salvo se o devedor substituir o bem empenhado ou oferecer outra garantia idónea). Para um elenco dos principais direitos do credor pignoratício nos vários ordenamentos, vide, nomeadamente, os art.ºs 1866.º e segs. do CCE, 2343.º e segs. do CCF (posterior à reforma de 2006) e 2787.º e segs. do CCI.

<sup>1414</sup> Montel, Pegno cit., pág. 783, assegura que outros direitos e obrigações poderão ser estabelecidos no contrato que institui o penhor. Desde logo, a própria lei admite, em casos contados, que o seu regime possa ser afastado por vontade das partes (veja-se, no nosso direito, a possibilidade de o empenhador autorizar o credor pignoratício a usar o bem dado em garantia). Mas tais pactos serão admissíveis mesmo em derrogação do regime legal, desde que não violem nenhuma proibição especificamente contida na lei e não descaracterizem o instituto.

<sup>1415</sup> No direito espanhol, o art.º 1869.º, n.º 2, do CCE atribui ao credor o direito de exercer as acções que caibam ao proprietário da coisa para reclamá-la ou defendê-la contra terceiros: com base neste preceito, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 80 e 81, entende que o credor pode socorrer-se, em nome próprio – enquanto possuidor – de acções de manutenção e de defesa da posse, bem como de acções não possessórias – como a de reivindicação – relacionadas com a titularidade do seu direito, com exclusão apenas daquelas em que o reclamante respeite o direito real limitado do credor e discuta unicamente a titularidade do bem onerado. No direito alemão, o §1226 do BGB remete, no que à protecção do credor pignoratício diz respeito, para as normas relativas à defesa do direito de propriedade (por força desta remissão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1513, sustentam que ao credor pignoratício assistem as acções possessórias – inclusivamente contra o proprietário – e a acção de reivindicação). No direito brasileiro e apesar da ausência de disposição expressa, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 360, atribui ao credor o direito de invocar a protecção possessória e até de reivindicar o bem recebido em garantia.

<sup>1416</sup> Nos penhores sem desapossamento, o direito de usar estas acções cabe exclusivamente ao devedor, por ser em seu poder que o bem permanece, e não ao credor pignoratício, porquanto este não tem qualquer tipo de posse (assim, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 243). Contrariamente, Washington de



fazer em caso de inacção por parte do constituinte que possa por em causa a integridade do bem onerado<sup>1417</sup> e, por outro lado, se as exerce em nome próprio ou indirectamente (em representação ou substituição do proprietário).<sup>1418</sup>

Tal discussão esvazia-se de alguma da sua importância, na medida em que a legitimidade para utilizar tais acções é reconhecida ao credor pignoratício<sup>1419</sup> independentemente da controvérsia acerca da qualificação da sua relação com o objecto da sua garantia – possuidor ou mero detentor - isto é, ainda que se opte por esta segunda hipótese, tal não inviabilizará o uso das acções possessórias por parte do credor pignoratício.<sup>1420</sup>

O direito à posse do bem empenhado poderá ser considerado como uma manifestação do carácter absoluto do penhor, na medida em que serve de fundamento a que o credor pignoratício possa repelir a pretensão de qualquer sujeito destinada à

---

Barros Monteiro, ob. cit., pág. 361, entende que o credor, nos penhores sem desapossamento, mantém a posse indirecta do bem empenhado (apoiando-se no art.º 1197.º do CCB, de acordo com o qual a posse directa não afecta a subsistência da posse indirecta).

<sup>1417</sup> Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1887, entende que o credor não terá que aguardar por tal inacção do constituinte.

<sup>1418</sup> Defende a legitimidade directa do credor para o uso, quer das acções possessórias (nas quais defende o seu próprio direito de posse), quer da reivindicação, Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2148, escrevendo, relativamente a esta última, que “*el acreedor pignoraticio está legitimado directamente para invocar la condición de propietario del pignorante en la medida indispensable para acreditar la propia existencia del derecho de prenda*”. Por seu turno Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1887 e 1888 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 543, aludem à controvérsia acerca da atribuição destas acções ao credor em nome próprio ou como mero sub-rogado do empenhante, optando ambos pela primeira alternativa, porquanto as perturbações do direito do credor podem advir do comportamento do próprio constituinte da garantia (o segundo dos Autores citados acrescenta, em abono da sua posição, que o direito de reter o bem empenhado até integral pagamento propicia ao credor o poder de perseguir e recuperar a coisa caso esta passe para o poder de terceiro, de modo que “*no es que el acreedor use de las acciones correspondientes al dueño, sino que le corresponden, por su derecho real, acciones de defensa del mismo análogas a las que tendría el propietario*” – procurando explicar a letra da lei com o desejo do legislador “*dando por presupuestas una serie de acciones que corresponden al acreedor por la propia titularidad de su derecho, ha querido (...) reforzar con más vigor las acciones que le asisten, cuando directamente se refieren a la defensa y protección de la cosa gravada, modelándolas sobre las que, en el mismo supuesto, corresponden al propietario*”- decorrendo a legitimidade para o uso das acções possessórias directamente da sua qualidade de possuidor e, quanto às demais, *maxime* a acção reivindicatória, “*si un tercero reclama la cosa gravada con base en su presunta titularidad dominical, el acreedor deberá limitarse a oponer estrictamente la existencia de su derecho de garantía y, consecuentemente, su facultad legítima para retener la posesión de la cosa y no entregarla al reclamante*”), até porque as finalidades de qualquer destas acções podem não ser coincidentes (por exemplo, se o empenhante – aproveitando uma devolução temporária do bem empenhado - aliena e entrega o bem a terceiro, advertindo-o que a mesma se encontra onerada ou conhecendo este tal oneração: em tal caso, o dono não beneficiará de nenhuma acção contra o adquirente, mas o mesmo não se poderá dizer do credor pignoratício).

<sup>1419</sup> No caso de penhor constituído mediante entrega a terceiro, este será o legitimado para exercer estas acções – Rubino, Il pegno cit., pág. 278.

<sup>1420</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 689, que reconhecem ao credor pignoratício a possibilidade de se socorrer das acções possessórias, mesmo depois de qualificarem a sua posição como mero detentor (em termos análogos, Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 928, nota 1). Pelo contrário Paulo Cunha, ob. cit., pág. 207, Mirabelli, ob. cit., pág. 414 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 96, sustentam ser o credor pignoratício possuidor e, por isso, lhe caberem, em nome próprio, as acções possessórias de reintegração e manutenção (esclarecendo o primeiro que o uso de tais meios resultam da sua posse pignoratícia e não da posse de proprietário de que, obviamente, não é titular o credor pignoratício). Marc Billiau, ob. cit., pág. 21, apesar de considerar o credor pignoratício como possuidor relativamente ao direito de penhor, enfatiza que, mesmo a qualificação como mero detentor não afasta a protecção possessória, nomeadamente a que resulta do princípio da posse vale título.

entrega do bem empenhado, mesmo que oriunda do respectivo proprietário:<sup>1421</sup> todavia, tendo em conta a natureza temporária da posse pignoratícia, por ser temporário o direito de penhor, a protecção possessória cessa com a extinção deste último.<sup>1422</sup>

O facto de o objecto da garantia se encontrar em poder do credor permite-lhe evitar os actos de destruição do bem para que, uma vez chegado o momento de execução do penhor, possa fazer valer o seu direito de preferência,<sup>1423</sup> assim se justificando a necessidade de manutenção da posse do bem empenhado e por isso se compreendendo que lhe assista o direito de se defender contra as ingerências de terceiros que prejudiquem ou comprometam a sua posse e, por arrastamento, a sua garantia.<sup>1424</sup>

Contudo, este direito à posse não se confunde com o direito de retenção, por ser diversa a função de ambos, caracterizando-se este último por ser um meio coercivo de forçar o devedor a cumprir, enquanto o direito à posse se constitui uma condição da manutenção do direito de penhor.<sup>1425</sup>

Questão diversa é a de saber se, nos penhores sem desapossamento, o credor pode gozar de um direito de retenção fictício, o qual é reconhecido por alguns diplomas legais de outros ordenamentos e, muito em particular, pelo novel direito francês das garantias mobiliárias (art.º 2286.º, n.º 4, do CCF).<sup>1426</sup>

---

<sup>1421</sup> Assim, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 241 e 242, não sem dar conta de opiniões contrárias ao carácter absoluto do penhor (e, por arrasto, à sua qualificação como direito real), considerando não existir um mecanismo autónomo destinado a proteger o credor pignoratício em caso de danificação do bem empenhado que lhe permita obter o ressarcimento por eventuais danos causados. O Autor citado rebate esta argumentação, partindo da distinção entre os danos causados na coisa em si e os danos respeitantes à garantia em si mesma considerada: o ressarcimento dos primeiros apenas compete ao proprietário, porquanto o credor pignoratício não sofre um dano, pelo menos actual e directo (pois, das três uma, ou a coisa, apesar de danificada, continua a ter um valor suficiente para garantir o crédito ou, caso contrário, o credor poderá obter uma outra garantia idónea ou, por último e se tal não for possível, poderá exigir o pagamento imediato da soma devida, se necessário for através das somas devidas ao seu devedor a título de indemnização); quanto ao ressarcimento dos danos causados à garantia em si, o seu titular será o credor pignoratício, muito embora o Autor duvide da existência de muitos casos em que tal pretensão possa ser invocada (apontando como exemplos a apropriação dos frutos do bem empenhado por terceiro e a hipótese em que um terceiro toma posse do bem empenhado, sem o danificar, impedindo que o credor possa iniciar o processo executivo).

<sup>1422</sup> Assim, em termos gerais para todos os direitos temporários, Manuel Rodrigues, *ob. cit.*, págs. 330 e 331, afirmando ser este o caso da generalidade dos direitos limitados, rematando que “*a posse directa ou derivada é, por definição, conceitualmente temporária, porque se funda numa relação de direito transitório*”.

<sup>1423</sup> Assim, Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, pág. 107.

<sup>1424</sup> Mas apenas se essas ingerências colocarem em risco o seu direito. De acordo com Montel, *Pegno cit.*, pág. 784 e uma vez que qualquer ingerência que lese a detenção lesa necessariamente o penhor, mesmo algumas que seriam irrelevantes relativamente a outras garantias que não pressuponham a detenção material do bem, como a hipoteca, não o serão no que ao penhor diz respeito (concluindo, por isso, ser mais amplo o conteúdo da relação pignoratícia, em comparação com a relação hipotecária).

<sup>1425</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 241, acrescentando que o direito de retenção apenas surge quando o retentor já se encontre na posse do bem e seja titular de um crédito nascido por força dessa retenção, requisitos estes que não têm necessariamente de concorrer para o nascimento do penhor. Em termos concordantes, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 120 e 121.

<sup>1426</sup> Todavia, este reconhecimento expresso apenas ocorreu com a uma lei de 4/8/2008, que acrescentou uma alínea ao preceito em questão, na qual se faz alusão directa ao credor com penhor sem desapossamento (Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 606). O direito de retenção pressupõe, normalmente, uma detenção efectiva ou, quando muito, fictícia, o que não acontece no penhor sem desapossamento. Contudo e segundo Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 375, não fora a atribuição deste poder e o penhor sem desapossamento seria uma garantia pouco atractiva e, com a sua concessão, o credor beneficiará de uma posição bastante favorável, *maxime* no âmbito dos processos insolvenciais, nos quais pode recusar a entrega do bem enquanto não for satisfeito o seu crédito (mesmo fora deste processos, a concessão de um direito de retenção permite igualmente ao credor recusar a entrega do bem

De entre as diversas acções possessórias, aquelas que sem dúvida assumem maior relevância neste contexto são as de recuperação ou restituição da posse, muito embora não seja de descartar liminarmente o recurso às acções de manutenção da mesma (art.º 1278.º, n.º 1),<sup>1427 1428</sup> sem prejuízo de um eventual direito de indemnização pelos danos causados pelo terceiro (art.º 1284.º).<sup>1429</sup>

---

e, posteriormente, requerer a atribuição judicial do bem onerado: todavia, se o credor decidir promover a venda, sujeitar-se-á ao concurso de credores). Realçam igualmente a eficácia quase absoluta deste direito Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 545, assegurando que o mesmo pode ser oposto ao adquirente do bem onerado, ao verdadeiro proprietário e aos outros credores do constituinte da garantia, independentemente do grau de preferência de cada um deles (este últimos Autores, ob. cit., pág. 563, embora com reticências, admitem a atribuição deste mesmo direito de retenção ao penhor de créditos, sobretudo por força da circunstância de, após a notificação do devedor do crédito onerado, apenas o credor pignoratício se encontrar legitimado para cobrar aquele crédito, pelo que poderá “*bloquer les droits du constituant et se trouve donc dans la situation d’un rétenteur*”). O retentor pode, no entanto, ser forçado a desapossar-se do bem retido em caso de processo de insolvência, passando o direito a incidir, em caso de venda do bem por parte do liquidatário, sobre o preço e, por outro lado, o direito de retenção faculta ao credor uma mera posição de espera, pelo que em caso de execução da garantia arrisca o concurso de outros credores com preferências superiores, a não ser que opte pela atribuição judicial do bem (Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., págs. 241 e 242). Contesta esta opção do legislador, Théry, ob. cit., págs. 320 e 321, sustentando que o direito de retenção pressupõe uma relação material com o bem retido, pelo que apenas poderá ser atribuído, no caso do penhor, quando o bem onerado esteja em poder do credor ou, quando muito, de um terceiro designado pelas partes).

<sup>1427</sup> Entre nós, estas acções compreendem, as acções de prevenção, manutenção e restituição da posse (cfr. art.ºs 1276.º a 1286.º), parecendo ser a última a mais apropriada para defender a posição do credor pignoratício desapossado (muito embora no Acórdão da Relação de Lisboa de 21/1/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), se estabeleça que a acção de restituição da posse não poderá ser intentada contra quem esteja na posse de boa fé da coisa, cabendo, por isso, ao autor alegar que aquele que detém a coisa tem conhecimento do esbulho), uma vez que, conforme realça Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 319, a acção de manutenção é indicada para os casos em que, tendo havido perturbação da posse, não tenha existido esbulho (Manuel Rodrigues, ob. cit., pág. 363, entende haver esbulho “*sempre que alguém for privado do exercício da retenção ou fruição do objecto possuído, ou da possibilidade de o continuar*”; Durval Ferreira, ob. cit., pág. 363 e segs., escreve que o esbulho “*supõe a privação total ou parcial da posse. O anterior possuidor é desapossado, não sendo todavia essencial que o autor do esbulho se apodere da coisa*” ou melhor, existe esbulho “*se um terceiro adquire, por acto unilateral e originário, para si ou para outrem, uma situação de posse contraditória (total ou parcialmente) com a primeira. E, corresponde-lhe a acção de restituição*”, distinguindo-o da simples turbação do seguinte modo: “*há turbação se o possuidor, embora ofendido na sua posse, não foi privado da retenção ou fruição: há esbulho no caso contrário*”), consistindo o pedido no reconhecimento da posse do autor e na cessação dos actos que a perturbam, enquanto a acção de restituição “*está reservada para os casos em que a violação da posse se traduz na sua privação, ou seja, quando há esbulho, independentemente de este ser violento ou não*”: noutros termos, “*na manutenção, não chega a haver desapossamento, ao contrário da restituição: o perturbador dificulta o exercício do direito, mas não o impede*” – Menezes Cordeiro, *A posse* cit., pág. 146 (todavia e em razão da fronteira entre a perturbação e o esbulho, o art.º 661.º, n.º 3, do CPC, determina que se tiver sido requerida a manutenção em lugar da restituição da posse, ou esta em vez daquela, o juiz conhecerá do pedido correspondente à situação realmente verificada, prosseguindo a acção e condenando o juiz de acordo com a situação realmente verificada. Parece, todavia, que as acções possessórias de manutenção e restituição não poderão ser invocadas perante actos de natureza jurídica, uma vez que “*se para existir esbulho se pressupõe uma aquisição de posse pelo terceiro, esta por sua vez pressuporá um acto material (corpus)*” – Durval Ferreira, ob. cit., pág. 375. Em face do direito italiano Rubino, *Il pegno* cit., pág. 278, sustenta que as únicas acções de defesa da posse invocáveis pelo credor pignoratício são as de recuperação da posse, uma vez que as de simples manutenção não permitirão que o bem retorne para as mãos do credor. Estas acções de recuperação da posse, prossegue o mesmo Autor, podendo ser exercidas mesmo contra o proprietário constituinte da garantia (no caso de ter sido este a recuperar a posse da coisa), nem afastam a possibilidade de o credor intentar uma acção contratual contra aquele, a qual possui prazos mais dilatados (além de poder ser intentada mesmo quando o credor prove que tenha devolvido a coisa ao constituinte temporariamente e sem renunciar ao penhor) - em termos análogos Realmonte, *Il pegno* cit., págs. 663 e 664.

Todavia, o recurso a este tipo de acções pressupõe a não verificação do prazo de caducidade de um ano, contado da data do facto da turbação ou do esbulho ou, quando tenha sido praticado a ocultas, do conhecimento dele por parte do possuidor (art.º 1282.º).<sup>1430</sup>

Entre nós, para além das acções possessórias - que processualmente assumem a configuração de verdadeiras acções declarativas de condenação - está facultado ao credor pignoratício o recurso às providências cautelares,<sup>1431</sup> designadamente à restituição provisória da posse em caso de esbulho violento (art.º 1279.º e art.º 339.º do CPC),<sup>1432</sup> bem como de deduzir embargos de terceiro em caso de penhora ou de outro acto de apreensão judicial do bem por ele possuído (art.º 1285.º).<sup>1433</sup>

Apesar de o regime luso do penhor, ao contrário de outros - vide, por exemplo, o direito italiano, no qual é expressamente atribuída ao credor pignoratício tal possibilidade, caso dela goze o empenhante (cfr. art.º 2789.º do CCI),<sup>1434</sup> - não atribuir

---

<sup>1428</sup> No caso de o bem empenhado se encontrar sob custódia de um terceiro, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 246, sustenta que a restituição pode ser exigida através de uma acção contratual de depósito (se o empenhador e o credor participaram na celebração do contrato de depósito, o depositário deverá restituir a coisa com o consentimento de ambos).

<sup>1429</sup> Porém, Durval Ferreira, ob. cit., pág. 378 e segs, ressalva que o possuidor não terá direito a indemnização pelo valor da coisa possuída se esta vem a perder-se ou é destruída (salvo quanto ao momento que medeia entre a turbação e aquela perda ou destruição), pois se a causa da protecção é a posse, esta já havia cessado no momento daquela perda ou destruição: todavia, tal não invalida a possibilidade de reclamar uma indemnização com fundamento no direito real - *in casu*, o penhor - que sustentava aquela posse.

<sup>1430</sup> A *ratio legis* deste preceito decorre do facto de, após o decurso do prazo de um ano, o possuidor perder retroactivamente a sua posse, passando o esbulhador a ser reconhecido por lei como possuidor (art.º 1267.º, n.º 1, alínea d)): por esta razão, a caducidade da acção de restituição determina o mesmo efeito relativamente a uma eventual acção na qual se pretendesse fazer valer o direito a uma indemnização pelos danos causados, porquanto o anterior possuidor já o não é (e não o será porque a acção de restituição já caducou), pelo que não preenche os requisitos de que o art.º 1284.º faz depender o direito ao ressarcimento dos danos - Durval Ferreira, ob. cit., págs. 405 e 412. Advogando que a providência cautelar de restituição provisória da posse não suspende este prazo, uma vez que tal efeito apenas se produz com as acções possessórias propriamente ditas (de prevenção, manutenção ou restituição), Menezes Cordeiro, A posse cit., pág. 144.

<sup>1431</sup> No Acórdão da Relação de Lisboa de 9/2/1994, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), admite-se o recurso a uma providência cautelar não especificada, solução esta consagrada, desde a reforma do CPC de 1995, no art.º 395.º do CPC, no qual se esclarece que tal meio processual pode ser usado pelo possuidor esbulhado ou perturbado no seu direito, mesmo que não se verifiquem os pressupostos que legitimam o recurso à restituição provisória da posse (art.º 393.º do mesmo Código).

<sup>1432</sup> Vide Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 318 e, quanto ao recurso à providência cautelar de restituição provisória da posse, o Acórdão da Relação de Lisboa de 6/4/2000, in BMJ n.º 496, pág. 304). Manuel Rodrigues, ob. cit., págs. 365 e 366, entende que a violência tanto pode ser exercida sobre o possuidor, como sobre os objectos possuídos (e mesmo contra outros que constituam um obstáculo ao esbulho) e, noutro plano, que tanto pode consistir no emprego da força física, como em ameaças (o que, aliás, vai de encontro à noção de posse violenta vertida no n.º 2 do art.º 1261.º, o qual alude não apenas ao uso da coacção física, mas também da moral). Este procedimento assume uma natureza simultaneamente declarativa e executiva, efectivando-se autonomamente (sem necessidade de posterior execução e, por isso, não originando o nascimento de um título executivo), dispensando mesmo a audiência do esbulhador - Menezes Cordeiro, A posse cit., págs. 143 e 144 e Durval Ferreira, ob. cit., págs. 416 e 417 -, o que, na óptica do último Autor citado, implica também que aquela não possa apresentar requerimentos ou juntar documentos.

<sup>1433</sup> Durval Ferreira, ob. cit., pág. 435 e segs., coloca em evidência como este incidente tem uma natureza simultaneamente cautelar (na sua fase introdutória, de recebimento ou rejeição dos embargos) e possessória, não obstante a sua rejeição à propositura, por parte do embargante, de uma acção autónoma (quer declarativa do seu direito, quer de reivindicação, quer possessória propriamente dita).

<sup>1434</sup> Esta última restrição implica que a acção de reivindicação não possa ser exercida quando o alienante tenha sido o constituinte da garantia, mas apenas contra o terceiro nomeado depositário do bem empenhado que a tenha alienado e contra os casos de perda da posse em geral, em especial o esbulho

especificamente ao titular do penhor a faculdade de se socorrer de uma acção de reivindicação, a mesma deve-lhe ser atribuída enquanto titular de um direito real (cfr. art.º 1315.º).<sup>1435</sup>

Com efeito, sendo o credor pignoratício titular de um *ius in re*, tem a faculdade de o fazer valer contra quaisquer terceiros que o ofendam,<sup>1436</sup> invocando o chamado direito de sequela,<sup>1437</sup> gozando, por isso, de legitimidade para interpor uma acção de

---

violento (excepto se este for cometido pelo concedente, caso em que o credor apenas poderá recorrer às acções possessórias ou contratuais) ou de perda, sem prejuízo do recurso às acções possessórias – (cfr. Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 99 e Rubino, Il pegno cit., pág. 279). No entanto, Rubino, Il pegno cit., pág. 278, assevera não estarmos perante um caso de sub-rogação, mas antes perante uma autorização legal para o exercício de um direito alheio, intentando o credor pignoratício uma acção com base no seu direito de penhor e não por força do seu crédito (como se comprova pela circunstância de a norma ser aplicável mesmo que o penhor tenha sido prestado por terceiro e mesmo que o bem tenha sido adquirido por terceiro, desde que nenhum destes dois sujeitos seja devedor do credor pignoratício). Também em face do direito espanhol Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 290, sustenta que a acção de reivindicação é exercida pelo credor pignoratício em nome próprio, isto é, “*estas acciones son propias del acreedor pignoratício (...) porque la prenda es un derecho real*” e, em termos coincidentes. López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 444, assegurando que o credor pignoratício pode lançar mão de todas as acções destinadas à reclamar ou a defender a sua posse, incluída a acção de reivindicação. No direito brasileiro e apesar do silêncio legislativo, Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 83 e segs., sugere que o credor pignoratício, além das acções de restituição e manutenção da posse, poderá socorrer-se da acção de execução da garantia (em caso de não pagamento da obrigação garantida na respectiva data de vencimento) e à acção pignoratícia contrária (para, deste modo, reaver o penhor – caso este tenha sido retirado das suas mãos – ou exigir o seu reforço, ou ainda para ser reembolsado das despesas efectuadas no bem objecto da garantia ou do prejuízo sofrido pelos vícios de que o mesmo bem fosse portador). Admitindo a existência de tal direito mesmo na ausência de norma expressa a consagrá-lo, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 277.

<sup>1435</sup> Neste sentido, por todos, Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 271.

<sup>1436</sup> Naturalmente, apenas poderá invocar este direito o credor pignoratício que não se tenha desapossado voluntariamente do bem empenhado pois, se assim for, o penhor extingue-se (Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 542, concluindo que o credor apenas poderá exercer o direito de sequela em caso de furto ou de perda do bem) – sobre esta causa de extinção do penhor, vide n.º 10.2 do Capítulo I.

<sup>1437</sup> Porquanto esta permite aos terceiros de boa fé que tenham adquirido a posse do bem empenhado opor-se, com sucesso, à acção de reivindicação interposta pelo credor pignoratício (assim expressamente Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1888), ou seja, a reivindicação só é possível contra um possuidor de má fé (no caso do direito francês, a reivindicação é também possível, em caso de perda ou furto do bem, contra um possuidor de boa fé – art.º 2279.º, n.º 2 – excepto se este houver adquirido a coisa furtada ou perdida numa feira, num mercado ou numa venda pública, caso em que o reivindicante apenas logrará os seus intentos se reembolsar o actual possuidor do preço por este pago pelo bem – art.º 2280.º). De acordo com Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 277 e 278, por “perda” deverá entender-se um desapossamento imputável a negligência do proprietário, a um facto de terceiro ou a um caso de força maior, ao passo o “furto” designará subtracção fraudulenta da coisa de outrem, isto é, contra a vontade do seu proprietário (no entanto, o mesmo Autor julga ser necessário distinguir consoante a reivindicação seja dirigida contra quem tenha furtado ou achado a coisa, por um lado, ou o seu sub-adquirente: no primeiro caso, o possuidor não poderá ser considerado de boa fé e, por isso, a reivindicação apenas prescreverá no prazo ordinário e surtirá o efeito desejado; no segundo, o possuidor estará de boa fé, podendo a reivindicação ser exercida no prazo de 3 anos do art.º 2279.º, n.º 2, com a possibilidade de o possuidor invocar em seu benefício o art.º 2280.º - no mesmo sentido, Weil, ob. cit., págs. 92 e 93). Todavia, mesmo nestes ordenamentos e como bem salienta Rojo Ajuria, Las garantías mobiliarias (fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a luz de la experiencia de los Estados Unidos de América), in Anuario de Derecho Civil, n.º 42 (1989), pág. 782, a protecção do terceiro adquirente de boa fé não elimina o direito de sequela, ou seja, “*El quid iuris está entonces en discriminar al adquirente de buena fede del adquirente de mala fede, pero la reipersecutoriedad existe*”, de modo que “*quien adquiere dentro del tráfico ordinario de bienes, con buena fe, adquiere un bien libre de cargas*” (só não sendo assim quando seja instituído um registo como substituído da publicidade possessória e esse registo seja de acesso público, de modo a que todos os potenciais interessados se possam inteirar dos ónus que impendem sobre os bens do devedor).

reivindicação,<sup>1438</sup> cuja procedência nem sequer se encontra condicionada pela regra da posse vale título, a qual não obteve consagração legal no ordenamento luso.<sup>1439</sup>

Ou seja, apesar de a nossa lei não atribuir ao titular de um penhor nenhuma tutela não possessória autónoma para defesa do seu direito real – a chamada acção pignoratícia<sup>1440</sup> –, tal desiderato, conjuntamente com a devolução do bem onerado ao credor pignoratício, pode ser alcançado por via da acção de reivindicação,<sup>1441</sup> pelo que o significado a atribuir ao art.º 670.º, alínea a), é o de, além da reivindicação, facultar ao credor o uso das acções possessórias.<sup>1442</sup>

De facto, com a acção de reivindicação, para além do reconhecimento do seu direito real, o credor peticiona a restituição da coisa reivindicada,<sup>1443</sup> pelo que a procedência do primeiro pedido implica a recuperação da posse sobre o bem onerado, a fim de permitir a reconstituição do direito de penhor (devendo, para o efeito, o credor provar que o bem lhe havia sido entregue a título de penhor).<sup>1444</sup>

Em termos adjectivos e conforme salientado anteriormente,<sup>1445</sup> à acção de reivindicação não corresponde qualquer meio processual específico, devendo esta seguir a forma de uma acção declarativa comum, consoante os casos ordinária, sumária ou sumaríssima (cfr. art.º 462.º do CPC).

Para além das acções possessórias e da acção de reivindicação, poder-se-á admitir que o credor pignoratício goza ainda de uma acção contratual destinada a obter novamente a entrega do bem empenhado, sempre que este tenha regressado ao poder do constituinte, sem que tenha havido renúncia ao penhor.<sup>1446</sup>

Este direito de exigir a entrega ou devolução do bem abrange, especialmente quando o penhor seja munido de um pacto anticrético, igualmente o poder de reclamar

---

<sup>1438</sup> Negando, pelo contrário, que o credor pignoratício disponha de uma acção de reivindicação, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 121 (exceptuando apenas o caso dos frutos quando, por força de um pacto anticrético, estes pertençam ao credor pignoratício).

<sup>1439</sup> Théry, ob. cit., pág. 327, destaca como, tratando-se de bens corpóreos (uma vez que a regra não se aplica aos bens incorpóreos, podendo a oponibilidade da garantia ser assegurada pela notificação ao devedor ou através de outro mecanismo publicitário), o direito de sequela nos penhores sem desapossamento enfrenta esse obstáculo insuperável e, nos penhores sem desapossamento, apenas existirá quando expressamente previsto na lei (sendo que, quando se institua um mecanismo publicitário alternativo ao desapossamento – v.g., um registo – este, por si só, não permitirá afastar a regra da posse vale título, mas apenas implicando a má fé dos terceiros adquirentes).

<sup>1440</sup> Nega a atribuição de tal acção ao credor pignoratício no direito italiano, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 97, (afirmando que o penhor não confere, por si só, qualquer a acção petítória da posse a fim de reconstituir o penhor) e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 279, considerando que a ausência de qualquer acção baseada exclusivamente no direito real de penhor se justifica por força da possibilidade, nos termos acima expostos, de o credor pignoratício se poder socorrer da acção de reivindicação pertencente ao proprietário (contudo, da ausência de tal acção pignoratícia não é legítimo inferir a não qualificação do penhor como direito real, porquanto, tendo-se extinto o penhor em razão da perda da posse por parte do credor pignoratício, inútil se afigurava aquela acção).

<sup>1441</sup> Em sentido inverso Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, págs. 155 e 156, sustentava a desnecessidade de atribuir ao credor pignoratício uma acção de reivindicação, uma vez que ele gozaria, em nome próprio, da acção pignoratícia (simplesmente, quando o bem empenhado pertença a pessoa diferente do empenhador e o credor exerça contra ele a acção pignoratícia, este pode opor-lhe o seu direito de propriedade).

<sup>1442</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, pág. 155.

<sup>1443</sup> Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 271 e Vaz Serra, ob. cit., pág. 156 (este último acrescentando que esta mesma acção serve como fundamento para exigir o afastamento de lesões de outra natureza e, em caso de receio de lesões futuras, exigir que elas não se venham a verificar).

<sup>1444</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 98.

<sup>1445</sup> Cfr. supra n.º 2 do Capítulo I.

<sup>1446</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 279.

os proveitos da coisa empenhada,<sup>1447</sup> bem como a indemnização pelos danos causados ao bem empenhado.<sup>1448</sup>

Uma vez exigida, por parte do credor, a entrega da coisa empenhada, o possuidor poderá legitimamente opor-se a tal pretensão, sempre que a sua posse se funde num título oponível àquele, como sucederá quando estiver munido de um direito de retenção para pagamento das benfeitorias por si realizadas no referido bem (art.º 754.º), sendo mais duvidoso que tal direito possa ser invocado quando o retentor for o proprietário do bem empenhado, o devedor pignoratício ou o empenhante.<sup>1449</sup>

Saliente-se, todavia, que o exercício destas acções por parte do credor pignoratício constitui uma mera faculdade e não um dever, se bem que, ao menos em certos casos, do seu não exercício possam resultar algumas consequências.<sup>1450</sup>

Porém e pese embora a panóplia de mecanismos de protecção do seu direito, nem sempre ao credor será possível recuperar a posse do bem empenhado, nomeadamente se considerarmos que as acções destinadas a obter a restituição da *quid* onerado (em especial a acção de reivindicação) não são invocáveis em caso de perda da posse, precisamente porque essa perda pode fazer extinguir o direito real de penhor.<sup>1451</sup>

---

<sup>1447</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 156, distinguindo consoante o penhor seja com ou sem anticrese: no primeiro caso, o credor pignoratício poderá reivindicar os frutos percebidos pelo possuidor de má fé (desde que não consumidos e ainda existentes); no segundo, poderá exigir igualmente a entrega dos frutos (ou uma indemnização correspondente), não a título de posse em nome próprio, mas antes em posse a título de penhor.

<sup>1448</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 157, mas limitando a medida desse direito ao seu interesse como credor pignoratício.

<sup>1449</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 157, depois de dar conta que a solução do direito alemão é a de negar a indemnização pelas benfeitorias (e o correspondente direito de retenção) aos sujeitos mencionados no texto, contesta-a, argumentando que o proprietário (desde que não seja estranho ao penhor, pois, nesse caso, o credor nem sequer lhe poderá exigir a entrega) terá direito à indemnização na medida em que as despesas excedam a medida do seu consentimento para o penhor; que o devedor, pelo simples facto de o ser, não deverá ser privado do direito a essas despesas (ao menos desde que o penhor ou tais despesas sejam alheias à sua obrigação); e relativamente ao empenhador, este não deve ter direito à indemnização das benfeitorias úteis (pois sabia – ou devia saber – que a coisa deveria ser entregue ao credor e ter a obrigação contratual de o fazer, não podendo, por isso, recusar tal comportamento invocando as despesas efectuadas), mas sim das necessárias a que não pudesse considerar-se obrigado para com o credor.

<sup>1450</sup> Assim Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 100 (sugerindo que, em caso de inacção por parte do credor pignoratício, este deve informar o constituinte da perda da posse, mesmo que esta não tenha resultado de culpa sua), Rubino, Il pegno cit., pág. 282 (assegurando que tal suposta obrigação de interpor tais acções não se inclui no dever de custódia que impende sobre o credor), Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 546 (admitindo mesmo que se a perda do bem se dever ao não exercício tempestivo, por parte do credor, das acções que lhe compitam, deverá responder pelos prejuízos causados ao constituinte, sempre que se possa considerar negligente a conduta do credor) e, entre nós, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 173 (admitindo também a obrigação de o credor pignoratício, no caso não agir, comunicar ao proprietário do bem a ocorrência, apontando como exemplo o do esbulho). Contra, Realmonte, Il pegno cit., pág. 664, assegurando que o exercício destas acções constitui um ónus para o credor pignoratício (concordando que, caso não deseje agir, deverá informar tempestivamente o concedente da perda da posse).

<sup>1451</sup> Posição defendida por Rubino, Il pegno cit., pág. 279, com base na qual se podem identificar pelo menos três situações em que o credor pignoratício ficará desprotegido. A primeira ocorrerá quando, durante o desapossamento do credor ocorrido sem esbulho, a coisa seja alienada pelo proprietário a um terceiro que tenha obtido a posse do bem (uma vez que não se verificam os requisitos da acção de restituição da posse e a acção contratual não ser proponível em virtude do facto de a coisa não se encontrar em poder do constituinte); a segunda quando, durante o desapossamento violento do credor, a coisa seja alienada pelo proprietário a um terceiro e este tenha obtido a respectiva posse, desde que o terceiro desconhecesse o esbulho (pelas mesmas razões da hipótese anterior); a terceira, sempre que o proprietário crie uma nova relação obrigatória relativa à coisa com um terceiro que tenha obtido a posse do bem, desde que o terceiro desconheça o eventual esbulho (no caso de terceiro ainda não ter sido

Como melhor se verá aquando da análise das causas de extinção do penhor, é discutível, por um lado, se qualquer perda da posse origina a extinção do direito real de penhor e, por outro, se, ocorrendo a perda da posse da coisa empenhada por parte do credor, mas, por força do exercício de acções legais para a reaver, este a vier a ser recuperada, se produziu a extinção do penhor originário ou se, ao invés, o mesmo poderá renascer automaticamente aquando daquela recuperação.<sup>1452</sup>

Cabe realçar, noutro plano, que não obstante o credor se encontrar em poder do bem objecto da sua garantia e dado que a sua posse se restringe ao direito de penhor, não poderá, conforme anteriormente salientado, adquirir a propriedade de tal bem por usucapião, pelo menos enquanto não se verificar uma alteração do título de posse.<sup>1453</sup>

Dúvidas surgem a respeito dos bens não susceptíveis de posse, nomeadamente em todos os casos em que o desapossamento do constituinte da garantia é substituído por outro mecanismo alternativo que não implique a transferência da posse,<sup>1454</sup> bem como no domínio específico do penhor de créditos:<sup>1455</sup> as interrogações advêm da própria noção de posse e, ainda, da controvérsia acerca da natureza real de um penhor que incida sobre direitos ou créditos, a qual poderá comprometer o recurso à acção de reivindicação.

---

investido na posse do bem e esta permanecer em poder do seu proprietário, prevalecerá o direito do credor ou do terceiro, em função da prioridade temporal da propositura da acção judicial de entrega do bem).

<sup>1452</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 10.2 do Capítulo I.

<sup>1453</sup> Acerca deste pretensão modo de aquisição do penhor, vide supra n.º 2 do Capítulo I. Neste sentido, Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 242 e 243, complementando que, se o penhor houver sido constituído por um não proprietário, será em benefício deste que se dará a prescrição aquisitiva.

<sup>1454</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 290 e 291, dá como exemplo o penhor de valores mobiliários escriturais, para cuja constituição se requer a inscrição no registo deste tipo de bens, razão pela qual não se poderá o credor pignoratício fazer valer das acções possessórias (e, por outro lado, as possibilidades de utilizar frutuosamente a acção de reivindicação serão bastante diminutas – tendo em conta a protecção dada ao terceiro adquirente de boa fé – restando a responsabilidade quase objectiva das entidades gestoras do sistema por erros relacionados com a inscrição da garantia).

<sup>1455</sup> Garcia Vicente, La prenda cit., pág. 130 e segs., entende que, no penhor de créditos, a eficácia da garantia se manifesta em caso de embargo ou penhora sobre o crédito onerado (desde que a constituição da garantia seja anterior a qualquer destas duas apreensões) e na faculdade de oposição ao exercício de direitos que comprometam a garantia (por exemplo, a compensação entre um crédito do empenhante e outro do devedor do crédito empenhado), sendo, porém, discutível qual o meio processual idóneo para exercer tais poderes, se a “*tercería de dominio*” (apenas exercitável por parte do dono do bem embargado e por aqueles que sejam titulares de direitos que, por disposição legal expressa, possam opor-se ao embargo ou à execução forçosa de um ou vários bens pertencentes ao executado) se a “*tercería de mejor derecho*” (por não se enquadrar a situação do credor com penhor sobre um crédito na hipótese anterior) – sendo que a primeira conduz o levantamento do embargo, enquanto a segunda determina o prosseguimento da execução, estabelecendo-se uma escala de preferência entre os direitos dos diversos credores com garantias sobre os mesmos bens - optando pela segunda alternativa, uma vez que o credor pignoratício não adquire a propriedade do bem onerado, muito embora admita que este mecanismo é eficaz quando o crédito garantido já se encontra vencido, mas poderá não o ser na hipótese inversa (embora o Autor cite jurisprudência reconhecendo o direito do credor invocar esta figura ainda que o seu crédito não se encontre vencido – à qual adere, porquanto “*la preferencia o prioridad temporal del crédito garantizado con prenda depende del tiempo de su constitución (o, mejor, desde que tal fecha fuera oponible a terceros) y no del tiempo del vencimiento*” – procedendo-se à execução do crédito empenhado, o qual será depositado e apenas será entregue ao credor pignoratício no momento do vencimento da obrigação garantida). Na eventualidade de o penhor ter sido prestado por terceiro e este sofre a execução do bem (ou pretende evitá-la, pagando o crédito garantido), sub-roga-se na posição do credor pignoratício face ao devedor, devendo ser tratado como um credor preferente. Entre nós e na medida em que o art.º 670.º a), não exceptiona o penhor de créditos, a aplicação desta norma parece decorrer da remissão genérica para o regime do penhor de coisas contida no art.º 679.º do mesmo Código.



Ainda assim e em termos perfunctórios, ousamos afirmar que nos penhores sem desapossamento, a tutela do credor e a publicidade da garantia atingem-se por meios alternativos, normalmente o registo, pelo que o recurso à tutela possessória não se afigura substancialmente relevante, já o podendo ser a invocação da acção reivindicativa, a qual, porém, depende da qualificação como real do objecto do penhor e da ausência de excepções ao direito de sequela.<sup>1456</sup>

Já no penhor de créditos, a tutela do *quid* onerado é assegurada de uma forma muito própria, atendendo à especificidade do objecto da garantia, quer no momento da constituição, quer no da execução da mesma.<sup>1457</sup>

### 9.1.2 - Indemnização pelas despesas e benfeitorias

Outro direito conferido por lei ao credor pignoratício é o de ser indemnizado das benfeitorias<sup>1458</sup> necessárias e úteis, bem como de levantar estas últimas (art.º 670.º, alínea b)),<sup>1459</sup> podendo mesmo equacionar-se se terá igualmente direito a ser ressarcido dos eventuais danos resultantes da detenção da coisa.<sup>1460</sup>

---

<sup>1456</sup> Como sucede no caso dos valores mobiliários escriturais, por força da regra segundo a qual a falta de legitimidade do empenhante não é oponível ao credor pignoratício de boa fé, desde que a constituição do penhor se ache registada (art.º 58.º, n.ºs 1 e 2).

<sup>1457</sup> Acerca da tutela do credor pignoratício no penhor de créditos, vide supra n.ºs 5.2 e 8.3 do Capítulo I.

<sup>1458</sup> Nos penhores sem desapossamento, Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 493 e 494, entende não haver lugar à indemnização do constituinte que tenha permanecido em poder do bem onerado, quer pelo facto de o credor interesse – enquanto proprietário – na conservação do bem, quer para facilitar o recurso a este tipo de garantias.

<sup>1459</sup> Em termos mais parcos, o art.º 2790.º, n.º 2, do CCI dispõe simplesmente que o constituinte deve indemnizar o credor pignoratício pelas despesas de conservação do bem empenhado, ao passo que o §1216 do BGB confere ao credor o direito de ser indemnizado pelas benfeitorias efectuadas, nos termos previstos para a representação sem mandato e, por força desta remissão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1516, entendem que apenas serão indemnizáveis os danos os gastos que correspondam à vontade presumível do empenhante o que tenham sido objecto de ratificação (todavia, este direito – assim como o direito de indemnização do empenhador relativo a alterações ou deteriorações no bem empenhado – prescreve, de acordo com o §1226, no prazo de 6 meses), enquanto o art.º 2080.º, n.º 2, do CCF (anterior à reforma de 2006), estabelecia que o devedor deveria indemnizar o credor pelo valor das despesas úteis e necessárias por este efectuadas para a conservação do bem empenhado. Com base neste último preceito, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 265 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 140 a 142, sugeriam estarem excluídas do seu âmbito as despesas voluptuárias e mesmo as de simples melhoramentos, estando apenas incluídas as de conservação (mas não sem que este último reconheça, no caso da introdução de melhoramentos, que o credor poderá, por força das regras do direito comum e em particular do enriquecimento sem causa, obter uma indemnização pelo seu valor, nomeadamente quando essas despesas tenham tornado o bem mais cómodo e mais rentável para o devedor, sem alterar o seu destino), enquanto Guillaouard, ob. cit., págs. 176 e 177, considera serem indemnizáveis as despesas necessárias e as úteis, muito embora os direitos do credor pignoratício sejam diversos em cada um dos casos (quanto às primeiras, goza de um privilégio creditório para a sua recuperação, mas para as segundas só usufruirá de um direito de retenção; o valor a pagar pelas necessárias será equivalente ao valor total delas, ao passo que pelas despesas úteis a indemnização será limitada ao montante das mais valias introduzidas no bem; relativamente a estas últimas, se elas forem excessivas relativamente à situação económica do devedor, este apenas deverá reembolsá-las na medida em que tal situação o permita). Já Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 109 e Weil, ob. cit., pág. 100, sustentam ser integralmente indemnizáveis as despesas necessárias, enquanto as úteis apenas o serão sob condição de terem melhorado o objecto do penhor e somente até ao limite das mais valias que se tenham produzido e desde que não tenham sido efectuadas de modo a tornar impossível o exercício, pelo empenhador, o direito de restituição. A este propósito, é explícito o art.º 1867.º do CCE, ao determinar que ao credor assiste o direito de ser ressarcido dos gastos originados pelo dever de conservação do bem, preceito este interpretado por Paz-Ares Rodríguez, ob. cit., pág. 1885, no sentido de desta norma resultar a impossibilidade de o credor justificar o incumprimento do dever de conservação com a necessidade de antecipar quantias para esse efeito – quando o devedor o não faça –

Parece, porém, que o direito a este reembolso deverá ser condicionado à permanência dos melhoramentos no momento da restituição do bem empenhado ao seu proprietário ou no momento da execução da garantia, devendo a avaliação do respectivo valor ser efectuada nesse mesmo momento.<sup>1461</sup>

Por outro lado, o âmbito deste direito do credor encontra-se limitado às despesas relacionadas com o bem empenhado,<sup>1462</sup> excluindo-se, por isso, uma eventual compensação pelo desempenho das funções de conservação.<sup>1463</sup>

Na óptica do devedor e enraizando este direito do credor numa manifestação do enriquecimento sem causa, o limite do reembolso será o do enriquecimento do constituinte da garantia.<sup>1464</sup>

No entanto, da remissão do art.º 670.º alínea b) para o art.º 1273.º resulta que, quanto às benfeitorias necessárias, há sempre lugar a indemnização, mesmo que o credor esteja de má fé,<sup>1465</sup> enquanto relativamente às úteis apenas se lhe atribui o direito de as levantar, desde que tal possa ocorrer sem detrimento da coisa (quando tal levantamento não possa ocorrer, haverá lugar a indemnização).<sup>1466</sup>

A solução preconizada pela lei encontra uma diversa fundamentação no que concerne às benfeitorias necessárias – a obrigação de conservação da coisa empenhada a que se encontra adstrito o credor pignoratício e do interesse nessa conservação como

---

(pois, “*si bien de modo expreso el CC no impone la obligación de anticipar los desembolsos precisos para la conservación de la cosa, implícitamente se le obliga a ello al concederle el derecho de resarcimiento*”, considerando-se incumprida a obrigação de conservação em caso de não realização das despesas necessárias para o efeito) e assinalando que, tendo em conta a impossibilidade do credor usar o bem empenhado e o dever de restituição ao devedor, “*los únicos gastos que son los necesarios para tal conservación; por tanto las mejoras útiles y las de ornato o recero que efectúe el detentador de la cosa no están incluidas en el derecho atribuido en este precepto, pues las mismas no influyen para nada en la efectividad del cumplimiento de la obligación de conservación*”. Já Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 534 e 535, entende que a norma restringe o direito do credor ao reembolso das despesas necessárias, excluindo as úteis (embora ressalve que alguns Autores defendem o ressarcimento também destas).

<sup>1460</sup> Em sentido afirmativo, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 247 e Guillouard, *ob. cit.*, pág. 178. Contra, para o direito espanhol, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 535 e 536, alegando que, ao contrário do contrato de depósito (no qual a lei estabelece expressamente o reembolso de todos os gastos do depositário com o bem recebido), no contrato de penhor a detenção é realizada no interesse comum de ambas as partes, pelo que se impõe a não indemnização dos danos sofridos pelo credor detentor originados por essa mesma detenção do bem (excepto quando tais danos resultam de responsabilidade do empenhante, caso em que tal indemnização poderá ser-lhe exigida).

<sup>1461</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 246.

<sup>1462</sup> Faggella, *ob. cit.*, pág. 116, sugere, porém, que o credor não se encontra obrigado a efectuar pagamentos relativos ao bem empenhado, mas apenas lhe competirá efectuar as reparações absolutamente necessárias à conservação do bem.

<sup>1463</sup> Assim, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 103 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 535.

<sup>1464</sup> Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 122.

<sup>1465</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 690, consideram que o credor pignoratício se encontra de má fé. Pelo contrário, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 246 e 247 e Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 218, qualificam-no como possuidor de boa fé. Critica a atribuição ao possuidor de má fé do direito de indemnização pelas benfeitorias necessárias que realize, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 122.

<sup>1466</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 690. Diferentemente Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 246, advoga que o credor pignoratício, de acordo com os princípios gerais, terá direito ao reembolso mesmo das despesas efectuadas com melhoramentos do bem empenhado (nomeadamente as despesas necessárias extraordinárias), sustentando a sua posição no facto de o credor pignoratício dever ser considerado como possuidor de boa fé, na medida em que possui com base num direito próprio. Por seu turno Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 103, duvidam que, salvo em caso de reparações urgentes, o credor deva antecipar as despesas, enquanto Montel, *Pegno cit.*, pág. 785, nega que o credor pignoratício tenha direito ao reembolso das despesas úteis (argumentando, além do silêncio da lei, com o facto de o credor pignoratício não poder ser considerado possuidor em nome próprio – e, por isso, nem sequer de má fé – do direito de propriedade).

meio de assegurar a manutenção do valor do objecto da garantia – e aos melhoramentos úteis que tenham aumentado o valor da coisa – apesar de o credor não ter o dever de efectuar tais despesas (pois sabe que a coisa é alheia e apenas a detém a título de penhor), o seu não reembolso traduzir-se-ia num enriquecimento injustificado do empenhador à custa do credor.<sup>1467</sup>

Sendo certo que o credor terá, nos termos assinalados, direito ao reembolso das despesas efectuadas, caberá ao empenhador efectuar tal pagamento,<sup>1468</sup> parecendo, por isso, poder concluir-se que ao credor incumbirá, se for caso disso, adiantar tais quantias.<sup>1469</sup>

Tendo o penhor sido constituído por terceiro e obtendo o credor a satisfação do seu crédito à custa do bem recebido em garantia, aquele terá direito a exigir do devedor o valor das despesas efectuadas no referido bem, sob pena de um injustificado enriquecimento deste com a extinção do seu débito.<sup>1470</sup>

Se a coisa empenhada for entregue a terceiro, ocupará este a posição de credor pelo valor das despesas efectuadas.<sup>1471</sup>

Importa, no entanto, distinguir as benfeitorias – indemnizáveis nos termos acabados de explanar – de outras despesas suportadas pelo credor pignoratício, relativas, por exemplo, à constituição do penhor, à cobrança do crédito, à conservação do bem empenhado, as quais deverão ser abonadas ao credor pignoratício em homenagem ao critério geral anteriormente fixado, segundo o qual o penhor garante o crédito inicialmente onerado, conjuntamente com os decorrentes das consequências, legais e contratuais, do respectivo incumprimento.

---

<sup>1467</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 161. Pelo contrário Realmonte, Il pegno cit., pág. 665, (depois de explicitar que o montante da indemnização corresponde ao efectivo aumento de valor da coisa por força dos melhoramentos, desde que estes subsistam no momento da restituição do bem ou da execução da garantia) baseia a indemnização deste tipo de melhoramentos na posse de boa fé do credor pignoratício.

<sup>1468</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 246, alega que também o terceiro adquirente e actual proprietário da coisa pode ser chamado a reembolsar tais despesas. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 163, por seu lado, acrescenta que o empenhador não se pode eximir dessa obrigação abandonando a coisa porque, se o fizesse, poderia prejudicar o credor. Quanto ao proprietário, não empenhador, a sua responsabilidade cingir-se-á aos termos gerais do direito de reembolso entre o proprietário e o possuidor (ou nos termos referentes à gestão de negócios). Respondendo o empenhador e o proprietário, a responsabilidade de ambos será solidária, dependendo o direito de regresso da relação interna entre ambos (não havendo relação interna, tudo dependerá das circunstâncias). No direito espanhol e segundo Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 535, quando o penhor tiver sido constituído por terceiro, apenas este responde pelos gastos de conservação, embora a coisa onerada responda, quer por estes gastos, quer pela obrigação principal (esclarecendo ainda que, em caso de penhor constituído por um terceiro não proprietário – válido nos termos supra mencionados – o credor pode reclamar deste o ressarcimento destes gastos).

<sup>1469</sup> Pelo contrário, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 532, entende que *“como criterio general, sólo procede entender que el acreedor pignoraticio viene obligado a la anticipación de los gastos necesarios para la conservación de la cosa si razones de urgencia así lo determinan, es decir, si por el hecho de no facilitar las cantidades necesarias se arriesga la conservación o el deterioro de la prenda”*.

<sup>1470</sup> Assim Rubino, Il pegno cit., pág. 247, alertando, todavia, não se tratar de um caso de sub-rogação, uma vez que o crédito de reembolso das despesas não se dirigia contra o devedor principal. Defende a mesma solução Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 556, complementando que o terceiro poderá exercer o direito de retenção do bem conferido por lei até ser reembolsado das despesas realizadas.

<sup>1471</sup> Tendo o terceiro, nos mesmos termos do credor, direito a ser ressarcido dos danos causados pela detenção do bem empenhado. Rubino, Il pegno cit., pág. 247, entende serem aplicáveis, a este respeito, as regras do contrato de depósito, devendo, em conformidade, tais despesas ser exigidas ao constituinte da garantia, ao credor pignoratício ou a ambos, consoante o contrato de depósito tenha sido celebrado por apenas um deles ou por ambos. Já Protetti, ob. cit., pág. 225, sustenta que o terceiro terá direito de exigir as despesas ao credor e ao proprietário.

Questão conexa e uma vez assente que o credor terá direito a ser reembolsado dessas despesas, prende-se com o eventual carácter preferente do crédito às benfeitorias e às despesas em geral efectuadas por força da relação pignoratícia, uma vez que, no silêncio da lei, ambas as posições são defendidas.<sup>1472</sup>

Do nosso ponto de vista, a resposta será afirmativa, em homenagem ao postulado anteriormente defendido que o penhor assegura uma dada obrigação de acordo com a configuração que esta assuma no momento da respectiva execução, pois os créditos por benfeitorias (e, porventura, também os relativos aos danos sofridos pela detenção do bem onerado), encontram-se directamente relacionados com a relação pignoratícia, mais concretamente o dever de conservação do bem empenhado.

Se assim não fosse, o empenhante e os seus demais credores obteriam um locupletamento injusto às custas do credor pignoratício autor das benfeitorias, uma vez que este correria sérios riscos de não ser reembolsado das quantias dispendidas na conservação do bem empenhado, as quais aumentaram o respectivo valor em benefício daqueles, podendo até, no caso das necessárias, ter sido indispensáveis para a sobrevivência do bem (paralelamente, este entendimento, a nosso ver, é igualmente consentâneo com o alargamento da garantia aos acréscimos decorrentes de benfeitorias realizadas no bem onerado).<sup>1473</sup>

Nesta conformidade, se as benfeitorias, nos termos legais, forem retiradas, nenhum crédito adicional surge a favor do credor pignoratício; ao invés, se não forem ou não o puderem ser, por força da lei, estas crescem à garantia do credor, tendo este direito a ser delas indemnizado nos termos expostos, gozando, para o efeito, da preferência pignoratícia.

---

<sup>1472</sup> Respondem negativamente à questão Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 690 (argumentando que tal preferência não resulta do art.º 666.º, n.º 1 e reconhecendo apenas o direito de retenção), o nosso Dos privilégios cit., págs. 74 e 75 (relativamente aos privilégios creditórios, com fundamento no facto de o art.º 734.º apenas fazer referência ao carácter privilegiado dos juros, assim excluindo os demais acessórios do crédito), Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 70 e 71 (retirando essa conclusão do confronto entre o n.º 1 – que estabelecia o direito de preferência relativamente ao valor da dívida garantida – e o n.º 3 – que apenas afirmava, sem mais, ter o credor direito a ser indemnizado das despesas necessárias e úteis por si efectuadas – do art.º 860.º do Código de Seabra), Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 203, Paulo Cunha, ob. cit., pág. 208, Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 333 (salientando os três últimos que o credor poderá socorrer-se do direito de retenção), Diez-Picazo, ob. cit., pág. 489 (também reconhecendo um direito de retenção) e, implicitamente, Guillouard, ob. cit., pág. 176. O entendimento contrário é sustentado por Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1516 (ancorando-se no disposto no §1210.II, do BGB), Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 244 (argumentando ter o credor o direito de retenção, o qual confere um direito de preferência e, por outro lado, abrangendo essa retenção o pagamento integral destas despesas, também estas se devem considerar asseguradas pela preferência pignoratícia), Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 163 e 164 (por entender ser esta a solução que melhor de coaduna com a configuração do crédito garantido nos termos em que ele se apresente no momento da execução), Weil, ob. cit., pág. 100, Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2147 (uma vez que o art.º 1922.º do CCE expressamente confere carácter preferente aos créditos por despesas de conservação de bens móveis) Barbara Cusato, ob. cit., págs. 215 e 216, Montel, Pegno cit., pág. 785, Realmonte, Il pegno cit., pág. 665 e Rubino, Il pegno cit., pág. 247, argumentando este último que o crédito de despesas tem a sua origem na relação pignoratícia e, por força do princípio da acessoriedade do penhor relativamente ao crédito principal, pode considerar-se um acessório deste último (importa, contudo, realçar que a posição dos Autores italianos poderá ter um apoio importante no art.º 2794.º do CCI – nos termos do qual o constituinte do penhor apenas poderá reclamar a restituição do bem oferecido em garantia depois de liquidado integralmente o capital e os juros da obrigação principal e de reembolsadas as despesas relativas ao débito e ao penhor – preceito este que não encontra paralelo na legislação lusa – entre nós, o art.º 671.º, alínea c), limita-se a afirmar que o credor pignoratício se encontra obrigado a restituir o bem empenhado uma vez extinta a obrigação garantida, omitindo qualquer referência às despesas por ele efectuadas).

<sup>1473</sup> Sobre este assunto, vide supra n.º 3.1 do Capítulo I.

Contudo e ainda que se adopte a posição contrária no que respeita à extensão da preferência pignoratícia ao crédito por benfeitorias (designadamente defendendo uma autonomia estrutural do crédito por benfeitorias, por não se encontrar relacionado com o incumprimento da obrigação principal), tal não implica, em nossa opinião, que o credor pignoratício fique desprotegido no que à cobrança destes créditos diz respeito, porquanto poderá socorrer-se do privilégio por despesas de conservação (art.º 738.º, n.º 1 e 743.º), uma vez que as benfeitorias úteis e necessárias aproveitam ao proprietário e aos seus outros credores e não se exige que aquelas despesas tenham sido originadas por um processo judicial.<sup>1474</sup>

Ou seja, relativamente às benfeitorias e conforme já tivemos oportunidade de salientar,<sup>1475</sup> ou elas são retiradas e não haverá nenhum crédito por parte do credor pignoratício ou, pelo contrário, não o são e, então, dispõe aquele do direito a uma indemnização, debatendo-se se para reclamar o respectivo pagamento poderá invocar ou não a garantia pignoratícia.

### 9.1.3 - Substituição ou reforço do penhor

Goza ainda o credor pignoratício do poder de exigir a substituição ou o reforço do penhor<sup>1476</sup> ou, em alternativa, o cumprimento imediato da obrigação, no caso de a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente<sup>1477</sup> para assegurar a dívida garantida (art.º 670.º, alínea c)).<sup>1478</sup>

---

<sup>1474</sup> Vide, a respeito do âmbito de aplicação deste privilégio o nosso Dos privilégios cit., pág. 237 e segs..

<sup>1475</sup> Vide supra n.º 3.1 do Capítulo I.

<sup>1476</sup> Não foi incluída no texto da lei a sugestão de Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 188 e 189, nos termos da qual o devedor a quem tivesse sido exigida a substituição ou o reforço do penhor poderia, em alternativa, prestar uma hipoteca quando o perecimento ou deterioração da garantia não fossem devidos a facto a ele imputável e tivesse nisso um interesse legítimo (se assim não fosse, o credor poderia opor-se a essa intenção, até porque seria legítimo pretender a manutenção da garantia pignoratícia, até porque esta, ao contrário da hipoteca, lhe permite continuar em poder do objecto da garantia).

<sup>1477</sup> Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 724, na expressão “*tornar insuficiente*” está incluída a eventualidade de a insuficiência já existir no momento da constituição da garantia e se ter agravado posteriormente.

<sup>1478</sup> Critica a ausência de um preceito análogo no direito italiano anterior ao actual Código Civil (a redacção do actual art.º 2743.º é praticamente idêntica à do preceito de direito nacional mencionado no texto), Faggella, ob. cit., pág. 120, asseverando que tal silêncio resulta de uma aplicação excessivamente rigorosa do princípio segundo o qual a diminuição da garantia corre por conta do titular desse direito (concluindo que o suplemento do penhor apenas pode ser requerido com base num pacto expresso). O mesmo reparo, no direito espanhol, é feito por Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 533 e 534, relatando igualmente a ausência de qualquer preceito destinado a regular as consequências do perecimento ou desvalorização do bem empenhado, quando esta não seja da responsabilidade do credor (admitindo, porém e mesmo no silêncio das partes, que tal facto implicará a perda do benefício do prazo, ou seja, o vencimento imediato da obrigação garantida). Em face do direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1517, entendem que o §1218 do BGB concede, em caso de destruição ou diminuição de valor do bem onerado, ao empenhante (e, apesar do silêncio da lei, também ao proprietário, quando não seja o empenhante) a faculdade de substituir o objecto da garantia (embora a garantia substitutiva não tenha que ser necessariamente um penhor e, noutra plano, sem que o credor pignoratício seja forçado a aceitar uma nova garantia que, embora cobrindo o valor presente do débito, seja de valor inferior à inicial, sendo o valor relevante o que o bem onerado possuía à data da substituição e não no momento da constituição da garantia) e, se o não fizer, o credor pode executar o objecto da sua garantia (§§1219 e 1220 – de acordo com estes preceitos, salvo casos urgentes, o credor deve comunicar ao empenhante – e ao proprietário - que vai executar o bem onerado e, quando se trate de perda de valor do bem, conceder um prazo para a modificação do quid onerado; se o bem possuir um preço de mercado ou em bolsa, o credor pode vendê-lo sem necessidade de hasta pública; em qualquer caso, o credor não se pode apropriar directamente do produto da venda,

Uma vez que, normalmente, o valor da garantia excede o do crédito garantido, a diminuição do primeiro apenas poderá ser invocada ou quando atinja uma proporção tal que desça abaixo do limiar da obrigação assegurada, o que poderá verificar-se pelo aumento desta (em resultado, por exemplo, do avolumar dos juros) ou pela diminuição do valor do *quid* onerado (como consequência da sua depreciação).

Contudo e conforme já se decidiu, a verificação de uma diminuição acentuada do valor do bem empenhado (ainda que da responsabilidade do credor a quem este tenha sido entregue aquando da constituição da garantia) não legitima, por si só e salvo convenção o contrário, o devedor a socorrer-se de tal circunstância para incumprir a obrigação por garantida.<sup>1479</sup>

Havendo mais de um credor com penhores constituídos sobre o mesmo bem e tendo apenas um deles solicitado a substituição e/ou o reforço da sua garantia, coloca-se a questão se saber se os efeitos indicados no aludido preceito apenas se produzirão relativamente ao credor requerente ou, pelo contrário, aproveitará aos demais.

A favor do primeiro entendimento, poder-se-á argumentar que, caso o devedor não proceda ao reforço ou à substituição, a consequência é a legitimidade para exigir o cumprimento imediato da obrigação, resultado este de natureza eminentemente subjectiva e que, por isso, não deve ser extensível aos demais credores.<sup>1480</sup>

Mais ainda, mesmo que o devedor opte por reforçar ou substituir o objecto da garantia, tal conduta apenas deve reverter a favor de quem a reclamou, sob pena de se beneficiar a inércia dos demais credores e, porventura mais grave, de se admitir a alteração do objecto da garantia desses credores sem o seu consentimento expresso.

Pelo contrário, é possível contrapor que, caso o devedor proceda ao reforço ou à substituição, a alteração produzida não pode deixar de aproveitar aos demais, sob pena de, particularmente no caso da substituição, os outros credores ficarem desprovidos de garantia.

Neste último sentido poderá, ainda, aduzir-se que, conforme exposto anteriormente, o penhor incide sobre um determinado objecto, independentemente das vicissitudes do mesmo desde o momento da constituição da garantia até à sua execução, salvo em caso de transformações materiais, caso em que se produzirá a sua extinção.

Tomando posição, afigura-se-nos indispensável dissociar a hipótese em que ocorra um reforço ou uma substituição do bem onerado, daquela outra em que assista ao credor requerente o direito de exigir o cumprimento antecipado da obrigação garantida: na primeira e atento o princípio da manutenção da garantia não obstante as vicissitudes do respectivo objecto, parece-nos preferível sustentar que aquele reforço ou aquela substituição aproveitam aos demais credores; ao invés, não se operando aquele reforço ou aquela substituição, disporá apenas o credor requerente da faculdade pessoal de exigir o cumprimento imediato da sua obrigação, sem prejuízo de, em caso de incumprimento e uma vez desencadeada a execução, os demais credores manterem as respectivas garantias em sede de concurso de credores.

A circunstância de no penhor, ao contrário do que sucede na hipoteca, o objecto da garantia se encontrar em poder do credor ou de terceiro, poderia, *de jure condendo*,

---

permanecendo o preço pago na propriedade do empenhante, mas onerado com um penhor, assim originando um fenómeno de sub-rogação do objecto da garantia).

<sup>1479</sup> Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 25/2/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). (embora discordemos da consideração expandida pelos Ilustres Desembargadores quando afirmam que aquela diminuição de valor apenas lesa o credor, uma vez que, permanecendo o bem na titularidade do empenhador, também este é afectado por tal desvalorização).

<sup>1480</sup> No primeiro sentido, Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 183 e segs. - pelo menos para o caso em que os diversos penhores assegurem créditos diversos e separados - avançando que esta solução aplica-se mesmo que o credor requerente não seja o titular do direito preferente.

justificar a não concessão deste direito ao credor pignoratício, por não ser de crer que o perecimento ou a diminuição de valor sejam imputáveis ao devedor e, sendo devidos a caso fortuito, caberia ao credor suportar os efeitos daí resultantes (tomando precauções adequadas para o efeito, nomeadamente segurando o bem).<sup>1481</sup>

Não foi esta a opção do legislador, sendo esta posição fundada na analogia com os direitos concedidos ao credor hipotecário, no facto de o bem empenhado também poder diminuir de valor por motivo imputável ao devedor e, mesmo que diminua por caso fortuito, aquela diminuição poder não ter resultado de culpa do credor.<sup>1482</sup>

No entanto, este direito é conferido por remissão para o disposto em matéria de hipoteca (cfr. art.º 701.º), de onde resulta que tal faculdade apenas existe quando o perecimento ou a insuficiência do objecto da garantia não forem imputáveis ao credor e que o direito de exigir o cumprimento imediato da obrigação só é exercitável quando a garantia não seja substituída ou reforçada (n.º 1).

Ao condicionar este direito à não imputabilidade ao credor do perecimento ou insuficiência da garantia, a norma abrange os casos fortuitos e os que resultem de culpa do empenhador, embora estes de possam considerar, por comparação com a hipoteca, mais raros, atendendo ao desapossamento do constituinte do penhor.

Ora, se no primeiro caso a aplicação do disposto no n.º 1 do art.º 701.º não levanta dúvidas de maior, o mesmo não se dirá do segundo, uma vez que se afigura necessário conjugar aquele artigo com o art.º 780.º,<sup>1483</sup> porquanto este último admite que o credor possa exigir o cumprimento imediato da obrigação, sem que, previamente, solicite a substituição ou o reforço da garantia (embora, se o desejar, nada o impeça).<sup>1484</sup>

---

<sup>1481</sup> Outras objecções relatadas por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 185 e 186, prendem-se com a dificuldade de prova da ausência de culpa do credor (uma vez que a coisa está em seu poder), com o facto de a coisa poder ser atingida por caso fortuito quando o não teria sido se estivesse em poder do empenhador e, finalmente, com a demasiada severidade que constitui, para o devedor, a obrigação de reforço do penhor quando a diminuição de valor seja devida a caso fortuito. O Autor citado supera a primeira objecção constatando tratar-se de uma mera questão de prova (embora aceite que quando os factos sejam duvidosos, mas seja de admitir a culpa do credor, o reforço seja recusado), e as duas restantes argumentando que, ao dar em penhor um determinado bem, o empenhador já sabia que o mesmo iria ser colocado em local diferente.

<sup>1482</sup> Justifica com estas considerações a opção do legislador Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 185 e 186, acrescentando que ao credor não será legítimo exigir o reforço quando se encontrava obrigado a segurar a coisa empenhada e não o tenha feito.

<sup>1483</sup> Dispõe este preceito que o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação, se, por causa imputável ao devedor, diminuírem as garantias do crédito (n.º 1), tendo, nesse caso, o credor o direito de exigir do devedor, em lugar do cumprimento imediato da obrigação, a substituição ou reforço da garantia (n.º 2).

<sup>1484</sup> Sustenta igualmente a necessidade de articular ambos os preceitos, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 123. Idêntica sobreposição (ao menos aparente) de normas se verificava no domínio do Código Civil de 1867 (entre os art.ºs 860.º, n.º 4 e 741.º, correspondentes, respectivamente, aos actuais art.ºs 701.º e 780.º), inclinando-se Paulo Cunha, ob. cit., págs. 210 e 211 para as seguintes conclusões: se a coisa percesse por culpa do credor, o penhor extinguir-se-ia, tendo o devedor acção de perdas e danos contra o credor pignoratício; produzindo-se o perecimento por culpa do devedor, haveria lugar à exigibilidade imediata do crédito, nos termos do art.º 741.º (semelhante ao actual art.º 780.º); se a coisa desaparecer em consequência de caso fortuito, deveria o credor exigir, primeiramente, a substituição do penhor por outra garantia idónea e só em caso de o devedor não o fazer se produzirá a exigibilidade imediata do crédito (conclusões estas sufragadas, no essencial, por Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 333). Pelo contrário, Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 246, não se coíbia de afirmar ser o conflito apenas aparente, uma vez que, tendo o bem sido entregue ao credor, não poderia diminuir por facto do devedor, concluindo ter o credor direito a exigir o reforço do penhor, mas não sendo obrigado a pedi-lo ou aceitá-lo contra a sua vontade.

Daí que, em suma, na prática, o art.º 701.º apenas será aplicável aos casos de perda ou diminuição devidos a caso fortuito.<sup>1485</sup>

Ainda no que respeita aos requisitos que condicionam o exercício deste direito por parte do credor pignoratício, quando for futura a obrigação garantida, naturalmente que não poderá aquele, na ausência de reforço ou substituição, exigir o cumprimento imediato da aludida obrigação.<sup>1486</sup>

Quando, então, o bem onerado perecer ou se tornar insuficiente para assegurar o crédito garantido, a lei determina a obrigação do devedor reforçar ou substituir a garantia (nos termos da lei processual): porém, as consequências da inobservância de tal intimação são diversas, consoante a obrigação garantida seja presente (originando a perda do benefício do prazo) ou futura (caso em que, em sede de hipoteca, se lhe concede a faculdade de registar hipoteca sobre outros bens do devedor (cfr. o n.º 1 do art.º 701.º).

Nesta última hipótese e como a lei se limita a remeter para o regime da hipoteca, coloca-se a dúvida, quando tendo sido constituído originariamente um penhor, acerca de que tipo de garantia se poderá constituir sobre outros bens do devedor, conjecturando-se a constituição de outro penhor,<sup>1487</sup> o registo de uma hipoteca ou até o arresto de bens móveis.<sup>1488</sup>

Esta garantia, parece comungar de uma natureza híbrida, simultaneamente judicial e legal, especialmente quando seja uma hipoteca, porquanto, uma vez havida a pronúncia judicial condenando o empenhante a substituir ou reforçar o penhor, o seu não cumprimento confere ao credor pignoratício o direito, *ex lege* (art.º 701.º, n.º 1, parte final), a obter uma garantia alternativa.

Caso a nova garantia a constituir seja uma hipoteca, a analogia com as suas congéneres de fonte judicial é patente, não só porque a sua fonte imediata é a decisão que atribua ao credor a faculdade de registar uma garantia alternativa, mas uma vez que, se qualquer sentença condenatória do devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível constitui título executivo para registar uma hipoteca (art.º 710.º), por maioria de razão o constitui a decisão judicial que o condene a constituir uma garantia desta índole em substituição de outra anteriormente prestada (art.º 701.º, n.º 1, parte final).

Paralelamente, a similitude com as hipotecas legais é patente, na medida em que estas, apesar de decorrerem da lei, carecem de ser registadas, assumindo este registo natureza constitutiva (art.ºs 794.º e 687.º), até porque, como se demonstra com o regime ditado para algumas hipotecas legais (art.º 705.º, alíneas c), e d)), não é pressuposto necessário destas garantias a identificação concreta dos bens sobre os quais incidem, podendo antes recair sobre todos os de um determinado devedor, tal qual sucede na hipótese contemplada no art.º 701.º, n.º 1, parte final.

<sup>1485</sup> Neste sentido, Almeida Costa, *Direito das obrigações cit.*, pág. 1017 (salientando que o regime do art.º 701.º se afasta do consagrado no art.º 780.º na medida em que o primeiro impõe a demonstração de uma diminuição qualificada garantia – de modo a que a mesma se torne insuficiente para assegurar o cumprimento da obrigação garantida – e, por outro lado, apenas se consente ao credor a exigência de substituição ou reforço da garantia e apenas se o devedor e/ou o constituinte não o fizerem, se admite a antecipação do cumprimento da obrigação) e Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 724 (ressalvando estes últimos a hipótese de, por vontade do credor, este pretender exigir o reforço ou a substituição antes ou em vez de exigir imediatamente o cumprimento imediato da obrigação).

<sup>1486</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 724.

<sup>1487</sup> De facto, sendo o registo o modo de constituição das hipotecas (cfr. art.º 687.º) e admitindo-se o registo sobre outros bens do devedor, por analogia se deve admitir que o penhor possa passar a abranger outros bens do devedor, sendo a respectiva constituição regulada pelas normas gerais sobre essa matéria.

<sup>1488</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, págs. 187 a 189, sugere o arresto, mas com possibilidade de o juiz, em alternativa e quando aquele se mostre de difícil realização, decidir pelo registo da hipoteca.



Mesmo quando a garantia substituta seja um penhor e apesar da ausência de qualquer norma análoga ao art.º 710.º (ou seja, na falta da previsão legal de um penhor integralmente judicial), a fonte mediata da faculdade atribuída ao credor pignoratício de constituir uma nova garantia é a lei (*in casu*, art.º 701.º, n.º 1, alínea a), parte final), sem prejuízo de a sua fonte imediata ser a decisão judicial que determina tal modificação: daí apelidarmos esta garantia, simultaneamente, de judicial e legal.

Se a nova garantia a constituir for um penhor não sujeito a registo (se for este o caso, valem as regras ditada para a hipoteca), coloca-se o problema de como forçar o empenhante a desapossar-se do bem a onerar, podendo credor requerer ao juiz, no mesmo processo de substituição ou reforço, que ordene ao empenhante a entrega do mesmo para este efeito (argumentando, por identidade de razão, com o disposto no art.º 994.º, n.º 2, do CPC, que consente ao credor prosseguir, no mesmo processo, com a execução para cumprimento imediato da obrigação garantida, efeito este que o art.º 701.º, n.º 1, comina para o não cumprimento do dever de reforço ou substituição, se a obrigação garantida não for futura).

Em alternativa, poderá advogar-se ser esta nova garantia um penhor sem desapossamento, constituindo-se sem necessidade da entrega do bem ao credor ou a terceiro, cabendo, porém, estabelecer qual o mecanismo publicitário da garantia e as condições da sua oponibilidade a terceiros.

Poderá, todavia, questionar-se se nos casos de reforço, mas principalmente de substituição e de aplicação do art.º 701.º, n.º 1, parte final, a garantia a substituir ou a constituir nos termos expostos, será a mesma inicialmente prestada – com alteração de um dos seus termos, o objecto - ou, pelo contrário, se trata de uma garantia nova, cujos efeitos se produzirão apenas daí em diante: a protecção do credor pignoratício reclama a adesão à primeira alternativa, com o sacrifício dos credores com garantias anteriores sobre os bens que passam a estar onerados; ao invés, a defesa dos interesses destes últimos aponta no sentido inverso.

Se o novo bem a onerar o for através de hipoteca, os efeitos do registo não consentirão a subsistência da garantia originária, com prejuízo dos credores com hipotecas registadas *medio tempore*, pelo que os direitos destes terceiros não poderão ser afectados, restando ao credor pignoratício registar uma nova hipoteca sobre tais bens, mas com um grau de prioridade contado da data desse novo registo ou, em alternativa, sobre outros bens não previamente onerados.<sup>1489</sup>

Mas ainda que seja um penhor a nova garantia a constituir, a solução não poderá ser diversa, especialmente se o bem originariamente empenhado se encontrava à guarda do credor pignoratício (uma vez que, se assim for, poderia este, pelo menos na maioria dos casos, ter procurado evitar o seu perecimento) ou na sua comosse.

Em nosso entender, a mesma solução é defensável mesmo que o bem onerado houvesse sido entregue à custódia de terceiro, caso em que, havendo responsabilidade deste pelo perecimento, deverá a mesma ser assacada autonomamente, através de uma pretensão indemnizatória e não mediante o sacrifício dos direitos dos demais credores do empenhante (até porque a designação do terceiro pressupõe o acordo do credor).

Todos estes direitos concedidos ao credor pignoratícios poderão, em regra, ser exercidos contra o devedor,<sup>1490</sup> mesmo quando a garantia tenha sido prestada por

---

<sup>1489</sup> Esta última solução valerá igualmente para os penhores sem desapossamento (especialmente se sujeitos a registo), dado que o mecanismo ditado para a oponibilidade da garantia a terceiros, uma vez cumprido pelos diversos credores, deve assegurar a protecção face ao credor pignoratício que invoque o art.º 701.º.

<sup>1490</sup> Problema distinto e não resolvido directamente pela lei, é o de determinar contra quem deve o credor pignoratício exercer estes direitos quando a garantia seja prestada pelo devedor, mas o bem confiado a

terceiro (caso em que deste último não poderá ser exigido o cumprimento daqueles deveres);<sup>1491</sup> se, porém, a garantia houver sido prestada pelo terceiro sem o conhecimento do devedor, será contra aquele e não contra este que o credor exercerá os seus direitos cfr. n.º 2 do art.º 701.º).<sup>1492</sup>

A lei, porém, na última hipótese aventada condiciona o direito do credor à existência de culpa do terceiro na diminuição da garantia, parecendo excluir a sua responsabilidade (e a tutela do credor) quando aquele efeito se tenha produzido por causa de força maior (cfr. a parte final do n.º 2 do art.º 701.º, ao invés do n.º 1 do mesmo preceito que protege o credor sempre que a diminuição da garantia proceda de causa que não lhe seja imputável).

O procedimento de substituição ou reforço do penhor se encontra regulado nos art.ºs 991.º a 994.º do CPC,<sup>1493</sup> a ele podendo recorrer o credor pignoratício

---

terceiro para guarda. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 187, nota 387, propõe as seguintes soluções: se o terceiro foi escolhido pelo credor, embora com o consentimento do devedor, não pode aquele exercer nenhum dos direitos; se a escolha foi do devedor, embora com a anuência do credor, poderá este exercer os citados direitos; se ambos cooperaram na escolha, deverão repartir-se as consequências, podendo o credor reclamar nova garantia, proporcionalmente à parte do devedor nessa responsabilidade e, caso tal não suceda, o cumprimento imediato proporcionalmente a essa mesma parte. Salvo o devido respeito, parece-nos que esta solução, além de demasiado complexa (especialmente no que toca à últimas das hipóteses formuladas), deverá ser afastada tendo em conta que a nomeação do terceiro depende do consentimento do credor (e do devedor), pelo que foi por sua vontade que o bem, em vez de permanecer em seu poder, foi confiado à guarda de outrem, o credor assumiu os riscos inerentes ao comportamento deste último, não lhe sendo, por isso, legítimo invocar contra o devedor os direitos reconhecidos pela lei no art.º 701.º (eventualmente poderá reagir contra o terceiro depositário, nos termos assinalados ao abordar a posição deste sujeito), excepto nas hipóteses residuais em que o empenhante coloque o bem nas mãos do terceiro às ocultas do credor (admitindo, aqui sim, a invocação do art.º 701.º contra o devedor-empenhante).

<sup>1491</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 724, constata que, face ao terceiro, o credor não poderá, nesta hipótese, exercer nenhum direito especial.

<sup>1492</sup> A justificação para eximir o devedor da obrigação de substituir ou reforçar a garantia e de o sujeitar ao cumprimento imediato da obrigação, resulta do facto de ele não se ter comprometido, face ao credor, a assegurar o cumprimento com uma garantia real. Pelo contrário, quem assumiu esta obrigação perante o credor foi o terceiro, daí a imposição a este dos deveres de substituição ou reforço da garantia ou, não o fazendo, de cumprimento imediato da obrigação (ou, no caso de obrigação futura, a possibilidade de o credor registar a mesma garantia sobre outros bens seus) – Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 724 e 725. No mesmo sentido em face do direito brasileiro, vide Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 53, considerando que “*Salvo clausula expressa, o terceiro, que constitue penhor em garantia de divida alheia, não fica obrigado a substituí-lo, ou reforçá-lo, quando, por culpa de outrem, se perca, deteriore ou desvalie*” (solução esta acolhida pelo art.º 1427.º do actual CCB, precisando apenas que a não responsabilização do terceiro tem lugar sempre que a deterioração ou a desvalorização se tenha produzido sem culpa desse mesmo terceiro).

<sup>1493</sup> Em termos sumários, o procedimento desenrolar-se-á do seguinte modo. O credor justificará a sua pretensão de reforço ou substituição, indicando o montante da depreciação ou o perecimento dos bens dados em garantia e a importância do reforço ou da substituição, apresentando logo as provas (art.º 991.º, n.º 1). Em seguida, o requerido é citado para, no prazo de 15 dias, contestar o pedido ou impugnar o valor do reforço ou da substituição e indicar os bens que oferece, devendo apresentar logo as provas (n.º 2 da mesma norma). Se pretender impugnar apenas o valor, deve o réu indicar logo os bens com que pretende reforçar ou substituir a garantia, sob pena de não ser admitida a impugnação (n.º 3). Quando a obrigação de reforçar ou substituir a garantia incumbir a terceiro, será demandado este, e não o devedor, para os efeitos referidos nos números anteriores (n.º 4). Uma vez efectuada a citação, três hipóteses se colocam: se o réu não deduzir oposição - e a revelia for considerada operante - nem oferecer bens para o reforço ou substituição (ou, oferecendo-os, estes forem considerados insuficientes) consideram-se aceites os factos alegados pelo autor, cabendo ao juiz decidir acerca dos efeitos do incumprimento (ao contrário do que possa parecer, daqui possa resultar um poder discricionário do juiz, mas tão somente o de determinar o imediato vencimento da obrigação garantida ou a constituição de garantia sobre outros bens do devedor, consoante, respectivamente, aquela obrigação seja presente ou futura – cfr. art.º 701.º, n.º 1), sendo que a execução destinada a exigir o cumprimento imediato da obrigação que o reforço ou substituição visava

independentemente do facto de invocar o direito que lhe é concedido pelo art.º 701.º ou pelo art.º 780.º.

#### 9.1.4 - Venda antecipada do bem onerado

Quando, pelo contrário, a garantia ainda se não tenha tornado insuficiente,<sup>1494</sup> mas exista fundado receio que a coisa empenhada se perca ou deteriore, permite-se ao credor – bem como ao empenhador,<sup>1495 1496</sup> embora normalmente aquele, por estar em poder do bem, se encontre numa posição mais favorável para apreciar uma eventual deterioração - a venda antecipada do bem, mediante prévia autorização judicial,

---

evitar corre no mesmo processo (art.º 994.º, n.ºs 1 e 2); a segunda alternativa ocorre quando o réu não conteste o pedido, nem impugne o valor do reforço ou substituição, mas se limite a oferecer bens para este efeito, caso em que caberá ao juiz apreciar a idoneidade destes novos bens (art.ºs 993.º e 984.º); por último, se o réu contestar - ou, não contestando, a revelia seja inoperante - o juiz decidirá, depois de avaliação, se a garantia deverá ser substituída ou reforçada e fixará o respectivo valor (podendo, caso tenha sido requerida a substituição, ordenar o simples reforço, desde que não tenha havido perecimento de bens), sendo, em seguida, notificado o réu para efectuar o reforço ou substituição decretados (art.ºs 992.º, 984.º e 983.º, n.º 3).

<sup>1494</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 183 e 184, identifica os diversos campos de aplicação do art.º 674.º e do art.º 670.º, alínea c): “*O credor, havendo apenas perigo ou receio de o penhor se tornar insuficiente, pode fazer vender antecipadamente o penhor (não pode exigir outra garantia porque o penhor ainda se não tornou insuficiente); se o penhor se tornou já insuficiente, deve poder exigir o reforço da garantia. Agora, não basta a venda antecipada, que não daria o suficiente para segurança do credor: é necessário o reforço. Isto não exclui que, tendo o penhor diminuído e tendo-se tornado insuficiente para segurança do credor, este requeira a venda antecipada, nos termos expostos, se for de recear que a insuficiência se agrave substancialmente; mas o credor pode, além disso, exigir o reforço da garantia*”.

<sup>1495</sup> Da redacção do preceito em questão, decorre que desta mesma faculdade não gozará o devedor não empenhante, o que pode ser justificado pelo facto de a venda antecipada não contender directamente com os seus direitos, para além de poder reclamar a coisa por outros meios (vide, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, págs. 693 e 694, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 166 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 311). Porém, em nosso entender, caso na sequência desta venda se obtenha um montante inferior ao real e ao do crédito garantido, o devedor pode vir a ser prejudicado, tendo que responder pelo remanescente não satisfeito, pelo que não nos repugnaria a atribuição do mesmo direito ao devedor não empenhante, ao menos quando o empenhante o não fizesse.

<sup>1496</sup> Embora, em face do direito italiano, os pressupostos não sejam integralmente coincidentes consoante a requerer a venda antecipada se encontre o credor ou o proprietário. Sendo este último a fazê-lo (se for o credor e como ser verá adiante, a lei é mais abrangente, admitindo a venda mesmo quando a deterioração do bem não implique um perigo de insuficiência da garantia ou quando a diminuição de valor resulte apenas de uma diminuição do valor de mercado do bem, além de se permitir a venda com base na simples existência de uma ocasião favorável (neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 116, acrescentando que estas faculdades apenas cabem ao constituinte do penhor – e não ao devedor não proprietário – muito embora admitam que a restituição do bem ao terceiro dador do penhor, mediante oferta de outra garantia idónea ou depósito da quantia devida, possa ser solicitada pelo devedor para evitar um dano ao terceiro dador. Para Gabrielli, Il pegno cit., pág. 308, o pedido do proprietário pode ter lugar, seja quando a coisa já tenha sofrido uma deterioração, seja quando aquela vá progressivamente perdendo o seu valor, seja quando a coisa corra o risco de deterioração, mesmo que ainda não exista uma deterioração em curso). Por outro lado, em alternativa ao pedido de venda antecipada, o empenhador (e também o devedor não empenhador, que pode ter interesse em evitar um dano para o terceiro concedente da garantia) pode requerer a restituição do bem empenhado, oferecendo outra garantia real qualificada como idónea pelo juiz (art.º 2795.º, n.º 3), nomeadamente para se precaver contra um possível pedido futuro de venda antecipada por parte do credor (Gabrielli, Il pegno cit., pág. 312). Todavia, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 116, sustentam que este pedido apenas pode servir para obter a restituição do bem empenhado, mas não para evitar a venda do bem empenhado (para obter este segundo efeito, deveria depositar o preço).

transferindo-se os direitos do credor para o produto da venda, sem prejuízo da possibilidade de o tribunal ordenar o depósito do preço (art.º 674.º, n.ºs 1 e 2).<sup>1497 1498</sup>

Todavia, como forma de obstar à venda do objecto do penhor, o constituinte da garantia pode oferecer outra garantia real idónea (n.º 3 do art.º 674.º), cabendo ao juiz avaliar dessa idoneidade.<sup>1499</sup>

Contudo, o recurso à venda antecipada deverá ser considerado como uma prerrogativa de que gozam o credor pignoratício e o empenhante, mas não uma

---

<sup>1497</sup> Quanto a este último aspecto e seguindo Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 173 e 176, diremos que não se justificaria que, não estando vencida a obrigação garantida, o credor recebesse logo o produto da venda, uma vez que esta se efectua apenas por receio de perda ou diminuição de valor da coisa. Daí que o produto da venda venha substituir a coisa empenhada, ficando o credor com os mesmos direitos que tinha em relação a esta (salvaguardando sempre a possibilidade de o juiz, quando entenda conveniente ou a requerimento do empenhador, determinar o depósito desse produto). No direito italiano, tal depósito tem carácter obrigatório (cfr. art.º 2795.º, n.º 2), considerando Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 253, que se destina a conservar a garantia em vista de uma futura satisfação, transforma o penhor em penhor irregular, enquanto Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 117, sugerem que o penhor passa a ter como objecto um crédito contra o depositário do preço, crédito cujos juros vincendos caberão ao credor pignoratício.

<sup>1498</sup> A redacção deste preceito diverge ligeiramente do art.º 2795.º do CCI, na medida em que este apenas permite a venda antecipada, a requerimento do credor, quando a coisa dada em penhor se deteriore de modo a fazer temer que se torne insuficiente para garantia do credor (embora Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 253, entenda que o referido preceito pode aplicar-se “*Invece di un deterioramento già in corso può bastare un pericolo di deterioramento e spetta al giudice valutare quando la probabilità dell’evento futuro sia tale da giustificare già attualmente la vendita*”), aproximando-se mais do § 1219.º do BGB que alude ao perigo para a segurança do credor por força de ameaça de perda do objecto do penhor ou de diminuição essencial do seu valor. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 171, aplaude esta solução, afirmando: “*O que importa é que haja fundado receio de que a coisa se perca ou diminua substancialmente de valor (não interessando que se já tenha produzido uma deterioração ou diminuição de valor dela, a qual pode ser logo tão grave que o penhor fique sem mais nada insuficiente ou se perca), de modo a tornar-se insuficiente para segurança da obrigação (ou a agravar-se essa insuficiência). A exigência de deterioração ou diminuição de valor poderia ter a vantagem de evitar que se faça a venda antecipada com base em simples previsões (...); mas tem o inconveniente referido de poder inutilizar em muitos casos a providência em questão. Quando muito, poderia exigir-se que, se ainda se não tivesse dado uma diminuição de valor, fosse muito provável que o penhor se perderia ou diminuiria substancialmente de valor, de modo a tornar-se insuficiente para segurança do credor (ou a agravar-se essa insuficiência)*” No direito alemão, verificando-se a existência de um receio de deterioração da coisa dada em penhor ou de redução considerável do seu valor, quer o empenhador, quer o credor pignoratício podem reagir: simplesmente, enquanto o credor pode requerer a venda antecipada, ocupando o produto da venda o lugar do objecto empenhado - mas, a pedido do constituinte do penhor, pode aquele produto ser depositado (§1219 do BGB); já o empenhador apenas pode solicitar a restituição do bem contra a prestação de outra garantia, excepto a fiança (§1218 BGB). No direito brasileiro, o art.º 1433.º, VI, atribui ao credor o direito a promover a venda judicial, mediante prévia autorização judicial, em caso de fundado receio de perda ou deterioração do bem onerado, podendo o proprietário deste evitar tal efeito substituindo-o ou prestando outra garantia real idónea (e, caso o credor não aceite nenhuma destas alternativas, caberá ao juiz decidir): promovida a venda, o credor consignará em depósito o produto da alienação, nos termos e condições impostas pelo juiz - Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, págs. 343 e 344. No direito espanhol, não existem preceitos análogos aos acabados de citar, facto este censurado por Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 302 e 303, que, para minorar tal omissão, sugere que as partes expressamente convencionem a possibilidade de recurso à venda antecipada, bem como os respectivos pressupostos (quando tal não suceda, restará ao credor socorre-se da perda do benefício do prazo – solução que o Autor considera um mero paliativo, “*porque sólo se aplicaria a los deterioros provocados por el deudor o por caso fortuito, y no a los que se deban a causas físicas o económicas*” - , enquanto que a ausência de previsão legal da possibilidade de venda antecipada por parte do constituinte não encontra qualquer alternativa).

<sup>1499</sup> Assim, quanto à função do juiz, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 255. Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 184, entende, tendo em conta a *ratio* do preceito (evitar o esvaziamento da garantia do credor), que o mesmo efeito se produzirá se o empenhante depositar a soma devida, não aumentando assim o risco de incumprimento da obrigação garantida.

obrigação que a lei lhe imponha,<sup>1500</sup> devendo a contraparte na relação pignoratícia sujeitar-se ao exercício desta faculdade legalmente consagrada.<sup>1501</sup>

Parece dever incluir-se na previsão desta norma, não apenas o receio de perda ou deterioração material do bem, mas também de perda ou deterioração jurídica ou de valor, como sucederá com a desvalorização de valores mobiliários.<sup>1502</sup>

Pelo contrário, não será legítimo requerer a venda antecipada quando o objecto da garantia já se encontrasse, à data da respectiva constituição, em estado de deterioração, a menos que seja expectável que o prolongar dessa situação coloque em risco a suficiência da garantia.<sup>1503</sup>

Relativamente à tramitação processual<sup>1504</sup> <sup>1505</sup> da venda antecipada do penhor,<sup>1506</sup> nomeadamente no que concerne à eventual necessidade de o constituinte da

---

<sup>1500</sup> Nestes termos, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 183 (falando mesmo de uma faculdade discricionária) e, sobretudo, Almeida Costa, Penhor; Ilicitude na guarda da coisa empenhada – venda antecipada, in CJ, Tomo II, pág. 22 e 25 a 27. Neste parecer, o Ilustre Professor sustenta, em face do aresto por ele comentado, que o facto de as mercadorias empenhadas se estarem a deteriorar não implica a obrigatoriedade de o credor pignoratício promover a respectiva venda antecipada, pois o art.º 674.º “*não impõe qualquer qualquer obrigação ao credor pignoratício, limitando-se a outorgar-lhe uma faculdade que ele, discricionariamente, exercerá ou não, conforme julgar mais vantajoso para a defesa dos seus interesses*”. O Autor justifica esta posição com a circunstância de as partes poderem acordar na realização extrajudicial da venda antecipada (cfr. art.º 675.º), para além de cada uma delas poder requerer, independentemente de tal acordo, a autorização judicial para o efeito (art.º 674.º, n.º 1), concluindo que “*se tanto ao credor pignoratício como ao dono dos bens assiste o poder de promover a venda, por que razão haveria a lei de impor ao primeiro, no interesse do segundo, um acto que este está igualmente autorizado a praticar?*”. É certo que o mencionado Professor não deixa de reconhecer pertinência à objecção nos termos da qual, estando os bens em poder do credor, este se encontra em melhores condições de avaliar a eventual existência de um perigo de deterioração - especialmente quando o proprietário não tenha a possibilidade de saber se os bens por si empenhados correm perigo de destruição - mas sustenta que, mesmo nestes casos, o credor pignoratício não será forçado a vender antecipadamente o bem, mas apenas a avisar o proprietário do risco de deterioração (simplesmente, no caso objecto do parecer, nem esta obrigação de informação existiria, porquanto os bens empenhados eram conservas alimentares - cujo carácter deteriorável resulta da própria natureza, facto este que o empenhador não poderia ignorar - que permaneceram armazenadas nas instalações do empenhador). Paralelamente e em termos mais gerais, o mesmo Autor, in Direito das obrigações cit., pág. 928, nota 4, considera que as mesmas conclusões valerão para o exercício desta faculdade por parte do empenhante, devendo alertar a contraparte do risco de deterioração, por força do princípio geral da boa fé, apenas quando esta não se encontre em condições de apreciar tal perigo (em suma, considera que o art.º 674.º, n.º 1, “*atribui uma simples faculdade, de que o credor pignoratício, ou o autor do penhor, se prevalecerá a seu critério, em vista dos interesses próprios e não para defesa dos interesses da contraparte, ressalvadas as regras da boa fé*”).

<sup>1501</sup> Esta dupla legitimidade para invocar os mecanismos elencados no art.º 674.º poderá originar um conflito quando o credor pretenda a venda e o empenhador, ao invés, pretenda a restituição em troca de outra garantia, conflito esse que deve ser resolvido em benefício deste último, porque deste modo se afasta o perigo que fundamentava o recurso à venda antecipada (Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 177).

<sup>1502</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 693 e Rubino, Il pegno cit., pág. 255. Contra, Realmonte, Il pegno cit., pág. 667 e, principalmente, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 114, seja porque a coisa pode ter para o constituinte um valor afectivo, seja porque o valor de mercado pode voltar a aumentar antes do vencimento da obrigação garantida, seja, por fim, para evitar manobras fraudulentas por parte do credor, concluindo ser válido o pacto que autorize a venda em tal circunstancialismo apenas se foram garantidos mecanismos de tutela do devedor (designadamente o aviso prévio e o decurso de um prazo, antes da realização da venda, para permitir evitar a venda através dos mecanismos previstos na lei).

<sup>1503</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 114. Ainda segundo os mesmos Autores, tratando-se de uma deterioração instantânea, relativamente ao qual não seja de prever um agravamento, ou o crédito permanece, ainda assim, garantido ou, pelo contrário, o crédito deixa de estar garantido (e então o credor apenas poderá invocar o art.º 2743.º CCI, análogo ao nosso art.º 670.º, alínea c)).

<sup>1504</sup> Em face do direito italiano, Rubino, Il pegno cit., págs. 253 e 254, sugere ser este um procedimento cautelar e não executivo, na medida em que não tem por objectivo permitir a satisfação do credor com o

garantia ser previamente alertado relativamente à pendência de tal procedimento, as respostas são remetidas para a lei processual (muito embora a faculdade – conferida pela lei civil - de impedir a venda, através da prestação de outra garantia, pressupor, ao menos implicitamente, tal alerta).<sup>1507</sup>

---

produto da venda, que se conclui com o depósito do preço (do mesmo modo, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 308). Após esse momento, poderá iniciar-se um procedimento executivo em que será requerida a adjudicação desse montante. Relativamente à tramitação procedimental, o citado Autor sugere que o credor pignoratício deverá, antes de requerer a autorização para a venda antecipada, avisar o constituinte da garantia da sua intenção (caso este não seja o devedor da obrigação principal, este último não terá de ser alertado – cfr. art.º 2795.º, n.º 1, do CCI), mas não será forçado a indicar o dia e hora da venda. O mencionado aviso não será propriamente uma citação – não tornando, por isso, o avisado parte processual – tendo antes como intuito colocar o constituinte em posição de poder intervir no processo e aí fazer valer os (limitados) poderes de defesa que lhe competem. Por outro lado, não existe nenhum prazo – contado a partir do envio desse aviso – para propor o requerimento judicial, podendo até o aviso ser posterior a este requerimento (nesta eventualidade, o procedimento não será inválido desde que seja dado ao proprietário um período de tempo para se poder opor: caso tal não tenha sucedido, a venda será anulável a requerimento do proprietário - mesmo que o credor ignorasse o atraso no aviso – desde que este prove a ausência de deterioração do bem ou ofereça uma garantia alternativa reconhecida como idónea pelo juiz – no mesmo sentido, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 309). Uma vez recebido o requerimento do credor, o juiz efectuará uma análise sumária acerca da existência do crédito e do penhor e da deterioração ou iminência da mesma, cabendo ao proprietário defender-se, mas apenas invocando como excepção a inexistência de deterioração ou perigo de deterioração da coisa ou, em alternativa, oferecendo outra garantia, cuja idoneidade é apreciada pelo juiz (nesta última hipótese, o proprietário deverá notificar o credor da nova garantia alternativa e pedir ao juiz a substituição e, caso o credor já tivesse obtido a autorização para a venda e proceda efectivamente à alienação antes que o juiz decida acerca da substituição, a venda será válida e, para mais, o credor não terá que indemnizar o proprietário, porquanto a simples oferta de uma nova garantia por parte deste último não basta para inibir a acção do credor), mas não lhe será legítimo invocar outras excepções (uma vez que as demais excepções, como a extinção do crédito, apenas poderão ser opostas no momento da posterior eventual acção executiva para atribuição do produto da venda antecipada - por seu lado Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 116, admitem também que o constituinte se pode defender depositando a quantia em débito). Finalmente, o juiz determinará, se for caso disso, a venda (a qual decorrerá nos termos previstos para a venda executiva comum, salvo estipulação das partes em contrário - Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 310), bem como os termos do depósito do preço em garantia do crédito, na medida em que o crédito garantido não se encontra ainda vencido (embora, em seguida, o credor possa solicitar a adjudicação desse preço em pagamento – Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 311).

<sup>1505</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 256 e 257, afirma que as mesmas regras procedimentais se aplicarão quando a venda for requerida pelo proprietário do bem empenhado, excepto quanto à ausência de necessidade de aviso ao credor pignoratício, salvo se o juiz assim o ordenar (solução esta justificada com base no facto de o aviso ao proprietário, quando a venda antecipada é solicitada pelo credor, ter como objectivo possibilitar àquele a oferta de uma garantia alternativa, o que não faz sentido quanto a venda antecipada seja requerida pelo constituinte da garantia. Ainda assim, o aludido Autor pensa que seria oportuno avisar o credor, designadamente para que este se pudesse opor ao pedido, especialmente com fundamento no facto de o momento não ser particularmente favorável para a venda, posição seguida por Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 116 e 117) e quanto à possibilidade de o juiz poder, officiosamente, estabelecer condições diversas para a venda, quando esta decorra por força da existência de uma ocasião favorável.

<sup>1506</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 255 e Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, págs. 173 e 176, advogam que a venda antecipada deve seguir os trâmites da venda não antecipada (embora o segundo Autor admita que o juiz, tendo em conta a urgência do caso, determinar o contrário e o primeiro admita que as partes – mas não o juiz *ex officio* - possam afastar essas mesmas regras). Contudo, se o objecto empenhado consistir em bens com cotação em bolsa ou em mercados, os mesmos Autores defendem que a venda deve ter lugar pelo valor da cotação desses bens no dia da venda e deve efectuar-se por meio de pessoa autorizada para o efeito.

<sup>1507</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, págs. 170 a 172, sustenta que, em regra, o empenhador deve ser previamente notificado do risco de perda ou de diminuição substancial de valor do bem, para poder evitar a venda (prestando outra garantia ou impugnando a venda), salvo quando o atraso na venda produza ou agrave o perigo de perda da coisa empenhada ou de diminuição essencial do seu valor. Quando o empenhador não tenha sido notificado da venda antes da sua realização, deverá sê-lo sem demora,

Tal regulamentação consta do art.º 1013.º do CPC, apesar de o preceito em causa não responder a todas as questões suscitadas pela venda antecipada – sendo, nomeadamente, omissa quanto à natureza cautelar deste procedimento - prescreve a necessidade de citação, para efeitos de contestação, do credor, do devedor e do proprietário do bem que não sejam os requerentes (cfr. n.º 1).<sup>1508</sup>

Em seguida, o tribunal ordenará as diligências tidas por convenientes, findas as quais decidirá e, caso seja ordenado o depósito do preço, este ficará à ordem do tribunal, a fim de ser levantado após o vencimento da obrigação (n.ºs 1 e 2).

Decretando o tribunal a venda,<sup>1509</sup> uma hesitação se nos depara, qual seja a de saber se esta venda antecipada se realizará nos termos da acção executiva comum – nomeadamente com as citações por esta exigidas e com a fase do concurso de credores – ou, pelo contrário, poderá ser efectuada sem observância das ditas formalidades.

O primeiro entendimento,<sup>1510</sup> seria, porventura, mais defensável na vigência do processo especial de execução dos bens empenhados (art.ºs 1008.º a 1012.º do CPC, entretanto revogados), porquanto também no âmbito desse procedimento se sustentava a dispensa de citação e de concurso com os demais credores, encontrando esta tese algum apoio no art.º 1009.º.<sup>1511</sup> todavia, este último argumento carece, actualmente, de fundamento, uma vez que aqueles preceitos não se encontram, como se disse, em vigor.

---

respondendo o credor pelos danos causados se, por culpa sua, essa notificação se não fizer. Caso a venda tenha lugar sem que o empenhador seja chamado ao processo – quando devesse sê-lo – será ineficaz relativamente a ele, estando legitimado para invocar o seu direito de propriedade. As mesmas conclusões valerão para a venda antecipada efectuada a requerimento do empenhador, nomeadamente no que concerne à necessidade de aviso prévio ao credor.

<sup>1508</sup> No direito alemão, o n.º 1 do §1220 dispõe que a venda antecipada do penhor, por parte do credor pignoratício, é permitida depois de o constituinte do penhor ter sido avisado (excepto quando o objecto estiver sujeito a deterioração e o adiamento da venda o ponha em risco, caso em que o aviso é dispensado). Por outro lado, se a venda se fundamentar na desvalorização do bem empenhado, além do aviso, é ainda necessário que o credor pignoratício conceda ao constituinte um prazo para prestar outra garantia e este prazo se vença sem que tal suceda. Após a realização da venda, o credor pignoratício deve informar imediatamente o constituinte do penhor da venda, sob pena de ter de indemnizar este último (n.º 2 do §1220). Todavia, quer o aviso, quer a concessão de um prazo, quer a informação da realização da venda não se efectuarão quando forem impraticáveis (n.º 3 do §1220). A venda decorrerá normalmente em hasta pública (§1235), excepto se o bem dado em penhor estiver cotado em bolsa ou tiver um preço de mercado, caso em que o credor pignoratício procederá à venda por negociação particular através de um agente comercial oficialmente legitimado ou de pessoa autorizada a realizar a venda de bens com preço corrente (§1221).

<sup>1509</sup> Não obstante, até ao momento em que a venda seja efectuada o autor do penhor poderá oferecer outra garantia real, cuja idoneidade será apreciada imediatamente, originando a suspensão da venda (n.º 3). Em face da redacção deste preceito, entendemos que a suspensão da venda ocorre apenas a partir do momento em que o tribunal considere tal garantia idónea, e não logo após a oferta de outra garantia alternativa.

<sup>1510</sup> Designadamente alegando que se a lei exigisse que a venda do objecto do penhor ocorresse no âmbito da acção executiva, não se compreenderia a ordem de depósito do preço da venda à ordem do tribunal a que aludia o n.º 2 do art.º 1013.º do Código de Processo Civil, parecendo que a autorização de venda antecipada do objecto do penhor ocorreria na forma especial de processo declarativo, mas o acto de alienação judicialmente autorizado seria extrajudicialmente realizado pelo credor.

<sup>1511</sup> Anselmo de Castro, *A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra, 1970, págs. 336 e 337, esclarece que, ditando tal preceito que o pagamento do credor se faria pelo produto da venda, após a satisfação das custas processuais, indiciava a dispensa do concurso de credores: ora, se assim era no âmbito do procedimento normal de execução do penhor, o mesmo deveria valer para o procedimento especial de venda antecipada, relativamente ao qual a lei era (como continua a ser) omissa. Contra, defendendo que mesmo no âmbito do processo especial de venda e adjudicação de credores haveria chamamento concursal de credores, Antunes Varela, *Das obrigações cit.*, Vol. II, págs. 532 e 533, pois, apesar de “*nas disposições reguladoras do processo especial nenhuma referência se encontra a esse chamamento, dando assim a impressão de que a lei trata o credor pignoratício como uma espécie de credor super-privilegiado*”, não é menos verdade que “*no artigo 463.º, n.º 2, 2.º parágrafo, determina-se expressamente que, havendo lugar a venda de bens em qualquer processo especial, será a venda feita*

Propendemos, por isso, para a orientação contrária, não apenas porque do art.º 1013.º não se retira qualquer elemento que permita afastar a regra geral da sujeição do exequente ao concurso de credores (pelo que, em cumprimento do disposto no n.º 3 do art.º 466.º, cabe aplicar a esta execução especial, a título subsidiário, as regras ditadas para as execuções comuns), podendo até interpretar-se a parte final do art.º 1013.º, n.º 1 – ao impor ao juiz, antes da decisão acerca da procedência do pedido do autor, a realização das diligências convenientes - como impondo ao juiz o dever de proceder às citações dos demais credores, nos termos do art.º 864.º.<sup>1512</sup>

Por outro lado e sempre em abono desta posição, refira-se que o entendimento contrário permitiria uma subversão injustificada do concurso de credores, não se alcançando qual o fundamento para a ele submeter o exequente numa execução pignoratória ordinária, dispensando-o no caso de venda antecipada.

Nem se diga que, deste modo, se prejudica desproporcionadamente o exequente credor pignoratório, ao sujeitá-lo ao concurso com credores preferentes, não apenas porque este argumento, a ser válido, poderá ser invocado relativamente a qualquer exequente numa execução comum, mas até porque o leque de credores garantidos reclamantes em execuções alheias é hoje muito menor do que antes da reforma da acção executiva de 2003.<sup>1513</sup>

Finalmente, um último motivo para alicerçar o caminho por nós trilhado radica no disposto no art.º 886.º-C, do CPC,<sup>1514</sup> o qual vem permitir, no seio da execução comum, a realização da venda antecipada dos bens, quando exista fundado receio de deterioração ou depreciação ou exista vantagem nessa antecipação (n.º 1): ora, se qualquer credor, mesmo fazendo uso da faculdade consentida por este preceito, não se exime ao concurso de credores, não se alcança uma razão válida para que o mesmo não suceda com o credor pignoratório que requeira a venda antecipada nos termos do art.º 1013.º, do mesmo Código.<sup>1515</sup>

Todavia, a nossa lei, ao contrário de outras,<sup>1516</sup> não admite a venda antecipada com fundamento na existência de uma ocasião favorável, nem a requerimento do empenhador, nem do credor.<sup>1517</sup>

---

*pelos formas estabelecidas para o processo de execução e precedida das citações ordenadas no n.º 1 do artigo 864.º, observando-se quanto à verificação dos créditos as disposições dos artigos 865.º e seguintes, com as necessárias adaptações”, concluindo, por isso, “que, afinal, o processo de venda e adjudicação do penhor comporta o concurso de credores e que a preferência do credor pignoratório não se antepõe à dos credores privilegiados”. Na jurisprudência, defendiam a não obrigatoriedade de proceder à citação de outros credores com garantias sobre o bem empenhado, nos termos do art.º 864.º do CPC, o Acórdão da Relação de Lisboa de 16/4/1994 e de 5/12/1991, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), enquanto nos Acórdãos da Relação de Lisboa de 11/2/1992, de 5/12/1991 de 4/10/1990, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e de 14/5/1975, in BMJ n.º 248, pág. 463, e da Relação de Coimbra de 8/5/1980, in BMJ n.º 337, pág. 422 e segs., se decidiu pela desnecessidade de realizar o concurso de credores.*

<sup>1512</sup> No mesmo sentido, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 37.

<sup>1513</sup> Acerca deste último assunto, vide supra n.º 8.2.2 do Capítulo I.

<sup>1514</sup> Analogamente, no âmbito do processo de insolvência, o art.º 158.º, n.º 2, do CIRE, permite, mediante prévia concordância da comissão de credores (ou, na sua falta, do juiz), que o administrador da insolvência promova a venda imediata dos bens da massa insolvente que não possam ou não se devam conservar por estarem sujeitos a deterioração ou depreciação.

<sup>1515</sup> Poder-se-á até questionar, com Antunes Varela, Das obrigações cit., Vol. II, pág. 540, nota 1, qual o sentido de manter em vigor o art.º 1013.º, quando, por um lado, o processo especial de venda do penhor foi revogado e, por outro, a possibilidade de venda antecipada do bem executado se encontra prevista, para todas as execuções, no art.º 886.º-C.

<sup>1516</sup> Cfr. art.º 2795.º, n.º 4, do CCI. De acordo com Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 117 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 312, por “ocasião favorável” deve entender-se aquela em que o resultado da venda seja suficiente para, pelo menos, satisfazer o crédito garantido. Se o preço a retirar da venda for inferior ao valor do crédito garantido, importa averiguar se tal sucede por força de uma deterioração do bem



Poder-se-á, noutro plano, discutir se, perante uma situação de deterioração iminente do valor dos bens onerados, a parte que dela tenha conhecimento não deverá alertar a outra a fim de esta, querendo, utilize a faculdade concedida pela lei.<sup>1518</sup>

Resulta da circunstância da lei ter consagrado o mecanismo da venda antecipada para proteger o credor pignoratício em caso de fundado receio de perda ou deterioração do objecto da garantia, não ser lícito a este requerer, em tal caso, o arresto do mesmo bem, ainda que este tenha permanecido em poder do empenhador.<sup>1519</sup>

### 9.1.5 - Direito de preferência

Uma outra prerrogativa que assiste ao credor pignoratício por força da titularidade da garantia consiste no direito de preferência que lhe é atribuído (cfr. art.º 666.º, n.º 1).<sup>1520</sup>

---

posterior à constituição da garantia (caso em que se deveria aplicar o n.º 3 do art.º 2795.º, que prevê precisamente essa eventualidade) ou, pelo contrário, tal insuficiência era originária, contemporânea do nascimento do penhor e não resulta da alteração das condições de mercado (caso em que caberá ao juiz avaliar se a ocasião é ou não favorável).

<sup>1517</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 177 a 179, concorda com a legitimação do empenhante para requerer a venda antecipada quando se apresente uma ocasião favorável (com o argumento de não haver lesão para o credor – uma vez que o produto da venda é depositado para sua garantia – e desvalorizando a hipótese de a venda em momento posterior poder ser ainda mais rentável, por caber ao juiz determinar quando a ocasião se apresenta efectivamente favorável), mas recusa a atribuição de semelhante prerrogativa ao credor (sustentando que o empenhador pode ter interesse em conservar o bem e que o direito do credor se baseia no valor normal da coisa e não num valor excepcional, só tendo este o direito de impedir que o valor diminua a ponto de não garantir a obrigação ou agravar a insuficiência da garantia: ora, seria demasiado forçar o empenhador, para impedir a venda, a prestar outra garantia, apenas porque o credor se pretende fazer de um momento mais favorável para a venda e não por força da existência de um risco de insuficiência ou risco de insuficiência da garantia): é esta a solução do direito italiano (cfr. art.º 2795.º, n.º 4). Por seu turno Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 183, sugere que, em regra, são irrelevantes, para este efeito, as meras oscilações de valor de mercado do bem empenhado, excepto quando a diminuição do valor da garantia dependa principal ou exclusivamente de uma baixa do valor de mercado. Em face do direito espanhol, Lereña Cuenca e outros, ob. cit., págs. 545 e 546, cita a sentença da Audiência Provincial de Madrid de 3 de Novembro de 1993, na qual se responsabilizou o banco credor por não ter alienado os valores empenhados, substituindo-os por outros que ficariam igualmente onerados, no momento em que o devedor o alertou para a previsível baixa de valor (que veio a ocorrer) daqueles bens.

<sup>1518</sup> Aceita a existência deste dever de alerta, ancorando-o no princípio da boa fé, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 183.

<sup>1519</sup> Neste sentido, Acórdão da Relação do Porto de 18/2/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1520</sup> No Código de Seabra, para além do art.º 860.º, n.º 1 (análogo ao actual art.º 666.º, n.º 1), o art.º 886.º, acrescentava que o credor pignoratício tinha o “privilégio” de ser pago da sua dívida pelo preço do objecto empenhado, até onde chegasse o referido preço, sendo considerado, pelo resto, como credor comum. Todavia, o uso da expressão “*privilégio*” pode induzir em erro, tendo em conta a existência de uma outra garantia real – o privilégio creditório – que também atribui ao seu titular o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, pelo que preferimos utilizar a expressão “*preferência*” para designar esta característica do penhor (a confusão, no Código de Seabra, era ainda maior porque o citado art.º 886.º se encontrava colocado na secção relativa aos privilégios creditórios). Talvez por isso, mesmo ainda na vigência desse Código, Paulo Cunha, ob. cit., págs. 205 e 206, falasse já da preferência como um dos atributos essenciais do penhor, enquanto Cunha Gonçalves, ob. cit., págs. 241 e 242, alegava a inutilidade do art.º 886.º, o qual, ademais, ao equiparar o penhor ao privilégio, não tomava em consideração a distinção entre ambos os institutos. Situação em tudo idêntica ocorre no direito francês, salientando Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 445 e segs., a equivocidade do termo “privilégio” no direito gaulês (originariamente significando unicamente uma garantia legalmente atribuída a determinados créditos, mas cuja noção terá sido posteriormente adulterada pela legislação anterior à codificação “*qui a classé parmi les privilèges des droits d’origine diverse n’ayant pas forcément la même nature et ne possédant pas les caractères des privilèges véritables*”), significando hoje, não um direito real, mas antes “*un simple droit de préférence entre créanciers*”, isto é, o privilégio deixou de constituir um direito em

Em certo sentido, o direito de preferência constitui o núcleo central dos poderes conferidos ao titular de uma garantia real (podendo, no limite, falar-se numa identificação entre garantia e preferência, no sentido em que a primeira não existe sem a segunda),<sup>1521</sup> na medida em que a garantia sem preferência não se molda ao fim em vista do qual foi criada, isto é, atribuir uma prevalência ao seu titular no concurso com os demais credores do devedor.

Porém e ao contrário do que sucede a outras garantias, o *modus operandi* específico do penhor requer, para o exercício da preferência, o desapossamento do devedor e a permanência desse desapossamento, pelo que regra da prioridade temporal de constituição, como critério de solução do conflito entre uma pluralidade de penhores sobre o mesmo bem, significa que prevalecerá aquele em que aquele o empossamento do credor se verificou primeiro (caso a coisa tenha sido entregue a terceiro, contará a data a partir do qual este último aceitou deter o bem por conta de cada um dos diversos credores)<sup>1522</sup> ou pela data de cumprimento da formalidade imposta por lei para o surgimento do penhor (a notificação ao devedor do crédito recebido em garantia, no penhor de créditos, ou pela inscrição no competente registo, para os penhores submetidos a essa exigência).

Mesmo no âmbito dos processos de insolvência, o desapossamento do devedor deve manter-se até à data da reclamação de créditos (art.º 128.º, n.º 1, alínea c), do CIRE, que obriga os credores, no momento da reclamação, a demonstrar o carácter garantido do seu crédito – cfr. art.º 47.º, n.º 4, alínea a), do mesmo Código), pois, caso contrário, a garantia terá de considerar-se extinta e o crédito amputado de preferência.

No que especificamente respeita ao penhor de créditos e em caso de conflito com uma cessão do mesmo crédito, aquele prevalecerá se notificado ou aceite pelo devedor antes da cessão (adquirindo o cessionário o crédito onerado com o penhor), cedendo perante a cessão no caso inverso (caso em que se estará perante a cessão de um crédito alheio, na medida em que o empenhador já não era proprietário no momento da concessão da garantia).<sup>1523</sup>

---

sim mesmo, para passar a ser uma qualidade inerente, seja a um direito de crédito, seja a um direito real, traduzindo-se no facto de colocar “*la créance dont il est l’accompagnement avant les autres de même espèce*”, mas sem modificar a natureza do direito a que se adicionam (ou seja, num direito de preferência, de modo que “*La préférence reconnue au gagiste est l’effet direct et nécessaire de son droit réel de gage (...) le gagiste n’aurait d’autre droit que son droit réel de garantie et ce que la loi appelle “privilège” serait simplement la préférence résultant de ce droit, au profit du gagiste vis-à-vis des autres créanciers sur le prix du meuble donné en gage*”).

<sup>1521</sup> Esta questão é particularmente relevante, por exemplo, em Itália, País no qual a lei faz depender a preferência do credor pignoratício de determinados requisitos (nomeadamente da elaboração de um documento escrito), não necessários para a validade do penhor (que se alcança com o simples desapossamento do devedor), mas apenas para a sua oponibilidade. Neste contexto, surge a discussão entre aqueles que sustentam que sem preferência não faz sentido falar de garantia pignoratícia e, por outro lado, aqueles que defendem ser a preferência apenas um reforço do direito de penhor, que existirá mesmo sem esse atributo (acerca desta controvérsia, vide Barbara Cusato, ob. cit., págs. 201 a 204). Esta problemática manifesta-se igualmente em Espanha, afirmando mesmo Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 317 e segs., que “*el privilegio concede una situación de mejor derecho a la hora de ejecutar su patrimonio, de forma que, una garantía que no se encuentre acompañada de un privilegio (...) tendrá una ejecutividad más aparente que real*”. Uma vez que, entre nós, o requisito do desapossamento do devedor funciona como condição única de surgimento quer do direito de penhor e da preferência, a questão não se pode colocar nos mesmos termos, sendo, a nosso ver, inevitável que a constituição do penhor nos termos da lei implique a atribuição da preferência ao seu titular.

<sup>1522</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 52 e 53.

<sup>1523</sup> Neste sentido, Menezes Leitão, Cessão cit., págs. 398 e 399, justificando a sua posição com a aplicação do art.º 584.º (nos termos do qual, em caso de cessão do mesmo crédito a vários sujeitos, prevalecer a que primeiro for notificada ao devedor ou que por este seja aceite) ao penhor de créditos,

Cumpra, ainda, realçar que quando o penhor tenha sido constituído sobre um bem de terceiro, tal não impede a actuação da preferência do credor pignoratício, a qual, porém, se manifesta, não no confronto dos demais credores do devedor, mas sim dos demais credores do terceiro constituinte da garantia.<sup>1524</sup>

No plano prático e processual, essa preferência manifesta-se em sede de execução da garantia – intentada pelo próprio credor pignoratício ou por qualquer credor do mesmo devedor na qual seja penhorado o bem previamente empenhado – ao permitir que o preço obtido com a alienação do bem seja entregue, até ao montante do seu crédito, em primeiro lugar ao credor pignoratício.

Em alternativa, pode o titular da garantia pignoratícia solicitar que o objecto da garantia lhe seja, também em sede de execução, adjudicado em pagamento (art.º 675.º, n.º 2).

Esta preferência do credor pignoratício que promova a execução da sua garantia foi reforçada, na sequência da reforma da acção executiva de 2003, com a imposição de limites à reclamação em execuções alheias de créditos dotados de privilégios (mobiliários e imobiliários) gerais (art.º 865.º, n.º 4, do CPC),<sup>1525</sup> bem como, nos casos em que tal reclamação seja admitida, reservando uma percentagem do valor da alienação para o credor exequente (art.º 873.º, n.º 3, do CPC).<sup>1526</sup>

Contudo, este direito de preferência pode sofrer algumas limitações, mormente quando, em sede de concurso, o crédito pignoratício se enfrente com outros credores detentores de determinados privilégios mobiliários,<sup>1527</sup> sejam eles trabalhadores (art.º 333.º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho)<sup>1528</sup> o Fisco (art.º 736.º, n.º 1 e diversa legislação avulsa)<sup>1529</sup> e, particularmente, a Segurança Social (cfr. art.º 10.º, n.ºs 1 e 2, do

---

mesmo na ausência de uma remissão expressa constante do regime deste instituto, por entender que, quer a cessão, quer o penhor, constituem negócios de disposição sobre o crédito.

<sup>1524</sup> Destaca este aspecto Pace, ob. cit., pág. 17, nota 26.

<sup>1525</sup> De acordo com este preceito, não é admitida a reclamação por parte do credor com privilégio creditório geral, mobiliário ou imobiliário, quando a penhora tenha incidido sobre bem só parcialmente penhorável, nos termos do artigo 824.º, renda, outro rendimento periódico, ou veículo automóvel (alínea a)); quando, sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, a penhora tenha incidido sobre moeda corrente, nacional ou estrangeira, depósito bancário em dinheiro (alínea b)); ou, sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, este requeira precedentemente a consignação de rendimentos, a adjudicação ou a em dação em cumprimento, do direito de crédito no qual a penhora tenha incidido, antes de convocados os credores (alínea c)). Porém, de acordo com o n.º 6 do mesmo art.º 865.º, esta restrição não se aplica aos privilégios dos trabalhadores.

<sup>1526</sup> Segundo esta norma, a quantia a receber pelo credor com privilégio geral é reduzida até 50% do remanescente do produto da venda, deduzidas as custas e as quantias a pagar aos credores que devam ser graduados antes do exequente, na medida do necessário para o pagamento de 50% do crédito do exequente, até que este receba o valor correspondente a 250 UC (também esta limitação, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, não vale para os privilégios gerais dos trabalhadores).

<sup>1527</sup> Posteriormente à aprovação do Código Civil, assistiu-se a uma multiplicação dos privilégios creditórios mobiliários e imobiliários, sendo praticamente inviável enumerá-los todos – para uma resenha exhaustiva, eventualmente já desactualizada, vide o nosso *Dos privilégios creditórios cit.*, pág. 223 e segs..

<sup>1528</sup> Com a aprovação do Código do Trabalho de 2003 (tendo a solução sido mantida no Código de 2009, actualmente em vigor), o privilégio imobiliário de que gozam os trabalhadores foi convertido de geral em especial (incidindo apenas sobre o imóvel ou imóveis nos quais o trabalhador exerça a sua actividade), mantendo-se inalterada a natureza geral do privilégio mobiliário – acerca das razões que ditaram esta alteração, vide Miguel Lucas Pires, *A amplitude e a (in)constitucionalidade dos privilégios creditórios dos trabalhadores*, in *Revista Questões Laborais*, n.º 31, (2008), págs. 59 a 88.

<sup>1529</sup> O preceito citado no texto confere apenas um privilégio mobiliário geral para garantia dos créditos por impostos indirectos e dos directos (mas, quanto a estes, quanto a estes, apenas relativamente aos inscritos para cobrança no ano corrente na data da penhora, ou acto equivalente, e nos dois nos anteriores), sendo esta mesma garantia conferida, para assegurar o pagamentos destes tributos, pelos art.ºs 111.º do Código do Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e 108.º do Código do Impostos sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, enquanto para cobrança do imposto municipal sobre veículos (bem como das

Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Maio, actualmente transpostos para o art.º 204.º, n.ºs 1 e 2, do Código Contributivo da Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro),<sup>1530</sup> para não falar dos privilégios de direito marítimo consagrados na lei comercial (cuja manutenção em vigor é discutível).<sup>1531</sup>

Todavia e de acordo com as regras ditadas no Código Civil para o concurso dos créditos privilegiados com outros preferentes, quando aqueles sejam gerais cederão perante estes (cfr. art.º 749.º),<sup>1532</sup> enquanto que se forem especiais a respectiva graduação obedecerá ao critério da prioridade temporal (art.º 750.º).

Deste modo, a posição do credor pignoratício não será afectada pela existência de credores detentores de privilégios mobiliários gerais (para além dos já aludidos, vide os consagrados no art.º 737.º, n.º 1, alíneas a) a d)), podendo ceder perante privilégios mobiliários especiais,<sup>1533</sup> desde que estes se tenham constituído em momento anterior ao do penhor (art.º 750.º).<sup>1534</sup>

---

multas por falta de pagamento e reembolso das despesas de estacionamento e remoção – cfr. art.º 22.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 143/78, de 12 de Junho, alterado pelo art.º 36.º da Lei n.º 65/90, de 28 de Dezembro) e do imposto de circulação e camionagem (art.º 10.º do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 116/94, de 3 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 89/98, de 6 de Abril) foram criados privilégios mobiliários especiais, incidentes sobre o próprio veículo.

<sup>1530</sup> Depois do n.º 1 deste preceito dispor que os créditos da segurança social por contribuições, quotizações e respectivos juros de mora, gozam de privilégio mobiliário geral, a graduar nos termos do art.º 747, n.º 1, do Código Civil (o qual, ao estabelecer a graduação dos créditos com privilégio mobiliário entre si – e não face a outras garantias – manda pagar em primeiro lugar os créditos por impostos, com preferência, dentro destes, para os créditos estatais face aos das autarquias locais), o n.º 2 acrescenta que o dito privilégio prevalece sobre qualquer penhor, ainda que este seja de constituição anterior. Esta opção legislativa é fortemente criticada por Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral cit., págs. 9 e 10, por tornar o penhor uma garantia muitas vezes ilusória, na medida em que “*dado o carácter secreto do privilégio, nunca estará inteiramente certo que não exista já um crédito da segurança social sobre esse devedor. Por outro, o que é bastante pior, sabe que se o devedor/autor do penhor contrair dívidas à segurança social, facto que o credor pignoratício não controla, poderá em sede executiva (...) ver o seu crédito a não ser satisfeito ou a sê-lo só em parte*”. Prosseguindo, o Autor escreve que “*Do prisma de política legislativa, a opção é péssima. É certo que se protegem fortemente os créditos da segurança social, cuja boa saúde financeira é um bem de elevado valor (mas cuja tutela poderia ser obtida de outra forma). Porém, esse efeito é obtido à custa do penhor, sacrificando-se em grande parte a eficácia desta garantia real, uma vez que os operadores económicos só com as maiores cautelas irão recorrer à mesma. Provavelmente exigindo que o valor da coisa empenhada seja muito superior ao do crédito garantido (...), com os efeitos inerentes, dado o perigo do referido privilégio. E, no entanto, o penhor é uma garantia da maior importância para os agentes económicos obterem crédito. Debilitando-o, maiores dificuldades se criam para a concessão desse mesmo crédito e o seu preço, pois o risco superior terá que se reflectir na taxa de juro. Ora, sem crédito aumentam as dificuldades para as empresas, limita-se a sua capacidade de expansão e criação de emprego, fulcral para a segurança social. Tanto porque não tem que pagar subsídios de desemprego, como recebe contribuições que, de outra forma, não receberia. A criação de uma figura com estes contornos revela deficiências de conhecimento das realidades da vida económica e empresarial e acaba por gerar resultados opostos aos que se pretendem. É resultado de uma política legislativa míope*”.

<sup>1531</sup> Estas garantias, todas elas assumindo a configuração de privilégios mobiliários especiais encontram consagração legal nos art.ºs 574.º a 583.º do Código Comercial (o primeiro dos quais determina mesmo a prevalência sobre idênticas garantias consagradas na lei civil), embora a sua manutenção em vigor seja duvidosa, tendo em conta que o art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 47334, de 25 de Novembro de 1966 (que aprovou o Código Civil) determinou, com algumas ressalvas, o não reconhecimento futuro dos privilégios creditórios e das hipotecas legais não consagradas no Código Civil – defendendo a manutenção em vigor destas garantias, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 167; em sentido contrário, vide o nosso Dos privilégios creditórios cit., págs. 351 e 352.

<sup>1532</sup> Este preceito determina que os privilégios mobiliários e imobiliários gerais, cedem perante qualquer direito real de garantia constituído sobre os bens do devedor.

<sup>1533</sup> Para além dos privilégios mobiliários fiscais a que se fez referência, há que atender aos consagrados na lei civil, como o atribuído ao crédito por fornecimento de sementes, plantas, adubos, água ou energia para irrigação ou outros fins agrícolas (art.º 739.º, alínea a), incidindo sobre os frutos do respectivo

Todavia, o concurso de credores nem sempre se apresenta tão linear, uma vez que a lei, em certas ocasiões, manda graduar um privilégio mobiliário geral antes de um especial (vide, por exemplo, o que sucede com o privilégio mobiliário geral dos trabalhadores, que o art.º 333.º, n.º 2, alínea a), do Código do Trabalho manda antepor aos privilégios, gerais e especiais, enumerados no art.º 747.º) e este último, por seu turno, pode ser de constituição anterior à do penhor (prevalecendo, por isso, sobre este, nos termos do art.º 750.º):<sup>1535</sup> quando tal suceda, a anteposição do privilégio geral ao especial poderá originar, por arrastamento, a graduação do privilégio geral antes do penhor, ao arrepio do disposto no art.º 749.º.<sup>1536</sup>

Mais grave ainda, os citados preceitos respeitantes à Segurança Social, para além de atribuírem privilégios creditórios, contêm normas específicas relativamente à respectiva graduação no confronto com outros créditos preferentes (afastando, assim, as disposições civilísticas supra mencionadas),<sup>1537</sup> mandando graduar o crédito previdencial munido de privilégio mobiliário geral antes de qualquer penhor, mesmo que este seja de constituição anterior,<sup>1538</sup> solução esta que poderá configurar uma inconstitucionalidade.<sup>1539</sup>

---

prédio), ao crédito da vítima de um facto que implique responsabilidade civil (art.º 741.º, o qual recai sobre a indemnização devida pelo segurador da responsabilidade em que o lesante haja incorrido) e ao crédito do autor de obra intelectual, fundado em contrato de edição (incidente sobre os exemplares da obra em poder do editor – art.º 742.º).

<sup>1534</sup> Cedendo, contudo, sempre perante os créditos por despesas de justiça, os quais, apesar de munidos de um privilégio mobiliário especial, prevalecem sobre quaisquer outros da mesma igualha e, ainda, sobre outras garantias, mesmo que estas sejam anteriores (cfr. art.º 738.º e 746.º).

<sup>1535</sup> Na eventualidade de o penhor ser de constituição anterior à do privilégio mobiliário especial, o concurso afigura-se bem mais simples, porquanto a garantia pignoratícia ocupará o lugar cimeiro, seguido do privilégio geral e, por fim, do especial.

<sup>1536</sup> Acerca desta problemática, vide o nosso *Dos privilégios cit.*, pág. 369 e segs., no qual defendemos que, neste caso, se deverá indagar se algum dos privilégios, por aplicação das regras dos art.ºs 749.º e 750.º prevalece sobre o penhor, assim concluindo que os gerais deverão ceder perante a garantia pignoratícia, ainda que tal signifique uma subversão da escala de graduação recíproca dos privilégios em concurso (pois a solução contrária violaria frontalmente o art.º 749.º).

<sup>1537</sup> A este propósito, Pestana de Vasconcelos, *Penhor, privilégio mobiliário geral cit.*, pág. 4, alude à natureza duplamente excepcional deste privilégio, “tanto porque prevalece sobre os penhores posteriormente constituídos, à semelhança dos privilégios especiais, quando é um mero privilégio geral, como, em particular, dado que atinge igualmente essas garantias reais, quando elas sejam de constituição anterior, o que não sucede nem no regime dos privilégios especiais”.

<sup>1538</sup> Com efeito, em caso de concurso entre um crédito pignoratício e um crédito garantido pelo privilégio mobiliário geral da Segurança Social, não obstante a censura que esta solução possa merecer, a graduação não poderá deixar de ser a preterição do primeiro face ao segundo (quanto mais não seja em razão da natureza especial do Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Maio, relativamente ao art.º 749.º, regulando ambas as normas o concurso entre um privilégio mobiliário geral e outras garantias sobre os mesmos bens). Contudo, a resposta complica-se quando o concurso se produza entre um crédito pignoratício, um crédito da Segurança Social dotado de privilégio mobiliário geral e outros créditos – mormente fiscais ou laborais (cuja respectiva normas de criação determinam a graduação preferente face aos créditos previdenciais) – munidos de semelhante garantia, sendo detectáveis três posições distintas: uma primeira, opta por graduar em primeiro lugar os créditos pignoratícios, seguidamente os laborais ou fiscais e, por último, os da Segurança Social (aplicando, deste modo, o art.º 749.º, mas violando o n.º 2 do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 103/80); uma outra, passa por antepor o crédito previdencial ao pignoratício, graduando antes de qualquer deles os créditos fiscais ou laborais (desta foram dando cumprimento ao n.º 2 do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 103/80, mas não aplicando o art.º 749.º); finalmente, uma outra solução reside em graduar na posição cimeira o crédito da Segurança Social, seguido do crédito pignoratício e, por último, os créditos laborais e fiscais (cumprindo o disposto no art.º 749.º, mas recusando a aplicação das regras especiais que ditam a prevalência dos créditos laborais e fiscais sobre os previdenciais). Conforme escrevemos noutra sede e sem prejuízo de, *de iure condendo*, defendermos a revogação deste n.º 2 do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 103/80 (passando, então, a graduação a obedecer, essencialmente, ao disposto no art.º 749.º, o que significa colocar em posição cimeira o crédito pignoratício, seguido dos créditos laborais e

Esta situação é, aliás, comum a outros ordenamentos, nos quais se detecta igualmente a prevalência de outras garantias – especialmente privilégios creditórios, gerais ou especiais – sobre o penhor.<sup>1540</sup>

Refira-se, aliás, que o panorama até se agrava, na perspectiva do credor pignoratício, no domínio falimentar, em razão da inexistência dos aludidos limites à reclamação dos respectivos créditos por parte dos credores privilegiados, em especial daqueles cuja respectiva garantia não se extinga com a declaração de insolvência (art.º 97.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - CIRE).<sup>1541</sup>

---

fiscais e, por último, o crédito da Segurança Social), advogamos, à luz do direito constituído, que a melhor solução “*será a de colocar em primeiro lugar os créditos do Estado, seguindo-se os da Segurança Social e, por último, o crédito garantido por penhor: só dessa forma se assegurará o integral cumprimento dos n.ºs 1 e 2 do 10.º do Decreto-Lei n.º 103/80, pese embora desse modo se estabeleça um desvio ao regime plasmado no art.º 749.º do CC*” – cfr. Miguel Lucas Pires, *Dos privilégios cit.*, pág. 302.

<sup>1539</sup> Sustentando a inconstitucionalidade deste preceito, por determinar a prevalência de um privilégio mobiliário geral sobre um penhor, vide os nossos *Dos privilégios cit.*, págs. 132 a 134 e A amplitude e a (in)constitucionalidade dos privilégios creditórios dos trabalhadores, in *Questões laborais*, n.º 31, págs. 74 a 76, Pestana de Vasconcelos, *A cessão cit.*, págs. 895 e 896 e *Penhor e privilégio mobiliário geral cit.*, págs. 1 a 22. Na jurisprudência, defende a inconstitucionalidade o Acórdão da Relação do Porto de 9/11/2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e, em sentido contrário, vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 688/98 (ainda que com o voto de vencido da Conselheira Maria dos Prazeres Beleza). Relativamente à fundamentação deste juízo de inconstitucionalidade, este último voto de vencido ancora-a na violação dos princípios da confiança (uma vez que o exequente corre o sério de risco de ver o seu crédito ultrapassado por outros que desconhece – e não tem como conhecer, em razão da natureza oculta dos privilégios – acabando por, não raras vezes, nada conseguir obter em sede de execução, para além de a preferência concedida à segurança social não ter em conta a prioridade temporal relativa da constituição dos créditos em confronto, não possuir limites temporais e não ser objecto de publicidade) e da proporcionalidade (considerando que a garantia outorgada à segurança social é absoluta, não consentindo uma adequada ponderação dos interesses dos credores pignoratícios preteridos no concurso, os quais serão sempre e inexoravelmente lesados, sejam quais forem as circunstâncias do caso), enquanto Pestana de Vasconcelos, *Penhor, privilégio mobiliário geral cit.*, pág. 19 e segs., prefere sustentar tal juízo apenas no princípio da confiança (pois, embora existam outras garantias ocultas – v.g. direito de retenção - outros casos de prevalência sobre garantias anteriormente constituídas – v. art.º 751.º, para os privilégios imobiliários especiais - e sem limites temporais – como sucede com tantos outros privilégios creditórios -, o facto é que “*a conjugação destes três elementos numa única figura, como é o caso, atenta claramente contra o princípio da confiança*”), acrescentando ainda que este juízo de inconstitucionalidade não é afectado pela supervenientes alterações ao regime da acção executiva (no sentido de limitar a reclamação de créditos, em execuções alheias, por parte de credores titulares de privilégios gerais) ou a aprovação do regime do penhor financeiro (mais favorável, pelo menos a nível falimentar, para o credor pignoratício), porquanto “*deste novo quadro legislativo resulta somente que são em menor número os casos em que os créditos garantidos com um penhor concorrerão com créditos que beneficiem de privilégio mobiliário geral. Mas eles continuam a poder verificar-se. E não é por serem menores as possibilidades de concurso que isso afecta a inconstitucionalidade desta disposição*”.

<sup>1540</sup> Quanto ao ordenamento francês antes da reforma de 2006, vide, por todos, Legeais, *Sûretés* 1999 cit., pág. 262, Simon Quincartlet, *ob. cit.*, págs. 50 e 51 (embora ressalvando que o penhor prevalecerá sobre todos os privilégios gerais – excepto o relativo às despesas de justiça – cedendo perante diversos privilégios especiais, nomeadamente os de natureza fiscal e laboral) e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 290 (alertando para o facto de, caso o devedor se encontre em processo de falência, o crédito pignoratício ser ainda postergado por outros créditos). Em Espanha, pode salientar-se, entre outros, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, págs. 320 e 321, de acordo com o qual os crédito garantidos por penhor cedem perante os super privilegiados dos trabalhadores (no mesmo sentido, Gómez-Salvago Sánchez, *ob. cit.*, pág. 509) e os previstos nos tratados internacionais a que Espanha tenha aderido, nomeadamente os consagrados no Tratado da União Europeia. O mesmo se passa no direito italiano onde, de acordo com Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 270, o penhor prevalece sobre qualquer privilégio geral ou especial, cedendo apenas quanto ao privilégio especial que tutela as despesas de justiça (vide também Ciccarello, *ob. cit.*, págs. 700 e 701 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 303).

<sup>1541</sup> De acordo com esta norma, extinguem-se, com a declaração de insolvência, os privilégios creditórios gerais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social constituídos mais de 12 meses antes da data do início do

Há até quem, de modo mais mitigado, afirme que o direito de preferência não significa que todos os credores concorrentes devam respeitar a prelação do credor pignoratício, já que esta não pode obrigar aqueles que gozem de direitos hierarquicamente superiores.<sup>1542</sup>

## 9.2 - Obrigações do credor pignoratício<sup>15431544</sup>

### 9.2.1 - Restituição da coisa após o pagamento do crédito

Nos termos da alínea c) do art.º 671.º, o credor pignoratício é obrigado a, uma vez extinta a obrigação garantida, restituir o bem empenhado<sup>1545</sup> ao seu proprietário<sup>1546</sup>

---

processo de insolvência (alínea a); os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social vencidos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência (alínea b)). Extinguem-se igualmente as hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social (alínea c)) e, se não forem independentes de registo, as garantias reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórios de créditos sobre a insolvência e já constituídas, mas ainda não registadas nem objecto de pedido de registo (alínea d)), bem como as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórios dos créditos havidos como subordinados (alínea e)). Para além disso, o art.º 98.º, n.º 1, do mesmo Código dispõe que os créditos não subordinados do credor a requerimento de quem a situação de insolvência tenha sido declarada passam a beneficiar de privilégio creditório geral, graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a 500 UC. Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral cit., pág. 8 e segs., a respeito do citado art.º 97.º, n.º 1, do CIRE, assegura que, embora curto, o período de tempo em que os créditos privilegiados mantêm a garantia, “*consiste num período crucial no que toca ao não pagamento de dívidas, porquanto corresponde a uma fase em que o sujeito começa a ter dificuldades que conduzirão depois à insolvência. Esta surge, em regra, depois de um processo anterior de deterioração progressiva das condições económico-financeiras do devedor. Portanto, será nessa altura que, com maior probabilidade, não cumprirá*”.

<sup>1542</sup> Neste sentido, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 43 e 44, apontando como exemplo paradigmático a figura dos privilégios creditórios, entendendo até ser a existência deste instituto “*que explica en buena medida la proliferación de las garantías, y en especial las reales, siendo un medio de esquivar los derechos de preferencia atribuidos por la ley a los acreedores privilegiados*”.

<sup>1543</sup> Em termos similares, o art.º 1435.º do CCB enumera os deveres do credor pignoratício, elenco do qual constam a obrigação de custodiar o bem recebido em garantia como depositário (devendo indemnizar o proprietário da eventual perda ou deterioração de que seja culpado, podendo este montante ser compensado com a da obrigação garantida), de defender a sua posse (com o ónus de informar o proprietário das circunstâncias que motivem o recurso às acções possessórias), de imputar o valor do frutos de que se apropriar nas despesas de guarda e de conservação (e, sucessivamente, nos juros e capital da obrigação principal), de restituir o bem em caso de pagamento da dívida (com os respectivos frutos e acessões – segundo Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 60, “*A restituição dos acessórios ou fructos é obrigatória, ainda quando o principal tenha perecido por caso fortuito (...). Se a conservação dos fructos tornar-se impossível, como, por exemplo, tratando-se de coisas frugíferas, o credor deverá vendê-las, imputando o producto da venda primeiro aos juros e depois ao capital*”) e de entregar ao empenhante um eventual excedente do preço, em caso de venda do bem, relativamente ao crédito garantido.

<sup>1544</sup> Simon Quincaret, ob. cit., pág. 485 e segs., discorda que estas obrigações brotem do contrato de penhor, afirmando antes que a fonte desses deveres se encontra na lei (“*ces obligations naissent des dispositions légales régissant le gage sous l’impulsion combinée d’un fait juridique, la mise en possession et d’un acte juridique, le contrat de gage*”), embora reconheça que o contrato de penhor contribua para desencadear a aplicação do regime legal (“*le contrat de gage contribue dans une certaine mesure à engendrer les obligations du gagiste, puisque dans le gage conventionnel c’est lui qui, joint au fait de la possession, déclenche tout le mécanisme de l’institution*”).

<sup>1545</sup> Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 266 e Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 138, sugerem que a obrigação de restituição abrange, além do bem originariamente empenhado, as acessões e os acessórios – incluindo os frutos – que esse bem tenha produzido, (salientando este último Autor que,

ou, dito de outro modo, o constituinte da garantia não pode exigir essa devolução antes da extinção do débito principal.<sup>1547 1548</sup>

Com efeito, dado o carácter acessório da garantia, uma vez extinta a obrigação assegurada, a detenção do bem por parte do credor – em que se consubstancia a garantia pignoratícia - carecerá de fundamento jurídico.<sup>1549</sup>

Tendo o bem sido confiado a terceiro para que este o guarde, sobre ele impondrá a obrigação de restituição e, correspondentemente, o direito de reter o bem até integral pagamento do crédito garantido.<sup>1550</sup>

---

no caso dos frutos, a iminência da sua perda poderá aconselhar à sua venda), enquanto Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 112, falam da obrigação de restituir coisa com todos os seus acessórios, seja os já existentes à data do contrato de penhor, seja os posteriormente recebidos.

<sup>1546</sup> No direito alemão, no qual tal dever de restituição encontra igualmente guarida (§1223 do BGB), Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1518 a 1520, esclarecem, contudo, que tal dever de restituição ao empenhante cede perante a acção de reivindicação exercida pelo verdadeiro proprietário (sempre que este não tenha consentido na constituição da garantia), pelo que nesta hipótese o bem deverá ser restituído a este último e não àquele.

<sup>1547</sup> O art.º 2794.º, n.º 1, do CCI, o art.º 2082.º, n.º 1, do CCF (anterior à reforma de 2006) e o art.º 1870.º do CCE adoptam esta segunda perspectiva, dispondo que o empenhador não poderá exigir a restituição do penhor senão depois do integral pagamento do capital, dos juros e das despesas relativas ao débito e ao penhor (como bem notam Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 104 e Guillouard, ob. cit., pág. 164, a norma em questão deve ser igualmente aplicável quando a obrigação garantida se extinga por qualquer outro meio além do pagamento - tendo a lei feito referência apenas a este último meio por ser o mais frequente), muito embora alguns restrinjam o leque das despesas abrangidas por tais normas (assim, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 554 e 555, considera que as despesas em questão são apenas as necessárias à conservação do bem). Já o n.º 2 dos mesmos preceitos – que não encontra paralelo na nossa legislação – atribui, se o penhor tiver sido concedido pelo devedor, um direito de retenção ao credor relativamente a outro crédito que este possua contra o mesmo devedor, desde que este crédito tenha surgido depois da constituição do penhor e vencido antes do pagamento do crédito pignoratício inicialmente contratado. Já o §1223 do BGB dispõe que o credor pignoratício deverá devolver o objecto empenhado ao constituinte, após a extinção do penhor (n.º 1), acrescentando que o constituinte pode exigir a restituição contra a satisfação do credor pignoratício, logo que o devedor esteja habilitado a cumprir a prestação (n.º 2).

<sup>1548</sup> Para o efeito, o proprietário do bem empenhado dispõe da acção de reivindicação, bem como uma eventual acção para ressarcimento dos danos causados ao bem empenhado por culpa do credor, sendo esta última uma acção pessoal que prescreve no prazo ordinário (20 anos – art.º 309.º) e a acção de reivindicação, em princípio, imprescritível (contra, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 112 e 113, argumentando que a acção de reivindicação não sobrevive à acção de restituição, pois, verificando-se este último condicionalismo, a acção de reivindicação não poderá surtir efeito porquanto o constituinte não poderá provar que o antigo credor esteja sujeito à obrigação de restituição, uma vez que a acção de restituição já se havia extinto). Já Troplong, ob. cit., pág. 126, sustenta que a acção de restituição do bem empenhado não se encontra sujeita a prescrição (por permanecer imutável o título que fundamenta a posse do credor, isto é, o direito real de garantia), excepto se o proprietário devedor, após a extinção do crédito garantido, não recuperar o bem (pois esta extinção faz cessar aquele título, pelo que o proprietário apenas poderá reclamar a devolução do bem de acordo com as acções ordinária de carácter pessoal, sujeitas por isso ao prazo normal de prescrição). Por seu turno Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 288, sustenta que o empenhante dispõe de dois meios alternativos para requerer a devolução do bem: uma acção de natureza contratual, correspondente à acção pignoratícia directa do direito romano (a qual deverá ser proposta no prazo de 10 anos a contar da data de extinção do penhor); e, por outro lado, a acção de reivindicação (uma vez que cessou o título por força do qual o credor pignoratício tinha o direito de manter a posse do bem), que é imprescritível (embora admita a usucapião a favor do credor pignoratício, desde que este, abandonando o seu ânimo de detentor precário do direito de propriedade, comece a possuir *animo domini*, muito embora aceite que tal inversão possessória não se pode ter como verificada automaticamente como simples consequência da extinção da garantia).

<sup>1549</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 553.

<sup>1550</sup> Assim Protetfí, ob. cit., pág. 219 a 221 (citando, a este respeito, o Acórdão da Corte de Apelo de Bolonha de 23/7/1955, no qual se exime o credor pignoratício deste dever, considerando que tal constituiria um caso de responsabilidade sem culpa, a qual apenas existirá quando expressamente prevista pelo legislador, o que não se verifica neste contexto) e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1882



Naturalmente que se o bem empenhado se encontrar em poder de terceiro, a obrigação de restituição impenderá sobre os seus ombros, sendo contra este que o proprietário do bem deverá intentar, se for caso disso, as correspondentes acções.<sup>1551</sup>

Este dever poderá, inclusivamente, ser entendido como o mais típico do contrato de penhor, uma vez que liquidado o crédito principal - ou extinta, de outro modo a obrigação garantida – não subsiste qualquer fundamento para o bem permanecer em poder do credor pignoratício.<sup>1552</sup>

Todavia, a existência desta obrigação é contestada por alguns, com o argumento que, após a extinção da dívida, o constituinte da garantia dispõe unicamente do poder de pretender a devolução.<sup>1553</sup>

Este dever de restituição tem por objecto o mesmo bem recebido em garantia pelo credor, mas, sendo este um bem fungível, será legítimo admitir que aquele se isenta da sua responsabilidade devolvendo outro da mesma qualidade e quantidade.<sup>1554</sup> O mesmo se poderá sustentar relativamente aos bens perecíveis, sendo o dever de restituição cumprido através da devolução da soma em dinheiro resultante da alienação daqueles<sup>1555</sup> ou de outros do mesmo valor e espécie, assumindo esta obrigação contornos específicos no penhor de alguns bens incorpóreos.<sup>1556</sup>

---

(entendendo que o terceiro “*no es titular del derecho real de prenda sino depositario de la misma que como tal tiene la obligación de conservarla, retenerla por lo tanto, en tanto no sea reclamada por quien tiene derecho a la devolución, cuya concreción depende dependerá del cumplimiento o no de la obligación principal*”).

<sup>1551</sup> Assim, expressamente, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 135.

<sup>1552</sup> Neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 288 e Ciccarello, ob. cit., pág. 698. Diversamente, Montel, Pegno cit., pág. 785, sustenta que, extinto o penhor, desaparece qualquer justificação para a detenção do bem, pelo que o credor carece de legitimidade para repudiar as acções intentadas pelo constituinte da garantia (o que seria confirmado pela ausência de consagração legal da obrigação de devolução do bem empenhado após a extinção da obrigação, ao contrário do que sucede com outros contratos, como o depósito).

<sup>1553</sup> É o caso de Maiorca, ob. cit., pág. 239 e segs., assegurando que o credor pignoratício (bem como aqueles que tenham constituído uma garantia para assegurar uma dívida alheia) não se assume como credor do constituinte para a eventualidade de cumprimento da obrigação garantida, como se comprova pela circunstância de “*il potere di chiedere la restituzione del pegno (...) spetta anche a persone stranee al rapporto, terzi acquirenti successivi della cosa vincolata in garanzia*”: em suma, verificando-se a ausência de uma causa legítima de manutenção da posse por parte do credor, este fica sem dispor dos meios destinados à defesa dessa posse, pelo que “*diventano attivi ed efficienti i poteri che, durante il vincolo, risultarono in forza di leggi sospesi (...). Prescindendo dall’essere o meno proprietario, il costituente potrà – ove ne ricorrono gli estremi – richiedere il possesso della cosa mediante azione possessorie (...). Ma il potere che principalmente spetta al costituente (anche se non proprietario) è un generale potere di chiedere la restituzione per indebito. Ciò che non è dovuto è da restituirsì. Non è già che nel periodo in cui dura il vincolo la cosa sia dovuta, e cessi di essere dovuta in seguito. Il vincolo importa solo una soggezione reale ed è presupposto per cui la legge sospende il potere di ripetizione*”.

<sup>1554</sup> Assim, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 5444, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 267, Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 459, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 261 e Théry, ob. cit., pág. 300, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 70 (advertindo que a avaliação deverá acontecer no momento do pagamento) e Weil, ob. cit., pág. 102 (criticando aquele momento da avaliação, por poder conduzir a que o credor seja forçado a devolver um montante superior ao preço de venda por ele recebido). Contra, Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 184, por entender que esta solução postula uma transferência da propriedade incerta, devendo o penhor de bens fungíveis ser tratado como um penhor comum e Montel, Pegno cit., pág. 786, afirmando não poder o credor devolver qualquer outro bem que não o recebido em garantia, ainda que de qualidade, quantidade e valor equivalentes.

<sup>1555</sup> Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., págs. 68 e 70, alertando para o facto de o valor do bem restituído dever ser avaliado no momento da extinção do penhor, o que poderá obrigar o credor a entregar uma quantia superior ao preço de venda por ele recebido, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 543, contestando também a forma de avaliação seguida pela jurisprudência – valor dos bens alienados no momento da restituição – considerando-a adequada apenas quando a faculdade de substituição houvesse sido acordada entre as partes (devendo o credor restituir uma quantidade de bens equivalente à recebida

O dever em análise pode, sob uma outra perspectiva, ser encarado como um direito do credor pignoratício de reter a coisa empenhada enquanto sobreviver a obrigação assegurada com o penhor<sup>1557</sup> bem como de rejeitar qualquer pretensão destinada a obter a devolução desse mesmo bem.<sup>1558</sup>

Atendendo às considerações efectuadas a respeito da extensão do crédito garantido, este poder do credor subsiste enquanto não forem liquidados os acessórios da obrigação principal abrangidos pelo penhor (como os juros)<sup>1559</sup> e, conforme decorre do já analisado princípio da indivisibilidade da garantia, em caso de cumprimento parcial da obrigação, o credor não será obrigado a restituir uma parcela proporcional do bem empenhado.

Deste modo, reforça-se a função de garantia do penhor, porquanto, por um lado, se assegura ao credor pignoratício que até ao momento da execução o constituinte não entrega o bem a terceiro e, por outro, se exerce uma pressão sobre o devedor para que este cumpra integralmente e, assim, possa recuperar o bem onerado.

Tal direito de retenção do credor pignoratício, contudo, poderá enfrentar algumas limitações.

Com efeito, se, porventura, outro credor do devedor (ou do terceiro empenhante), pretender a apreensão do bem empenhado em execução por si promovida, a não subtração do credor pignoratício ao concurso de credores impõe que este seja forçado a desapossar-se do bem (para efeitos de alienação executiva), invocando a sua preferência naquela execução.<sup>1560</sup>

---

ou o valor dessa quantidade determinado na data da execução da obrigação), mas não para os casos em que tal substituição não tivesse sido prevista, hipótese em que os direitos das partes se reportam, por força de sub-rogação legal, sobre o preço de venda imposto pelas circunstâncias, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 267 e *Piedlièvre, Les sûretés cit.*, pág. 184 (este último, apesar de ser contrário a esta solução, admite ser a mesma aceite pela jurisprudência).

<sup>1556</sup> Lisanti-Kalczinsky, *ob. cit.*, pág. 166 e segs., destaca como no penhor de bens incorpóreos, a obrigação de restituição consiste na obrigatoriedade de devolução ao constituinte de todas as prerrogativas sobre o bem bloqueadas por força da constituição do penhor.

<sup>1557</sup> No direito brasileiro, Sílvio Rodrigues, *ob. cit.*, pág. 350, destaca que o direito de retenção do credor se mantém, não obstante a extinção da obrigação garantida, até ser indemnizado das despesas justificadamente realizadas com o bem onerado ou do prejuízo decorrente dos vícios desse mesmo bem (art.ºs 1433.º e 1434.º).

<sup>1558</sup> Excepto se o credor, apesar de não integralmente pago, tiver acordado na devolução do bem empenhado antes do pagamento do seu crédito ou se tiver aceite outra garantia em troca - Guillaouard, *ob. cit.*, pág. 164.

<sup>1559</sup> Vide, por todos, Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 523. Contra, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 131, entendendo que o credor pignoratício poderá reter o bem empenhado para garantia do pagamento das despesas por si efectuadas para conservação do bem, não através do penhor (que não garante as mesmas), mas apenas se preenchidos os requisitos legais do direito de retenção.

<sup>1560</sup> Reconhecem esta limitação do direito de retenção Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, págs. 164, 165, 191 e 192 (concluindo que a lei não deverá fazer referência a um possível direito do credor de recusar a entrega da coisa enquanto não for pago), Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, *ob. cit.*, pág. 175 (“*A existência desta garantia (...) não torna os bens empenhados impenhoráveis para os demais credores. O credor pignoratício não é o único credor a poder promover a liquidação dos bens empenhados, porque eles não deixam de fazer parte do património do devedor*”), Pestana de Vasconcelos, *Penhor, privilégio mobiliário geral cit.*, págs. 10 a 12 (pelo menos *a contrario*, uma vez que considera, no domínio do penhor financeiro, vigorar uma excepção à regra geral, que aponta no sentido da impossibilidade de penhorar os bens previamente empenhados ao abrigo daquele regime excepcional) e, na jurisprudência, o Acórdão do STJ de 14/1/1993, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (“*O penhor não confere ao credor pignoratício o direito à exclusiva execução da coisa empenhada. Nada impede que outros credores do dono dela promovam execução sobre a coisa, visto que esta continua a ser propriedade do autor do penhor e responde pelas suas dívidas, embora com a preferência do credor pignoratício que pode intervir na execução, tal como os demais credores com garantia real, e pagar-se pelo produto da execução, com a preferência derivada do seu direito de penhor*”) e o Acórdão da Relação de Coimbra de

De facto e segundo uma dada perspectiva, permanecendo o bem em questão na propriedade do constituinte da garantia, encontra-se integrado na garantia geral que o património do devedor oferece a todos os seus credores, a estes assistindo legitimidade para executar tais bens.<sup>1561</sup>

---

13/4/199, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (no sumário do qual se pode ler que “A existência do penhor não torna os bens empenhados - que continuam a ser propriedade do autor da garantia - impenhoráveis para os demais credores, não sendo o credor pignoratício, embora preferente no concurso com aqueles pelo valor de tais bens, o único a poder mover a sua liquidação, podendo até a iniciativa da penhora pertencer a qualquer um deles. Não pode, assim, o senhor Juiz inviabilizar a penhora do credor exequente - que não pignoratício - sobre os bens antes empenhados”). Noutros ordenamentos, o mesmo entendimento é apoiado por Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 110, afirmando que “il diritto di ritenzione non si può far valere nei confronti degli altri creditori, nei cui rapporti è sostituito, se mai, dal diritto di prelazione” e págs. 138 a 140 (esclarecendo que os terceiros poderão penhorar o bem empenhado, mesmo que o credor pignoratício já tenha iniciado o processo executivo, mas apenas até ao momento da venda do mesmo bem, pois a partir desse momento podem penhorar apenas o produto da alienação), Montel, Pegno cit., pág. 787, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 224, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 101, Guillouard, ob. cit., pág. 156, Troplong, ob. cit., págs. 122 e 123 e Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2146 (entendendo que o credor pignoratício, não obstante o seu direito de retenção, não pode opor tal retenção ao embargo deduzido por um outro credor do constituinte da garantia, podendo apenas fazer valer o seu direito de preferência, mesmo que o crédito garantido ainda não se encontre vencido. Contra, embora em termos não integralmente lineares, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 109, “Il peut opposer le droit de rétention à tous les titres qui voudraient revendiquer ou saisir le meuble, notamment aux autres créanciers du propriétaire du gage: sans doute ces derniers conservent en principe le droit de saisir et de faire vendre l’objet donné en gage, mais le créancier gagiste peut exiger un paiement préalable à tout dessaisement”, Simler e Delebecque, Droit civil cit., págs. 457 e 460, afirmando que a posse do credor pignoratício poderá ser por ele oposta a terceiros que pretendam obter a penhora do bem previamente empenhado, Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 62 (admitindo que o credor oponha o seu direito de retenção a qualquer penhora destinada a uma posterior venda do bem e até ao proprietário não devedor que invoque uma cláusula de reserva de propriedade), Ancel, ob. cit., pág. 114 (reconhecendo que, em razão da amplitude desse direito de retenção, se torna desnecessária a atribuição de um direito de sequela ao credor pignoratício), Aynès e Crocq, ob. cit., pág. 204, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., págs. 66 e 67 (indicando ser essa a posição da jurisprudência) e, em termos mais amplos, Piedlièvre, Les sûretés cit., págs. 181 e 182 (admitindo mesmo que o direito de retenção do credor pignoratício possa valer contra terceiros adquirentes e credores privilegiados do empenhador), Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 274 a 276 (concluindo ser o direito de retenção do credor pignoratício oponível *erga omnes* e, muito em particular, aos credores privilegiados do devedor), Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 541 e Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 156 (para quem, apesar de os terceiros poderem executar e alienar o bem onerado, mas tais actos alienação não serão oponíveis ao credor pignoratício retentor, o qual poderá recusar a entrega do bem enquanto não for liquidado o montante que lhe é devido (de modo que o direito de retenção funcionará como um meio de pressão, não apenas face ao devedor, mas mesmo relativamente a terceiros, na medida em que estes apenas poderão exercer os seus direitos relativamente ao bem empenhado depois de satisfazerem o credor pignoratício). Já Weil, ob. cit., págs. 90 e 91, admite que os outros credores possam penhorar e vender o bem anteriormente dado em penhor, mas podendo o credor pignoratício exigir o pagamento do seu crédito antes do ser desapossado do bem.

<sup>1561</sup> Assim, Salvador da Costa, ob. cit., pág. 31. Negam que o poder o credor pignoratício possa lançar mão da figura do embargo de terceiro contra o arresto ou penhora da coisa empenhada em execução movida por terceiro contra o proprietário desta, os Acórdãos do STJ de 18/2/1966, de 21/11/1979, de 28/1/1983 e de 24/1/1984, (todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), excepto o primeiro, publicado no BMJ n.º 154, 1966, pág. 322 e segs.), da Relação de Lisboa de 23/4/1979 (in CJ 1979, I, pág. 672 e segs.) da Relação do Porto de 26/9/1996 (in CJ 1996, IV, pág. 199 e segs., no qual se afirma que o penhor apenas confere ao credor um direito de preferência, não tornando impenhorável o bem onerado, não impedindo por isso a sua penhora e posterior alienação em execução promovida por terceiro), da Relação de Évora de 26/1/1983 (in BMJ n.º 325, pág. 618) e do Tribunal Central Administrativo de 26/1/1999 (in BMJ n.º 483, pág. 297), embora com motivações diversas (ora alegando não advir nenhum prejuízo da liquidação dos bens empenhados no outro processo, porquanto a garantia passa a incidir sobre o produto dessa liquidação; ora defendendo que o credor pignoratício não tem posse do direito de propriedade do bem empenhado e, por isso, é apenas possuidor em nome alheio do direito de quem constituiu a penhora; ora sustentando que a penhora não ofende a posse do credor pignoratício; ora alertando para o facto de a

Ou seja, este direito de retenção do credor pignoratício apenas seria invocável relativamente ao devedor (ou, eventualmente, também face a terceiros que adquiram o seu direito directamente do constituinte). mas não no confronto com terceiros (nomeadamente com outros credores do mesmo devedor), caso este em que apenas se poderá socorrer do seu direito de preferência.<sup>1562</sup>

A este entendimento poderá contrapor que, sendo a faculdade de reter o bem empenhado um dos poderes legalmente atribuídos ao credor pignoratício uma vez percebida a garantia, aquela retenção, à semelhança do próprio direito real de penhor, será oponível *erga omnes*.

Todavia, o exercício de um direito de retenção oponível a terceiros pode redundar em prejuízo destes, *maxime* outros credores do constituinte da garantia, acabando por subverter o esquema de graduação de créditos delineado pelo legislador, especialmente quando compaginado com a faculdade legal de atribuição em pagamento do bem empenhado ao credor.<sup>1563</sup>

A opção por uma outra alternativa entronca na problemática respeitante à natureza jurídica do direito de retenção do credor pignoratício (e até do próprio direito de retenção em geral), confrontando-se os que o qualificam como um verdadeiro direito de retenção aos que entendem estaremos perante uma consequência do direito real de penhor.<sup>1564</sup>

---

solução inversa criar uma situação de impenhorabilidade dos bens contra a determinação da lei). Por maioria de razão, não poderá socorrer-se dos ditos embargos o credor pignoratício quando o bem em causa tenha permanecido em poder do respectivo proprietário (cfr. Acórdão da Relação do Porto de 17/2/1992, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>1562</sup> Neste sentido, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 523 e 524, para quem do cumprimento das formalidades legalmente previstas para a sua constituição, o penhor surge munido de oponibilidade *erga omnes*, a qual se afigura inequívoca face a terceiros que tenham adquirido o seu direito do constituinte, mas se apresenta mais duvidosa relativamente aos demais credores deste último (distinguindo consoante a obrigação garantida por penhor se encontre vencida – caso em que o credor poderá optar entre opor o direito de retenção e impedir a devolução do bem enquanto não for pago ou, em alternativa, devolver o bem e assegurar o cumprimento da obrigação através do exercício do direito de preferência - ou não, hipótese na qual o credor poderá conservar o direito de retenção e opô-lo aos demais credores do constituinte, até porque “*El acreedor puede estar interesado en mantener la obligación durante el plazo estipulado por estimar que se trate de una inversión rentable y bien garantizada y no parece que se le deba forzar a alterar su situación, ni aun ofreciéndole otra garantía*”). Também Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 102 e 103, salienta que esta distinção se afigura relevante nos casos em que o credor pignoratício tenha adquirido o direito de retenção, mas não o direito de preferência (por não preenchimento dos requisitos legais), Guillaud, ob. cit., págs. 156 e 157, que, depois de considerar o direito de retenção do credor pignoratício como uma excepção de natureza pessoal invocável apenas contra o devedor, assegura que nenhum benefício ele retirará pelo facto de poder opor o direito de retenção aos demais credores do devedor (pois se o penhor houver sido regularmente constituído o direito de preferência será suficiente para assegurar o pagamento e se, ao invés, o penhor tiver sido irregularmente criado, não disporá o credor de qualquer direito de preferência ou de retenção). Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 45, destaca ser esta a posição da jurisprudência dominante.

<sup>1563</sup> Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 77, salienta este aspecto e, *de lege ferenda*, sugere a supressão destes dois poderes, sempre que deles possa resultar a deturpação da hierarquia das causas de preferência estabelecida por lei.

<sup>1564</sup> Coloca esta questão Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 341 e segs., advertindo que a mesma se encontra directamente relacionada com a resposta a dar à oponibilidade (ou não) a terceiros do direito de retenção (assegurando ser afirmativa a posição dominante). Nesta conformidade, aqueles que recusam a oponibilidade a terceiros do direito de retenção, consideram ser este mesmo o direito que o credor pignoratício dispõe (apenas divergindo do direito de retenção propriamente dito pela sua origem contratual); outros, defendendo embora a oponibilidade a terceiros do direito de retenção comum, entendem que de tal característica não goza o direito do credor pignoratício (e, por isso, que este não se identifica com aquele), configurado como “*une exception personnelle opposable au débiteur seul et ayant pour but de permettre au gagiste de conserver la possession de la chose, condition nécessaire à l'exercice*

Em nosso juízo e passando um pouco por cima desta discussão, o direito de retenção do credor pignoratício, mesmo quando concebido como uma faculdade inerente ao penhor, não pode ser oposto a terceiros credores do empenhante. Com efeito, sendo o penhor um direito real de garantia, o seu desígnio é o de conceder uma preferência para pagamento ao seu titular no concurso com outros credores do

---

*de son privilège à l'égard des tiers*"; finalmente, as posições doutrinárias mais recentes defendem a oponibilidade a terceiros do direito de retenção do credor pignoratício (de modo que "*Les autres créanciers ont le droit de saisir et de faire vendre le gage, mais le créancier gagiste peut exiger son paiement préalablement à tout dessaisissement*", posição esta recusada pela jurisprudência dominante), embora não seja claro se tal oponibilidade decorre dos princípios gerais do direito de retenção ou, pelo contrário, será uma consequência do direito real de penhor. A posição do Autor aponta no sentido de o direito de retenção do credor pignoratício constituir um efeito do seu direito real de garantia, não se identificando com o direito de retenção propriamente dito, uma vez que a posse (tendo por objecto o valor do bem) e a detenção (recaindo sobre a coisa em si mesma considerada) parciais do bem onerado por parte do credor, uma vez que esta última se encontra indissociavelmente ligada à primeira, "*lui conférée en vue de lui permettre d'obtenir le paiement de sa créance; elle subsiste donc tant que cette créance n'est pas payée (...). Son droit de garder la chose jusque là n'est pas un véritable droit de rétention mais l'exercice de son droit réel comportant à la fois le droit de garder une main-mise sur la chose jusqu'au paiement ou à la vente et d'en réaliser la valeur à l'échéance*". Afirmando expressamente que esta faculdade de retenção não é um direito novo, mas antes um efeito próprio e natural do direito de penhor ("*pues se trata más de una facultad integrante del derecho superior de prenda que de un verdadero derecho, no obstante la expresión del Código*" que alude ao direito de retenção do credor pignoratício), vide Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1882 (em termos análogos, Pace, ob. cit., pág. 35, nota 68, justificando que este direito à posse do credor pignoratício não se confunde com o direito de retenção, uma vez que esta pressupõe uma conexão – ausente no penhor – entre o débito e a coisa possuída, para além de a recusa do credor devolver o bem onerado ser uma forma de exercício da garantia – surgindo a obrigação de restituição apenas em caso de cumprimento da obrigação garantida - enquanto o direito de retenção é uma garantia autónoma, que tem como objectivo assegurar um direito de crédito nascido por força do bem que se retém). Pelo contrário, defende a autonomia da retenção do credor pignoratício, recusando a sua configuração como mera consequência do contrato de penhor Catherine Pourquier, *La retention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit*, in *Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique*, (2000), pág. 572 e segs., alicerçando a sua posição na circunstância de a faculdade de retenção subsistir em caso de nulidade do penhor (apoiando-se em decisões judiciais que declaram que "*la détention de rattaché à une convention ou à un quasi-contrat qui ait donné naissance à la créance. Peu importe le fait que le contrat de gage soit nul pour cause d'incapacité d'un des cocontractants*": embora estas decisões possam ser interpretadas como um efeito do penhor – o qual, apesar da invalidade, mantém em vigor a obrigação do incapaz devolver aquilo que recebeu -, o Autor lê-as de modo diverso, considerando que "*il suffirait que la chose retenue et la créance soient issues du même rapport juridique. Peu importe l'ancienne qualité de créancier gagiste. C'est la rétention en tant que technique juridique autonome qui doit serait alors appliquée*") e do reconhecimento desta mesma faculdade ao transportador (contestando que tal direito de retenção possa ser fundado na ideia de penhor tácito sobre os bens transportados, advogando, pelo contrário, funcionando tal detenção legítima como "*critère de reconnaissance d'un droit de rétention en faveur du commissionaire de transport. L'idée d'une rétention légitime serait alors indépendante de la notion de bonne foi et se rattacherait plus généralement à la possession*": ora, extrapolando este mesmo raciocínio para o penhor e partindo do princípio que o critério de existência do direito de retenção se baseia na conexão jurídica entre a coisa retida e o crédito do retentor, a Autora sustenta que "*La faculté accordée au gagiste procède de sa situation de détenteur de la chose*"), concluindo que, se a detenção é o fundamento do direito de retenção, mesmo do direito de retenção do credor pignoratício, constitui o ponto comum entre a retenção do credor pignoratício e de qualquer outro credor (com a única ressalva de, em alguns penhores regulados por leis avulsas – como os *warrants* e o penhor de veículos automóveis - a lei admitir uma detenção fictícia, a qual, não obstante, produzirá efeitos análogos aos da detenção efectiva, cedendo, porém, em caso de conflito com esta), traduzindo-se, não num direito, mas numa situação de facto reconhecida pelo direito. Por seu lado, Protetti, ob. cit., pág. 227, admite existir uma controvérsia acerca da amplitude do direito de retenção do credor pignoratício, confrontando-se duas correntes: uma, advogando tratar-se de um direito pessoal oponível apenas ao devedor; outra, pretendendo que tal direito seja oponível igualmente aos credores, embora Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 313, afirme expressamente que o direito de retenção do credor pignoratício apenas é exercitável contra o devedor e não contra os outros credores do devedor.

empenhante, não se concebendo que o exercício de uma das faculdades acessória a esse direito – a de reter o bem empenhado até integral satisfação do seu crédito – possa subverter e até mesmo excluir aquele concurso, em claro prejuízo dos demais credores do empenhante, alguns dos quais até potencialmente detentores de outras causas de preferência hierarquicamente superiores.

Seja como for, se o crédito e o penhor subsistirem, o empenhador<sup>1565</sup> pode exigir a restituição do bem contra satisfação do credor e, se o credor exigir o cumprimento, deve ser concedido ao devedor empenhador o direito de invocar a exceção do não cumprimento, recusando-se a liquidar a obrigação garantida enquanto não for restituído o bem empenhado.<sup>1566</sup>

Mais discutível é aquilatar da existência deste direito de retenção do credor pignoratício quando o objecto da garantia sejam bens incorpóreos ou, mais especificamente, um crédito<sup>1567</sup> e, noutra ordem de considerações, nos penhores sem

---

<sup>1565</sup> Inversamente, o credor pode reclamar o cumprimento ao devedor, desde que, simultaneamente, oferecer a restituição da coisa empenhada.

<sup>1566</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 192, acrescentando que se o empenhador não for o devedor, este não tem que tornar o cumprimento dependente da restituição do objecto do penhor, uma vez que a garantia não foi por ele constituída (neste caso, o proprietário do bem pode exigir a restituição, mas apenas através da acção de reivindicação e não como condição do cumprimento da obrigação principal, uma vez que não há relação pignoratícia entre o proprietário e o credor).

<sup>1567</sup> A tendência tradicional é a de rejeitar a concessão de tal direito, sobretudo tendo em conta que a retenção pressupõe, como objecto, um bem corpóreo e, além do mais, não constitui uma garantia e, por si só, não confere qualquer preferência, pelo que não se pode considerar da essência do penhor, sendo apenas uma prerrogativa atribuída por lei ao credor pignoratício (neste sentido, entre outros, Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 194 e, sobretudo, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 268 e 269 - admitindo estes últimos, no limite, um direito de retenção sobre um crédito comprovado por um título, caso em que a retenção recai sobre o próprio título, assim se consagrando uma materialização simbólica – e Théry, ob. cit., págs. 319 a 321, apelidando de ficcional o entendimento oposto, por não ser viável reter o que não se tem em mãos, e por entender que a proibição de venda ou entrega do bem empenhado sem consentimento do credor não equivale a um direito de retenção, uma vez que essa interdição apenas se dirige ao devedor e não torna a venda inválida se o adquirente obtiver a posse de boa fé do bem), podendo faltar no penhor de créditos pois “*une créance est un bien incorporel insusceptible de possession. Le titre dont la remise est exigée pour la constitution du gage est certes détenu par le créancier. Mais ce n’est pas la créance elle-même qui est retenue. A supposer même que la possession embrasse les meubles incorporels, on ne saurait concevoir de détention appliqué a une créance ou un droit. C’est l’impossibilité d’appréhension matérielle qui justifie (...) le refus de le reconnaître au profit du créancier, bénéficiaire d’un gage sur créances*” - Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 78). Todavia, no direito francês tem vindo a ser paulatinamente admitido direito de retenção a favor do credor com penhor sobre um crédito, através do recurso aos seguintes argumentos: antes de mais, a concessão do direito de retenção ao cedor pignoratício, por parte da lei, é feita em termos gerais, não circunscritos àqueles credores cujo direito incida sobre bens corpóreos; depois e mesmo que se admita que o direito de retenção apenas é concedido a estes últimos, a aplicação subsidiária ao penhor de créditos das regra do penhor de coisas conduzirá à mesma conclusão, tanto mais que a lei considera que também no primeiro caso se produz o desapossamento do devedor; por força, ainda, da progressiva desmaterialização do direito de retenção, que conduz ao seu reconhecimento mesmo quando o objecto do direito não se encontre na disponibilidade física do credor; finalmente, porque com a notificação da constituição do penhor de créditos ao devedor do crédito cedido se cria uma situação de indisponibilidade análoga à originada com o desapossamento, no penhor de coisas, ou seja, o direito de retenção “*se conçoit beaucoup mieux si l’ont tient pour essentiel le fait que le débiteur constituant et les tiers ne peuvent plus librement faire valoir leurs droits à l’encontre du débiteur de la créance nantie. C’est cette paralysie des droits des tiers sur le bien objet du gage qui caractérise le droit de rétention. Là est son essence qui s’exprime seulement sous des formes distinctes selon que l’objet du gage est corporel ou incorporel*” - Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 78 e segs.). Admitem expressamente a concessão de um direito de retenção ao credor pignoratício com garantia sobre bens incorpóreos, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 541 (por entenderem serem estes também penhores clássicos) e sobre créditos Garcia Vicente, La prenda cit., págs. 116 e 117 (traduzindo-se no direito de recusar a devolução ao empenhante da prestação cobrada pelo credor pignoratício ao devedor do crédito empenhado e/ou dos documentos dos quais conste o

desapossamento (e normalmente sujeitos a registo),<sup>1568</sup> pois em ambas as hipóteses o credor pignoratício carece de um contacto físico com o objecto da garantia (e de pretensa retenção).

---

crédito onerado – embora salientando que, neste segundo caso, a entrega destes documentos não pode equiparar-se a um desapossamento do devedor, nem cumpre qualquer função translativa do direito, sendo apenas uma obrigação acessória do contrato de garantia, destinada a permitir ao credor pignoratício o exercício do direito empenhado -. Porém, o Autor evidencia como a recusa da devolução da quantia cobrada não assume relevância, uma vez que “*el cobro del crédito ya es ejecución de la prenda*”). Admite o direito de retenção do credor pignoratício cujo direito recaia sobre valores mobiliários escriturais, Daniel Fasquelle, ob. cit., págs. 23 e 24, considerando a finalidade do direito de retenção – consentir ao credor opor-se à restituição de um bem, enquanto o seu crédito não for liquidado – retém que “*Dès lors qu’il a concrètement les moyens de retenir le bien gagé, il faut admettre que le créancier dispose d’un droit de rétention, et ce, peut importe la nature corporelle ou incorporelle du bien*” e, no caso específico dos valores mobiliários desmaterializados, tal poder de retenção traduz-se na faculdade do credor pignoratício bloquear os valores onerados, o que significa conceder-lhe uma prerrogativa, senão igual, ao menos muito semelhante à atribuída pelo direito de retenção (porém, se o gestor da conta na qual figuram os bens onerados, autorizar a sua transferência para uma outra conta, o credor pignoratício pode invocar o seu direito de sequela e reivindicar o bem das mãos do terceiro para o qual fora transferido, sem que este possa valer-se do princípio da posse vale título, em razão da natureza incorpórea do bem empenhado). Lisanti-Kalczyński, ob. cit., pág. 166 e segs., considera, genericamente, que no que toca ao direito de retenção, entendido como modo indirecto de compelir o devedor a cumprir a sua obrigação, admite que este normalmente pressupõe a detenção material do objecto retido, pelo que a doutrina tradicional recusa a outorga deste poder ao credor titular de um penhor sobre um bem incorpóreo (excepto, eventualmente, quando esse bem seja representado por um título corpóreo). Contudo, a evolução mais recente demonstra, segunda esta última Autora e apesar das dúvidas jurisprudenciais (que, a respeito do penhor de créditos, sempre recusou tal faculdade, demonstrando maior abertura relativamente ao penhor de conta bancária, a propósito do qual foi defendida a solução inversa, recusando a entrega do bem a um liquidatário judicial o saldo da conta onerada, com o argumento que o credor pignoratício dispunha de um direito de retenção traduzido no bloqueio do saldo da conta a favor daquele credor), o surgimento de diversas consagrações legais de direitos de retenção sobre bens incorpóreos, como no penhor de participações sociais de sociedades civis imobiliárias de construção (através de um preceito que, vindo limitar o alcance e a oponibilidade do direito de retenção, implicitamente reconhece a sua existência) e, sobretudo, de contas de instrumentos financeiros (abrangendo o direito de retenção os instrumentos financeiros e as quantias constantes da conta empenhada, traduzindo o exercício desse direito no bloqueio da dita conta por parte do respectivo gestor, o qual, se não for o credor pignoratício, exercerá a retenção por conta deste), ao ponto de alguns defenderem, com base nesta última previsão legal (e apesar das objecções contra ela dirigidas por parte da doutrina, designadamente quanto à incompatibilidade entre o direito de retenção e a permanência da titularidade da conta no constituinte de garantia – argumento rebatido pela Autora, escrevendo que essa permanência “*traduit simplement l’absence de transfert de propriété des actifs au profit du créancier. La dépossession existe et résulte de la perte des pouvoirs sur le compte par le constituant. Paradoxalement, cette perte de pouvoirs est par ailleurs reconnue par ces mêmes auteurs pour affirmer que la reconnaissance du droit de rétention est parfaitement puisque le constituant est privé des prérogatives sur le compte gagé*” - e pela impossibilidade de constituir outros penhores sobre o mesmo bem que tal direito de retenção acarreta – facto que é comum à generalidade dos penhores com desapossamento), a generalização da solução, embora a tal possa obstar o art.º 2082.º, n.º 1, do CCF, anterior à reforma de 2006 (norma que atribui o direito de retenção ao credor pignoratício), o qual, apesar de não efectuar qualquer distinção entre o penhor de coisas corpóreas e incorpóreas (podendo, por isso, aplicar-se a ambos), é de aplicação limitada as garantias com desapossamento (contudo, a Autora contorna este obstáculo, porquanto assegura a existência de desapossamento também nos penhores sobre bens incorpóreos, pelo que conclui “*Il n’y a donc aucune raison d’exclure le droit de rétention au bénéfice du créancier titulaire de toute sûreté avec dépossession des biens incorporels. En outre, le refuser serait inéquitable parce qu’une discrimination naîtrait entre les gagistes selon que l’assiette de la sûreté est corporelle ou incorporelle*”).

<sup>1568</sup> Sobre isto em França, assistiu-se à expressa atribuição de um direito de retenção, por alguns denominado fictício, a penhores sem desapossamento, o que parece vir baralhar a aparente a posição tradicional da jurisprudência no sentido de negar ao credor pignoratício, neste caso, o direito de retenção - traça este panorama Théry, ob. cit., pág. 319 a 321.

Uma possível solução – e embora a questão se entrelace com outra anteriormente abordada respeitante aos possíveis objectos da posse - passa por considerar o direito de retenção como falta de disponibilidade plena do empenhante sobre o bem onerado;<sup>1569</sup> uma outra, reside na reformulação do próprio conceito de retenção.<sup>1570</sup>

---

<sup>1569</sup> Avança esta alternativa a respeito dos valores mobiliários escriturais Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 249 e, em geral, Simon Quincaret, ob. cit., págs. 348 a 351. Segundo este último Autor, no caso dos chamados penhores sem desapossamento e partindo da sua concepção do credor pignoratício como possuidor e detentor parcial do bem recebido em garantia, “*il y a place ici aussi pour une rétention fondée sur le droit de gage et sur les caractères de la possession du créancier; seulement il ne saurait être question pour celui-ci de conserver la détention, qu’il n’a pas, mais seulement sa possession partielle à titre de gagiste*”: ora, esta posse conservar-se-á através da retenção do título representativo dos bens onerados (como sucede com os *warrant*) ou pela manutenção da publicidade legal (impedindo que o devedor posse exigir o cancelamento do registo antes de extinto o crédito garantido (enquanto a detenção parcial do constituinte da garantia traduzir-se-á pela interdição – penalmente sancionada – de entregar o bem a terceiro sem prévia liquidação do crédito garantido, exercendo o devedor o direito de retenção em nome do credor; ou, em alternativa, pelos terceiros a quem o bem venha a ser entregue, que permanecerão detentores por conta do credor pignoratício, nos mesmos termos em que o devedor o era). Mais precisamente e de acordo com Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 179 e 180, o direito de retenção traduz-se no poder de paralisar os direitos de terceiros sobre o bem empenhado, ou seja, impedindo que o devedor do crédito empenhado possa pagar ao constituinte do penhor (no penhor de créditos) e não consentindo, salvo acordo do credor, a transferência dos activos pertencentes a uma conta de instrumentos financeiros bloqueados para qualquer outra (no penhor de contas de instrumentos financeiros). No entanto e apesar destas especificidades, a Autora retém não se tratar de uma retenção fictícia (o que apenas será válido para aquelas garantias em que o constituinte não é privado das utilidades fornecidas pelo bem onerado), desde que se aceite que o direito de retenção se caracteriza pela indisponibilidade do bem empenhado (e não sendo o silêncio do legislador um obstáculo, uma vez que a consagração genérica do art.º 2082.º, n.º 1, do CCF abrange os penhores sobre bens corpóreos e incorpóreos). Quanto ao mais, aplicar-se-ão as regras ditadas para o direito de retenção, quer no que toca ao crédito do retentor (que deverá existir efectivamente), quer quanto à sua natureza lícita (não pode o direito do retentor resultar de acto ilícito ou violento) e contínua (perdendo-se o direito de retenção em caso de desapossamento voluntário do bem retido, mas já não quando tal perda seja excepcional ou involuntária), quer ainda no que concerne à sua oponibilidade *erga omnes* (particularmente aos demais credores do constituinte do penhor: todavia, a natureza incorpórea dos bens onerados impede a aplicação do princípio da posse vale título, razão pela qual o credor pignoratício não poderá opor o seu direito de retenção sobre os bens empenhados a um terceiro vendedor dos mesmos, quando estes tenham sido, previamente, vendidos com reserva de propriedade) e à sua indivisibilidade (por exemplo, no penhor de conta de instrumentos financeiros, o credor não terá a obrigação de, em caso de pagamento parcial, desbloquear uma parte da mencionada conta).

<sup>1570</sup> Assim, a respeito do penhor de créditos, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 78 e segs., parte da natureza do próprio direito de retenção (distinguindo a detenção e posse unicamente em razão da ausência, no primeiro caso, do *animus domini* e reconhecendo que, se nem todo o detentor é possuidor, todo o possuidor é, *a fortiori*, detentor, ou seja, concluindo que o direito de retenção “*n’est pas un droit archaïque, supposant une mainmise physique sur le bien objet du gage. Une analyse dématérialisée du droit de rétention nous paraît tout à fait concevable*”, o que se comprova pela atribuição expressa de um direito de retenção a diversos credores titulares de penhores sem desapossamento, como sejam os que recaiam sobre um veículo automóvel – em que o credor apenas recebe um documento administrativo – ou sobre participações sociais em sociedades de venda de imóveis), embora alerte para numa postura conservadora da jurisprudência (negando, por exemplo, a atribuição de um direito de retenção a favor de um credor titular de um penhor sobre um estabelecimento comercial – posição esta que o Autor entende compreensível à luz da natureza hipotecária e não possessória desta garantia – e ao beneficiário de um penhor de créditos, posição esta incoerente - na medida em que “*Il n’est pas logique d’affirmer que le gage sur créance est un gage avec dépossession et, dans le même temps, de refuser de reconnaître un droit de rétention au motif principal qu’il n’y a pas la dépossession, support nécessaire d’un droit de rétention*” – e iníqua, porquanto alguns credores pignoratícios beneficiarão da facilidade de retenção e outros não, não por força de um critério objectivo ou da diferença de qualidade dos credores, o que “*n’est pas le cas: des créanciers bénéficiaires d’une même sûreté, se trouvent dans des situations juridiques fort différentes au simple motif que certains se sont vu reconnaître un droit de rétention et d’autres non*”). No



Quando o credor não se encontre em condições de restituir o bem empenhado, nomeadamente em razão da destruição do mesmo, cumpre determinar de quem seja a responsabilidade por esse facto: se for o resultado de culpa do credor, responderá pelos danos causados (correspondentes, pelo menos, ao valor do bem onerado), compensando-se a indemnização com o seu crédito; se a perda se tiver devido a caso fortuito, responderá o empenhador, pois, tendo permanecido proprietário, suportará esse risco (embora o ónus da prova do caso fortuito pese sobre os ombros do credor); por fim, se a perda for consequência de um acto do devedor, o credor fica liberado da obrigação de restituição e a dívida tornar-se-á imediatamente exigível.<sup>1571</sup>

### 9.2.2 - Proibição de uso do bem onerado

Outra obrigação que recai sobre o credor pignoratício é a de não usar o objecto da garantia sem consentimento do empenhador,<sup>1572</sup> salvo se o uso for indispensável à conservação daquele, (art.º 671.º, alínea b)),<sup>1573</sup> uma vez que a coisa é dada em penhor para garantia do credor e não para que este a use.<sup>1574</sup>

---

que especificamente respeita ao penhor sem desapossamento, como o credor pignoratício não pode exercer o seu (pretenso) direito de retenção contra o empenhante, por ser em poder deste que o bem se encontra, poderá advogar-se que, até integral satisfação do primeiro, o direito de retenção deste se traduz na obrigação de conservação a cargo do empenhante, na sujeição da sua alienação ou oneração ao consentimento do credor pignoratício (e, eventualmente, na sanção penal do desrespeito por tal imposição) e na indisponibilidade do bem decorrente de, pelo menos para alguns tipos de bens, o empenhante, apesar de proprietário e possuidor, ficar privado do direito de disposição.

<sup>1571</sup> Estas conclusões são subscritas por Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 266 e 267.

<sup>1572</sup> De acordo com Rubino, *Il pegno* cit., pág. 248, esse consentimento pode constar de uma cláusula inserida no contrato de penhor, de um negócio unilateral de autorização posterior à constituição daquele (mas anterior ao uso do bem) ou de um negócio posterior ao início do uso da coisa (válido para o futuro e com o efeito de ratificar o uso até então efectuado), embora Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 128, saliente que o consentimento pode ser prévio ou posterior ao uso do bem por parte do credor pignoratício. Em termos substancialmente idênticos, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 666. Troplong, *ob. cit.*, pág. 115, ousa mesmo falar de penhores que, de acordo com o costume, pressupõem o uso do bem empenhado por parte do credor, enquanto Faggella, *ob. cit.*, pág. 119, admite um consenso tácito, subsumível de determinadas circunstâncias de facto, como sejam a não oposição ao uso quando dele tivesse conhecimento.

<sup>1573</sup> Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 547 e 548, defende, mesmo na ausência de idêntica ressalva no direito espanhol, a mesma solução, concretizando que o credor poderá usar a coisa “*quando del no uso de la misma se sigan perjuicios que el acreedor viene obligado a impedir en observancia de su deber de cuidar la cosa diligentemente*”. Por seu turno o art.º 2792.º do CCI acrescenta que o credor pignoratício não poderá dar em penhor o bem recebido em garantia e que, em caso de uso indevido, os eventuais proveitos obtidos com esse uso deverão ser imputados em primeiro lugar às despesas, depois aos juros e por fim ao capital. No Código de Seabra, a interpretação do art.º 862.º dava azo a dúvidas, admitindo alguns que tal preceito autorizava o credor a usar da coisa empenhada, sempre que desse uso não resultasse perda ou deterioração dessa coisa (Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 691), enquanto outros sugeriam que ao credor estaria vedado o uso, salvo convenção em contrário, constatando não haver uso do qual não possa resultar deterioração da coisa usada (Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 243).

<sup>1574</sup> Como bem nota Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 547, “*De la simple posesión de la cosa, unida a la posibilidad que la misma asegura de ejercitar, en su caso, el ius distrahendí, surge la garantía para el acreedor que su crédito será satisfecho. Pero, además, para que esto sea así, es preciso que la cosa soporte del gravamen se conserve en su integridad y en su valor para que aquella garantía inicial que representa no aparezca envilecida, consecuencia ésta que, normalmente, deriva del uso de la cosa*”. Quando, excepcionalmente, for conferido ao credor o direito de usar a coisa, esse direito é inerente – e não autónomo – face ao direito de penhor, pelo que a extinção deste implica o mesmo efeito relativamente à faculdade de uso do bem, não podendo, assim, o credor pretender reter a coisa para continuar a usá-la – neste sentido, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 249.

Todavia, para determinado tipo de bens a lei consente uma utilização mais ou menos restrita por parte do credor pignoratício, como sucede com as participações sociais, porquanto o legislador admite que alguns direitos inerentes a tais participações possam ser exercidos pelo credor.<sup>1575</sup>

De igual modo, cumpre esclarecer que, relativamente a certos objectos – *maxime* os frutíferos ou perecíveis – o cumprimento do dever de conservação (por exemplo, através da exploração normal do mesmo ou até da sua alienação) não deve ser entendido como violação da interdição de utilização.<sup>1576</sup>

Poder-se-á, todavia, equacionar se esta obrigação de abstenção (de uso) constituirá um dever específico resultante da relação pignoratícia ou, pelo contrário, não será uma mera aplicação ou reflexo do dever geral de abstenção do gozo de um bem de outrem, apenas limitado em virtude da titularidade de um direito real por parte do credor pignoratício.<sup>1577</sup>

Sendo o bem empenhado confiado a um terceiro designado por acordo das partes, naturalmente que também ele não se encontrará legitimado para usar tal bem sem o consentimento do seu proprietário,<sup>1578</sup> pelo que as sanções para incumprimento da proibição legal que a seguir se discriminam recairão sobre os seus ombros.<sup>1579</sup>

Se ao credor é vedado, em princípio, o uso do bem recebido em garantia, será questionável o uso por parte do proprietário, muito embora tal circunstância possa provocar a perda da posse do credor pignoratício (e a conseqüente extinção da garantia), pelo que essa utilização apenas poderá admitir-se quando não prejudique aquela posse, nem tão pouco o estado da coisa (v.g., para permitir reparações no bem empenhado por parte do empenhante):<sup>1580</sup> naturalmente que, perante um penhor sem desapossamento, o

---

<sup>1575</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 1.2.8.5 do Capítulo II. Salienta este aspecto Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 82.

<sup>1576</sup> Assim, Cordero Lobato, *Comentarios cit.*, pág. 2148. Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 219 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666, acrescentam ser também legítimo o uso do bem empenhado, por parte do credor pignoratício, para a percepção dos frutos (em termos idênticos Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 127, realçando que a realização de actos de conservação não é sinónimo de utilização, não considerando como uso a exploração ordinária da coisa onerada frutífera através da obtenção dos seus frutos).

<sup>1577</sup> Esta posição é seguida por Montel, *Pegno cit.*, pág. 784.

<sup>1578</sup> Admite o uso do bem empenhado pelo terceiro, mas exige o consentimento do credor pignoratício Rubino, *ult. ob. e loc. cit.*. Parecem dispensar este consentimento Ciccarello, *ob. cit.*, págs. 691 e 692 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 122 (embora este último apenas se ao terceiro já fosse permitido, antes da constituição do penhor, esse uso). Noutro plano, Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 192, admite mesmo o uso pelo proprietário, desde que tal uso não seja incompatível com o desapossamento do bem.

<sup>1579</sup> Mais concretamente, será a ele que competirá indemnizar os danos causados e contra ele que o proprietário requererá o depósito ou a prestação de caução (neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 250 e 251, notando, porém, que as partes poderão, em caso de uso indevido pelo terceiro, acordar na nomeação de outro sujeito para desempenhar as suas funções). Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 550 e 551, justifica a aplicação da proibição também ao terceiro possuidor com a *ratio* do preceito (punição àquele que foi encarregue de guardar e conservar o bem empenhado), esclarecendo que, em caso de violação do preceito por parte do terceiro, assistirá legitimidade para requerer o depósito, quer ao constituinte, quer ao próprio credor (uma vez que este não deve responder pela conduta do terceiro, que é nomeado de comum acordo com o empenhante, e, por outro lado, possui um interesse relevante na conservação do valor do bem onerado), embora a lei apenas o consinta ao primeiro (pelo que, em última análise, o credor deverá intimar o constituinte para o fazer, sob pena de lhe exigir uma indemnização pelos danos que a sua inacção venha a causar).

<sup>1580</sup> Por isso, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 250 e Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 196, admitem que uma cláusula contratual reconhecendo ao proprietário um direito de uso que praticamente anule a posse do credor, será inválida (muito embora o segundo Autor entenda, consoante as circunstâncias do caso e as normas gerais relativas à invalidade parcial dos negócios jurídicos, nula apenas essa cláusula ou o próprio contrato de penhor, ao passo que o primeiro sustenta que a invalidade da cláusula não inquinará o restante do contrato de penhor).

constituente permanece legitimado para realizar actos de aproveitamento e fruição do bem dado em garantia.

Na medida em que a lei veda o uso da coisa por parte do credor pignoratício sem autorização do empenhador, cumpre determinar, em primeiro lugar, quais as condutas daquele que violam essa proibição e, em seguida, quais as consequências resultantes dessa violação.

Relativamente ao primeiro aspecto, deve entender-se que o credor infringe a interdição legal quando utilize o bem sem autorização do empenhador (excepto de tal uso for indispensável à conservação da coisa), bem como quando, havendo autorização, o uso exceda os limites da autorização concedida (art.º 671.º, alínea b), por remissão do art.º 673.º).<sup>1581</sup>

Quanto às consequências da violação da proibição legal de uso, o credor que, por culpa sua, cause a perda ou deterioração da coisa empenhada (ou dela disponha), responderá, perante o empenhante, pelos danos causados, em termos cíveis<sup>1582</sup> e, eventualmente, penais, como melhor veremos ao abordar os efeitos do incumprimento do dever de conservação do bem onerado.<sup>1583</sup>

Em caso de uso indevido da coisa por parte do credor pignoratício (ou de este agir de modo a que a coisa corra o risco de se perder ou deteriorar, assim violando o dever de administração e conservação),<sup>1584</sup> assiste ainda ao empenhador, nos termos do art.º 673.º, o direito de exigir a prestação de caução idónea ou que a coisa seja depositada em poder de terceiro.<sup>1585</sup>

---

<sup>1581</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 198, sustenta que, havendo autorização, se deve presumir que esta não abrange a lesão importante do bem, não sendo exigível que tal lesão seja repetida, nem tão pouco que se mantenha após requerimento do empenhador para que a lesão cesse. Em face do direito italiano (cujo art.º 2793.º dispõe que o proprietário poderá reagir em caso de abuso da coisa por parte do credor), Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 250 e 251, sustenta que por abuso se deverá entender tanto o incumprimento da obrigação de custódia (aí compreendido o uso da coisa), como a tentativa de disposição jurídica da mesma, enquanto Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 109 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666, acrescentam a estas a conduta do credor que não permita que o proprietário do bem desenvolva sobre a coisa as operações compatíveis com o direito de penhor e, finalmente, Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 222, sugere também a não percepção dos frutos. Também no direito francês, o abuso da coisa empenhada acontecerá quando o credor use o bem empenhado sem autorização ou extrapolando os limites dessa autorização (Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 99).

<sup>1582</sup> Neste âmbito, a principal especificidade decorre de o dano a indemnizar será o resultante do uso ou da disposição indevida do bem empenhado (assim, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666). Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 194 e 195, entende que, se o bem for confiado a terceiro e por este danificado, responderá, perante o proprietário, também o credor pignoratício - mesmo que os danos sejam devidos a caso fortuito -, a menos que prove que o dano se teria produzido ainda que a coisa tivesse permanecido em seu poder.

<sup>1583</sup> Vide infra n.º 9.2.3 do Capítulo I.

<sup>1584</sup> Apesar do art.º 673.º determinar que a respectiva previsão legal se aplica apenas quando haja violação da alínea b) do art.º 671.º (na qual se estabelece a proibição de uso do bem empenhado por parte do empenhador), do conteúdo da norma decorre que a mesma também se poderá aplicar quando exista violação da obrigação de guarda e administração (art.º 671.º, alínea a)) - neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 693.

<sup>1585</sup> Não faltam, em ordenamentos estrangeiros, soluções diversas, como sejam o direito de o empenhador solicitar o depósito da coisa (art.º 1870.º do CCE) ou o seu sequestro - art.º 2793.º do CCI - (devendo as despesas com ele relacionadas ser suportadas pelo credor incumpridor, por ter sido a sua conduta violadora da proibição de uso a desencadear tal providência - cfr. Faggella, *ob. cit.*, pág. 120), ou a restituição antecipada do bem (art.º 2082.º, n.º 1, do CCF e, após a reforma de 2006, art.º 2344, n.º 1 - todavia, Weil, *ob. cit.*, pág. 101, admite que o tribunal possa, em alternativa, designar um depositário para se ocupar do bem empenhado) ou o poder de exigir o depósito do bem empenhado a expensas do credor ou, encontrando-se o bem em poder de um terceiro depositário, exigir a devolução do bem contra a satisfação do credor pignoratício (art.º §1217 do BGB) - para uma crítica desta última hipótese, vide Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 199 e 200, argumentando que tal solução é excessiva, por implicar

Tendo sido o bem entregue a terceiro e sendo este o responsável pelo uso indevido do bem empenhado, poder-se-á até equacionar se não assistirá legitimidade também ao credor pignoratício para, invocando o art.º 673.º, requerer o depósito do bem nas mãos de outros sujeito.<sup>1586</sup>

Todavia, para o cabal exercício destes direitos, talvez seja mister reconhecer ao devedor empenhante a faculdade de inspeccionar e obter informações sobre o estado do bem dado em garantia.<sup>1587</sup>

A utilidade obtida pelo credor, em violação da proibição legal de uso, deve ser imputada ao montante do capital, de juros e de outras despesas e, por conseguinte, quando o credor pretender executar a garantia deverá esse valor ser tido em conta (em termos análogos ao disposto no art.º 672.º, n.º 1).<sup>1588</sup>

Quando, pelo contrário, o devedor consinta que o credor se sirva do bem empenhado, será este o responsável pelo risco inerente a esse uso, assim como pelos

---

uma satisfação antecipada do credor que lhe pode ser prejudicial (apenas a admitindo quando houvesse um abuso especialmente grave, mormente quando o credor, inibido do uso do bem, tenha violado essa proibição e daí tenha resultado uma lesão significativa daquele). A solução do direito francês, entendida por Guillouard, ob. cit., pág. 207, como uma condição resolutória tácita, aplicável a todos os contratos onerosos para o caso em que uma das partes entre em incumprimento, sendo a acção de restituição imprescritível enquanto a dívida não for paga e prescrevendo no prazo ordinário de prescrição após essa data (porém, o citado Autor admite, mesmo na ausência de disposição legal nesse sentido, que o tribunal poderá decretar, em caso de abuso por parte do credor pignoratício, o sequestro do bem empenhado, alegando que tal solução não prejudica o devedor – cujo direito de propriedade permanece salvaguardado – nem o credor – sendo menos nociva face à obrigação de devolver o bem ao devedor, assim extinguindo a garantia) também se poderá considerar excessiva por, ao prever a obrigação de devolução do bem ao seu proprietário, implicar a extinção da garantia, sem que o credor possa sequer exigir outra em troca (quanto a este último aspecto, vide o ult. ob. e loc. cit.) e sem que a data de vencimento da obrigação garantida seja modificada (sobre este ponto Weil, ob. cit., pág. 100 e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 110, aditando estes últimos que a aplicação da regra suscita dificuldades uma vez que o credor, por se encontrar em poder da coisa, perceberá os seus frutos). No direito espanhol, o art.º 1870.º do CCE determina que o uso não autorizado do bem empenhado por parte do credor pignoratício confere ao constituinte da garantia o direito de requerer a consignação em depósito daquele objecto (na falta de indicação legal, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1889, entende que caberá ao juiz a nomeação do depositário, que poderá ser qualquer, excepto o constituinte: *de lege ferenda*, o Autor advoga ter sido preferível sancionar a conduta do credor com a extinção da garantia, por considerar pouco prática a sanção cominada pela lei. Para além disso, o Autor ressalva ainda o direito de indemnização pelos danos causados no bem onerado, o qual é independente do uso do pedido de depósito por parte do empenhante e, finalmente, assegura que a norma será aplicável mesmo quando o bem tenha sido entregue, aquando da constituição do penhor, a um terceiro, embora nesse caso e se este violar a proibição de uso, entenda que o credor pignoratício não pode ser designado depositário – pois se as partes entenderam inicialmente nomear um terceiro, terá sido porque não pretenderam colocar o bem nas mãos do credor – e, por outro lado, não admite o Autor que o credor pignoratício, sempre na hipótese de o bem ter sido inicialmente entregue a terceiro, possa ser ele a requerer o depósito – alegando que a ratio do preceito é a de permitir ao empenhante recuperá-la); já Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 548 a 550, salienta como o constituinte poderá fazer valer-se desta prerrogativa sem que da conduta do credor resultem alterações ou depreciações no bem empenhado, bastando o simples uso não autorizado ou o abuso (ou até quando exista violação do dever de conservação que impende sobre o credor), enquanto Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2148, esclarece que o penhor não se extingue e que tais expedientes legais são cumuláveis com uma indemnização pelos danos sofridos. No direito brasileiro, o art.º 1435.º, I, do CCB, impõe também ao credor o dever de indemnizar o proprietário do bem dos danos ou da perda deste de que seja culpado, admitindo expressamente a possibilidade de compensação dessa quantia com o montante do crédito pignoratício.

<sup>1586</sup> Defende esta solução, Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2148.

<sup>1587</sup> Neste sentido, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 299.

<sup>1588</sup> É esta, conforme se deu conta, a solução expressa do direito italiano, defendida por Rubino, Il pegno cit., pág. 250 e sufragada por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 194 e 195, no caso de a utilidade ser a retribuição paga por terceiro pelos frutos por ele recebidos (se essa utilidade não é uma retribuição pelos frutos, a imputação explica-se como reacção contra o acto ilícito do credor).

proveitos ou perdas resultantes dessa utilização, devendo, contudo, restituir ao devedor os proveitos proporcionalmente ao valor ou ao capital usado (estas regras, porém, são susceptíveis de ser afastadas por disposições inseridas no negócio de constituição da garantia ou no acordo de concessão ao credor da faculdade de utilizar o bem empenhado).<sup>1589</sup>

Questão importante é a de determinar se qualquer violação, por parte do credor pignoratório, dos deveres de conservação, administração e inibição de uso do bem empenhado será de molde a justificar a aplicação, a requerimento do empenhante, dos mecanismos previstos no art.º 673.º ou se, pelo contrário, tal aplicação apenas ocorrerá em caso violação grave e qualificada de tais deveres.<sup>1590</sup>

Esta segunda alternativa encontra algum apoio legal no que respeita à violação do dever de guarda e administração, na medida em que a sua violação apenas legitimará o constituinte a requerer a prestação de caução ou o depósito se, por força dessa violação, “*a coisa corra o risco de perder-se ou deteriorar-se*” – art.º 673.º.

Não estabelecendo a lei qualquer hierarquia ou precedência entre estes dois mecanismos (e pese embora algumas críticas dirigidas à prestação de caução),<sup>1591</sup> competirá ao empenhador optar por aquele que entender mais conveniente, solicitando judicialmente o respectivo decretamento.<sup>1592</sup>

Optando o proprietário pelo depósito, a retribuição auferida pelo depositário deverá ser suportada pelo credor, por ter sido da sua responsabilidade o recurso a este mecanismo.<sup>1593</sup>

---

<sup>1589</sup> Neste sentido, Faggella, ob. cit., pág. 118, fundamentando estas conclusões no facto de o uso do bem ser no interesse exclusivo do credor e de o devedor, ao consentir esse uso, não assumir uma assunção do risco de perda. Todavia, se o uso fosse desenvolvido no interesse exclusivo do devedor, o credor deveria ser tratado como um mandatário e, por isso, não suportar as eventuais perdas; se, ao invés, fosse no interesse comum de ambos (caso em que as perdas e os ganhos serão repartidos entre ambos, em partes iguais ou conforme o que for acordado entre eles).

<sup>1590</sup> Rubino, Il pegno cit., págs. 250 e 251, inclina-se para esta segunda alternativa, reconhecendo que nem todos os actos que constituem violação desses direitos legitimam, necessariamente, o sequestro do bem empenhado, cabendo antes ao prudente arbítrio do juiz determinar se, em função das circunstâncias do caso concreto, tal medida se justificará.

<sup>1591</sup> Designadamente de Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 198 e 199, considerando que a mesma “*não se afigura aceitável, pois se obriga o credor a uma prestação, que pode não lhe ser possível ou ser altamente incómoda, quando há outros meios de o empenhador se defender mais eficazmente*”. Daí que o citado Autor demonstre a sua preferência pelo depósito da coisa (salvo se, eventualmente, o credor prestar outra garantia suficiente), pois “*Com o depósito, a coisa continua afecta à garantia do crédito e é colocada ao abrigo do abuso do credor (...) A coisa será depositada, como no caso de consignação em depósito, em poder de uma entidade oficial ou de um terceiro.*” Mesmo em face do direito italiano – que, como se aludiu, consagra a figura do sequestro judiciário – Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 109, consideram que do sequestro resulta uma situação análoga à entrega do bem empenhado a um terceiro designado pelas partes, admitindo mesmo que o bem possa ser colocado em custódia comum de ambas as partes.

<sup>1592</sup> Se for requerida e decretada a prestação de caução, o procedimento a adoptar será o previsto nos art.ºs 624.º e 625.º (no mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 693) e 981.º a 987.º do CPC, pelo que, se o credor não prestar a caução, tem o constituinte o direito de requerer o registo de hipoteca ou de outra cautela idónea sobre os bens do credor; se for solicitado o depósito, coloca-se a questão de saber se o procedimento obedecerá ao disposto no art.º 1024.º e segs. do CPC (uma vez que este se encontra especialmente vocacionado para os casos em que o devedor se quer libertar da dívida e não tem meio de o fazer particularmente, casos estes previstos no art.º 841.º, no qual a figura da consignação em depósito encontra guarida: parece responder negativamente Alberto dos Reis, Processos Especiais, Volume I, Coimbra Editora, 1982, pág. 430 e segs.) ou se, ao invés, deverá socorrer-se de uma vulgar acção declarativa de condenação à entrega de coisa certa. Quanto às despesas destes procedimentos, elas estarão a cargo do credor, por ter sido o seu comportamento a dar causa a qualquer deles (neste sentido a propósito do depósito, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 199).

<sup>1593</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 251, admitindo, no limite, que o proprietário pague ao depositário e depois exija, em via de regresso, o reembolso desse montante ao credor.

A lei, ao vedar o uso da coisa por parte do credor pignoratício, parece impedir, não apenas os actos de disposição material do bem empenhado, mas igualmente a disposição jurídica do mesmo.<sup>1594</sup>

Por outro lado e recorrendo ao argumento de maioria de razão, não será de crer que se a alguém não é consentido conceder a outrem, sem autorização do proprietário, o uso do bem recebido em garantia, o possa ser a dação em penhor da mesma coisa em garantia de uma dívida sua ou alheia.<sup>15951596</sup>

Dos dois argumentos acabados de expor, retira-se a proibição de o credor pignoratício dar em penhor o objecto da sua garantia, o chamado sub-penhor,<sup>1597</sup> proibição essa<sup>1598</sup> que, embora não expressamente consagrada pela lei,<sup>1599</sup> é reconhecida pela generalidade dos Autores.<sup>1600</sup>

---

<sup>1594</sup> A conclusão pode retirar-se do facto de a alínea b) do art.º 671.º aludir, *tout court*, à proibição de uso da coisa empenhada, podendo retirar-se daí que não caberá ao intérprete distinguir – para efeitos de admitir um e recusar o outro - entre o uso material e o uso jurídico, quando o legislador não o fez. Por outro lado, não custa reconhecer que as consequências da disposição jurídica, para o proprietário do bem, poderão ser no mínimo tão gravosas como as decorrentes do uso material. Esta é também a posição dominante em Itália (vide, por todos, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 249 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666).

<sup>1595</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 249, assevera que o credor pignoratício carece de legitimidade para praticar quaisquer actos de disposição jurídica, ainda que não excedam o conteúdo do penhor. Nesta conformidade, é-lhe vedado não só dar em penhor a coisa por ele recebida em garantia (sub-penhor), como também conceder o respectivo gozo a terceiro (seja através de da constituição de um direito real de gozo – como o usufruto – seja por via da constituição de um simples direito pessoal de gozo). Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 264, negam mesmo que o credor possa conceder a terceiro qualquer direito sobre o bem objecto da sua garantia, ainda que seja um simples direito de gozo.

<sup>1596</sup> Faggella, *ob. cit.*, págs. 52 e 53, embora refutando, em seguida, tais argumentos, dá conta de outros dois argumentos utilizados pelos partidários da proibição do sub-penhor: em primeiro lugar, se a lei admite que a cessão do crédito implica a cessão da garantia, não lhe será legítimo dar esta em penhor para assegurar o cumprimento de outro crédito; em segundo, pelos inconvenientes que decorrem da criação do sub-penhor (o devedor não poderia vigiar a conservação do bem, nem tão pouco exercer os seus direitos de requerer a restituição antecipada do bem e de impedir o abuso do mesmo).

<sup>1597</sup> Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 107, oferecem duas noções alternativas de sub-penhor, quais sejam a dação em garantia da coisa objecto do penhor, por parte do credor pignoratício, a favor de um seu credor ou, em alternativa, a dação em garantia do direito de penhor ou dos poderes que ao credor pignoratício cabiam sobre a coisa originariamente por ele recebida em penhor. Analogamente, Baudry-Lancantinerie, *ob. cit.*, pág. 98, distingue entre a dação em garantia, por parte do credor pignoratício, da coisa recebida em penhor (negando a sua admissibilidade) e a cessão, por parte do credor pignoratício ao seu próprio credor, da garantia que ele próprio recebera (julgando tal negócio lícito, desde que cumpridos os requisitos legais de que depende o nascimento do penhor, embora ressalvando que o mesmo será de rara utilização prática, uma vez que bastaria ao devedor pagar ao primeiro credor pignoratício para poder reivindicar do segundo o bem de que é proprietário).

<sup>1598</sup> Algumas vozes dissonantes se erguem, afirmando a validade e licitude do sub-penhor, como por exemplo a de Faggella, *ob. cit.*, págs. 53 a 56, aduzindo, em favor da sua tese, uma multiplicidade de considerandos como a inexistência de qualquer proibição (este argumento carece, actualmente, de sentido, porquanto o art.º 2792.º do CCI impede expressamente que o credor pignoratício dê o bem onerado em garantia ou conceda o respectivo gozo a outrem) e, ainda, o facto de a tal negócio não se opor o princípio da acessoriedade (sobretudo a partir do momento em que a própria lei admite a cessão da garantia desacompanhada do crédito e a chamada cessão do grau). De acordo com a tese deste Autor, o objecto do sub-penhor é o direito real do sub-empenhante sobre a coisa empenhada, implicando a constituição de um novo direito real sobre outro direito real, um penhor sobre outro penhor, criticando, assim, a tese que entende tratar-se de uma cessão). No entanto, julga ser necessária uma distinção entre a constituição de um verdadeiro penhor sobre o direito real de penhor (sendo que, nesta hipótese, o sub-penhor se constitua nos mesmos termos do penhor) e a constituição de um sub-penhor através de cessão, cedendo o credor pignoratício em garantia o seu direito (bastando, nesse caso, a observância da forma exigida para a cessão). Noutro contexto, a criação do sub-penhor não pode acarretar modificações da situação jurídica resultante do penhor e, em particular, nenhum acto dos sujeitos do sub-penhor pode prejudicar os direitos dos intervenientes no penhor (e, quando prejudique, implicará a responsabilidade do seu autor). Também Troplong, *ob. cit.*, págs. 115 e 116, distinguindo consoante o credor sub-pignoratício soubesse que o bem

Todavia, como a proibição do sub-penhor se retira da inibição do uso da coisa empenhada pelo credor pignoratício e como esta última é afastada quando mereça o assentimento do empenhador, também o sub-penhor será válido nas mesmas circunstâncias.<sup>1601</sup>

Não falta porém quem, a propósito do sub-penhor, entenda ser necessário separar as relações entre o credor pignoratício e o originário constituinte do penhor, por

---

em questão havia sido previamente empenhado (caso em que não terá mais direitos do que o seu credor) ou ignorasse tal facto (caso em que terá todos os direitos de um credor pignoratício primário) e, mais recentemente, Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 293 e 294 (admitindo que o empenhante possa autorizar o credor a dispor dos bens onerados – apontando como exemplo a alienação para posterior reinvestimento no penhor de valores mobiliários integrados numa carteira – e, por maioria de razão, possa consentir na constituição de um penhor sobre o seu direito de penhor) e Sílvio de Salvo Venosa, *ob. cit.*, pág. 561 (ressalvando apenas que o contrato de penhor o pode interditar e, quando ao regime aplicável, “*Biparte-se a posse mediata e inmediata em favor dos credores pignoratícios sucessivos. Aplicam-se os princípios gerais do subcontrato ou contrato derivado*”). Aceitam, sem mais, a validade do sub-penhor - ou de outros actos de disposição do penhor, nomeadamente através de cessão -, Cordero Lobato, *Comentarios cit.*, pág. 2148 e García Vicente, *La prenda cit.*, pág. 102 (este último apenas no âmbito do penhor de créditos e esclarecendo que, relativamente ao devedor do crédito inicialmente empenhado, o sub-penhor funciona como uma espécie de cessão do crédito pignoratício).

<sup>1599</sup> O mesmo sucede no direito espanhol, mas sem que tal omissão impeça a doutrina de sancionar a invalidade do sub-penhor (cfr. Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 551 e 552, asseverando que “*de transmitir la cosa gravada en garantía de una deuda propia, el acreedor pignoratício no sólo quebrantaria su obligación de cuidar de la cosa (...), sino que, además, incurriría en abuso*”: todavia, o Autor admite a dação em penhor do direito do credor pignoratício, hipótese na qual o credor sub-pignoratício poderá exercer os direitos do credor pignoratício face ao constituinte). Finalmente, também Chironi, *ob. cit.*, págs. 496 a 498, depois de definir o sub-penhor como uma nova alienação do valor ínsito no bem onerado, acrescenta que a sua constituição se dará através da notificação do empenhante do primeiro penhor e a todos os eventuais credores sub-pignoratícios intermédios, admitindo, por isso, implicitamente a figura.

<sup>1600</sup> Vide, entre nós, Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 691 e Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 128 a 130 (refutando o argumento tradicionalmente para admitir o sub-penhor – a possibilidade, legalmente reconhecida, de cessão da garantia independentemente do crédito que assegura – e concluindo pela sua incompatibilidade com os negócios de garantia, uma vez que, sendo admitida a cessão da garantia, “*haverá que concluir pela inadmissibilidade de sobreposição de contratos, em virtude de o credor pignoratício carecer de legitimidade para subempenhar o bem que lhe foi dado em garantia, dado que não resulta possível retirar qualquer argumento de maioria de razão a partir do regime da cessão de garantia. Efectivamente, tal mais não seria do que, pura e simplesmente, franquear as portas a uma pura inversão lógica*”). Todavia, Colaço Canário, págs. 61 e 62, admite o sub-penhor de um penhor de créditos, ou melhor, das prestações que constituam o objecto deste. Também em face do direito francês, a proibição do sub-penhor é reconhecida (vide, por exemplo, Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 98).

<sup>1601</sup> Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, págs. 200 e 201 (“*Uma vez que se propôs não seja reconhecido ao credor, sem autorização do empenhador, o direito de usar da coisa, não pode, sem essa autorização, o credor dá-la em penhor ou conceder o uso dela a terceiro*”) e Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 691. Diversamente, no direito italiano a lei limita-se a impedir a concessão, por parte do credor pignoratício, do gozo do bem empenhado a terceiro, sem excepcionar o caso em que tais negócios obtenham o beneplácito do proprietário do objecto do contrato, pelo que a questão se afigura mais complexa, sustentando Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 249, que tais negócios serão nulos (uma vez que o regime legal se funda no facto de o sub-penhor e a concessão a terceiros do gozo da coisa empenhada excederem o normal conteúdo da função de garantia do penhor), ao passo que Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 108 e 109 admitem a validade de semelhante convenção (produzindo esta, em regra, o efeito de permitir que o credor sub-pignoratício exerça os poderes autónomos do credor pignoratício, ocorrendo assim uma dação da coisa em penhor por parte do originário constituinte – e não um penhor do direito de penhor - em garantia de um débito do credor pignoratício, assim concorrendo dois penhores sobre o mesmo bem). Para Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 164, a regra da proibição do sub-penhor (cfr. art.º 2792.º do CCI) é derogável pela vontade das partes, por entender que, havendo o consentimento do concedente, se exclui “*che in tal caso si realizzi una ipotesi di autonoma circolazione del diritto di pegno, dato il concedente assume la veste di terzo datore di pegno, sulla stessa cosa, in favore del creditore del proprio creditore*”.

um lado, e entre o credor pignoratício e sub-pignoratício, por outro, para sustentar que a proibição apenas releva no âmbito da primeira destas relações.<sup>1602</sup>

De acordo com este raciocínio e por força de tal proibição, o credor pignoratício apenas poderá empenhar o crédito garantido – e não o bem empenhado – e desde que mantenha o modo de custódia inicialmente estipulado – não lhe sendo, por isso, legítimo entregar o bem – permanecendo na posse do bem no interesse do seu credor, mas sendo responsável pela sua custódia relativamente ao constituinte originário.<sup>1603</sup>

Ao invés, nas relações entre os credores pignoratício e sub-pignoratício, este último poderá, em relação ao constituinte da garantia e sem prejuízo dos efeitos resultantes da violação da proibição do sub-penhor, exercer todos os poderes que lhe cabiam relativamente ao constituinte originário.<sup>1604</sup>

Outros admitem em termos amplos o sub-penhor, partindo da premissa que o objecto deste é o direito de penhor (e não a coisa), equiparando-o a uma cessão parcial condicionada, a qual apenas produzirá efeitos relativamente a terceiros com a entrega da coisa.<sup>1605</sup>

---

<sup>1602</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 107 a 109, retirando do âmbito da proibição a impossibilidade de o credor pignoratício entregar o bem ao seu credor (pois tal implicaria a violação do modo de desapossamento estabelecido no contrato de penhor inicialmente acordado) e, por outro lado, que a violação desta proibição acarreta – para além das sanções previstas para o abuso da coisa empenhada por parte do credor pignoratício – que o sub-penhor não produza quaisquer efeitos relativamente ao constituinte do penhor originário, podendo este exigir que o bem empenhado seja colocado na situação contratualmente estabelecida e também a sua recuperação, mesmo se este se encontre em poder de terceiro, após o pagamento do débito originariamente garantido.

<sup>1603</sup> Concluindo que, desde modo, o constituinte não sofre qualquer prejuízo, uma vez que pagando ao credor do seu credor pignoratício, recuperará o bem (Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 107).

<sup>1604</sup> Assim, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 107 e 108 e Faggella, ob. cit., págs. 54 e 55 (advertindo para o facto de o credor sub-pignoratício se poder valer da garantia contra o primeiro devedor, exercendo o direito que cabe ao originário credor pignoratício e impedindo que este exija o pagamento do seu crédito e que o devedor lho pague. Por outro lado, o credor sub-pignoratício não poderá exigir o crédito pignoratício do seu devedor – dado que o sub-penhor não importa a cessão do crédito – nem tão pouco o poderá fazer o pignoratício – porque extinguiria o penhor – tudo isto sem prejuízo do direito do devedor originário de liberar a coisa, pagando o seu débito e o do seu credor. Porém, se o sub-penhor for constituído em garantia de um débito maior do que o débito originário, o devedor deste último apenas terá que liquidar a soma originariamente devida). A existência destes efeitos associados ao sub-penhor conduz à afirmação, por parte do primeiro dos mencionados Autores, da existência de “um penhor sobre o direito de penhor”, na medida em que o credor sub-pignoratício poderá, tendo em vista a satisfação do seu crédito, exercer sobre o bem empenhado os poderes que competiam ao credor pignoratício. O citado Autor sustenta, por outro lado, que estes efeitos em nada contendem com a incindibilidade do penhor relativamente ao crédito originariamente garantido, porquanto o sub-penhor não produzirá efeitos relativamente ao constituinte originário ou àqueles que dele tenham adquirido direitos (ob. cit., pág. 108).

<sup>1605</sup> É esta a posição de Francesco Pellegrini, ob. cit., pág. 127 e segs., para quem o sub-penhor produz dois efeitos em favor do credor sub-pignoratício: “a) *la ritenzione di fronte al debitore intermedio*; b) *il privilegio di fronti ai creditori dello stesso*”, embora o seu direito se encontre “*subordinato a questa condizione: che se il debitore paghi a sua insaputa, la cosa gli deve essere restituita. Ma egli conta precisamente su di ciò, che colui non pagherà se non colla contemporanea restituzione della cosa e quindi egli eserciterà indirettamente ma efficacemente la ritenzione, ove il pagamento, in caso di prevedibile contesa, non venga eseguito in favore del primo creditore, privo della cosa pignorata. Basterà, al momento giusto un pignoramento del credito con assegnazione giudiziale ed il debitore dovrà pagare direttamente a lui*”. Em face do exposto, a limitação do direito do credor sub-pignoratício prende-se com a actuação do devedor pignoratício proprietário da coisa, pois este, ao pagar, adquire o direito de reivindicar o objecto da garantia, assim reduzindo a cinzas o sub-penhor: todavia, até esse pagamento, não pode opor-se ao sub-penhor, nem mesmo argumentando que a coisa tenha sido entregue a um terceiro (como não pode o devedor cedido opor-se à entrega do bem pelo cedente ao cessionário), excepto se existir risco de deterioração ou perecimento do bem (sem prejuízo de, neste caso, o sub-penhor se manter após a entrega ao eventual depositário judicial). Finalmente, no que respeita ao conflito entre os direitos dos credores pignoratício e sub-pignoratício, este último encontra-se limitado – quanto ao montante –



Pelo contrário, para quem nega pura e simplesmente a validade do sub-penhor, em caso de celebração de um negócio desta índole, o produto da venda do bem empenhado reverterá unicamente em proveito do credor pignoratício, restando ao credor sub-pignoratício lançar mão da figura da sub-rogação do credor ao devedor (em caso de inacção daquele e quando o recurso a este instituto se mostre indispensável para assegurar a satisfação ou garantia do seu direito).<sup>1606</sup>

### 9.2.3 - Conservação do bem

Outro dever a que se encontra adstrito o credor pignoratício é o de guardar ou conservar a coisa empenhada com um proprietário diligente, respondendo pela sua existência e conservação (art.º 671.º, alínea a)),<sup>1607</sup> dever este que resulta do facto de o credor deter o bem também no interesse do proprietário<sup>1608</sup>.

Na medida em que o cumprimento deste dever pressupõe a entrega do bem empenhado, sendo este entregue a terceiro, apenas sobre ele recairá a obrigação de guarda da coisa,<sup>1609</sup> sem prejuízo da responsabilidade pelos danos decorrentes da sua

---

pelo primeiro (assim, se A deve 100 a B e constitui a favor deste um penhor e B, por seu turno, constitui um sub-penhor a favor de C no valor de 200, a garantia deste último apenas alcança aqueles 100; mas já na hipótese inversa - A deve 200 a B e constitui a favor deste um penhor e B, por seu turno, constitui um sub-penhor a favor de C no valor de 100 - o Autor entende que *“Il grado poziore, come è evidente, è quello di C per la semplice ragione che B è suo debitore e concorre soltanto sul sopravanzo. Il diritto di vendita e aggiudicazione passa senz'altro a C in forza del contratto di suppegno”*.

<sup>1606</sup> Assim, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 130.

<sup>1607</sup> Em termos semelhantes, o art.º 2790.º, n.º 1, do CCI estabelece que ao credor pignoratício compete guardar a coisa empenhada, respondendo, de acordo com as regras gerais, pela perda ou deterioração da mesma, o art.º 2080.º, n.º 1, do CCF (anterior à reforma de 2006, actualmente tal dever encontra acolhimento no art.º 2344.º), dispõe que o credor responde, nos termos estabelecidos na parte relativa aos contratos e às obrigações, pela perda ou deterioração do penhor que se tenha produzido por negligência sua, o §1215 do BGB (ressalvando os eventuais deveres especiais de conservação quando ao penhor esteja associada uma convenção anticrética - §1214 -) e o art.º 1867.º do CCE (no qual se pode ler que o credor deve cuidar do bem recebido em penhor com a diligência de um bom pai de família).

<sup>1608</sup> Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 260 e 261, avalizam as cláusulas contratuais de alteração do grau de responsabilidade do credor (seja no sentido de reforço, seja na direcção do aligeiramento) ou do ónus da prova, mas rejeitam as destinadas a excluir totalmente o dever de conservação do credor (por entenderem que tais acordos conduziram à eliminação da obrigação de restituição, a qual é reconhecida como sendo da essência do penhor e dando conta que a jurisprudência não admite as cláusulas que tenham por objecto desonerar o credor da sua obrigação essencial).

<sup>1609</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 243, acrescentando que o proprietário do bem empenhado poderá reclamar um eventual crédito relativo à indemnização por danos causados nesse bem (ou pela sua destruição), sem que, para tal, seja necessário liquidar o seu débito, isto por força do carácter não sinalagmático das duas obrigações. Também Protetti, ob. cit., pág. 219, sustenta a responsabilidade exclusiva do terceiro e, em consequência, faz respondê-lo, seja perante o proprietário do bem (relativamente à perda da propriedade do bem empenhado), seja contra o credor pignoratício (sendo a sua responsabilidade resultante da eventual não recuperação do crédito por força da perda da garantia); no mesmo sentido, vide ainda Francesco Carnigella, ob. cit., pág. 3557 (invocando a decisão da Corte de Cassação de 27/3/1990, n.º 2472, na qual se decidiu que, nos penhores constituídos mediante depósito do quid onerado em armazéns gerais, o dever de conservação impende apenas sobre os ombros do depositário), Realmonde, *Il pegno cit.*, pág. 658, Barbara Cusato, ob. cit., pág. 192 e, entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 89 e 90. Por seu turno Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 202, admite uma responsabilidade, concorrente com a do terceiro, do credor pignoratício, quando as circunstâncias assim o demonstrem, posição esta rejeitada por Realmonde, *Il pegno cit.*, pág. 664 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 101 (advogando a responsabilidade exclusiva do terceiro, até porque este é designado de comum acordo entre o credor e o devedor). Também Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 531, admite a responsabilidade do credor, mas apenas quando este tenha entregue a custódia do bem a um terceiro, sem o consentimento do empenhante, enquanto Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1883, entende que, apesar de o art.º 1867.º do CCE mencionar apenas o

conduta,<sup>1610</sup> muito embora não se exclua liminarmente que o terceiro possa, observadas certas condições, usar o bem onerado.<sup>1611</sup>

Mais complexa é a resposta quando o bem, ao invés de ser entregue a terceiro, se encontre submetido à guarda comum do credor e do empenhante.<sup>1612</sup>

Por se tratar do cumprimento de um dever, a função de guarda desempenhada pelo credor pignoratício não lhe confere o direito a uma compensação pela sua realização - o mesmo podendo não suceder com o terceiro -, mas terá direito a uma indemnização por eventuais danos sofridos por força do exercício das funções de conservação.<sup>1613</sup>

Há mesmo quem entenda que este dever de guarda se funda na posse da coisa – e num acordo de guarda dela - e não tanto do contrato de penhor, pelo que a nulidade deste não exime o credor do cumprimento daquele dever.<sup>1614</sup>

Questão complexa atine ao grau de diligência exigido ao credor pignoratício no cumprimento desta incumbência legal, sendo certo que a lei apenas dispõe que o deve fazer “*como um proprietário diligente*”, ou seja, apontando para um critério objectivo.<sup>1615</sup>

---

credor, a mesma será igualmente aplicável ao terceiro a quem as partes decidam entregar o bem). Finalmente, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 233, por considerarem o credor como mandante e, por aplicação das regras do mandato, responsável, perante o devedor, pela perda ou deterioração do bem empenhado.

<sup>1610</sup> Perante o constituinte da garantia pelos danos resultantes da perda ou deterioração da coisa empenhada resultantes da sua conduta negligente, assim como perante o credor pignoratício pelos danos e prejuízos que da dita conduta possam advir – neste sentido, Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 130.

<sup>1611</sup> Admite-o expressamente Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 89, desde que o depositário pague ao proprietário uma quantia relativa a essa utilização.

<sup>1612</sup> Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 101, sustentam que apenas será de assacar responsabilidade ao credor quando não pretenda levar a cabo ou não permita que outrem, nomeadamente a outra parte da relação de custódia comum, realize as operações necessárias para a conservação do bem. Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 664, restringe a responsabilidade do credor a esta segunda hipótese.

<sup>1613</sup> Assim, Barbara Cusato, *ob. cit.*, pág. 217, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 665 e Montel, *Pegno cit.*, pág. 785 e, no que respeita do direito de indemnização dos danos causados pela detenção do bem, Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, pág. 109, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 247 e Baudry-Lacantinerie, *ob. cit.*, pág. 142, justificando a solução com a analogia face ao depositário (uma vez que, para este, a lei prevê tal direito) e apontando como exemplo o caso de o bem empenhado se um animal atingido por uma doença contagiosa transmitida a outros animais do credor. Manifesta dúvidas a este respeito Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1885, pois, embora uma resposta afirmativa se possa fundar na norma que atribui tal direito de indemnização ao depositário (tendo em conta a identidade da situação do credor pignoratício), o entendimento contrário parece dominante no ordenamento espanhol (com fundamento no “*diverso interés tutelado en el contrato de depósito y en el derecho de prenda pues en esta su constitución se hace en beneficio del propio acreedor y por ello debe correr con los riesgos de un posible perjuicio*”).

<sup>1614</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 202 e, sobretudo, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 243, concluindo que, como nestes casos o dever de guarda resulta apenas da entrega do bem, a restituição pode, então, ser exigida pelo empenhador (e, se a coisa estiver em poder de um terceiro depositário, a restituição pode ser exigida sem o consentimento do credor, em virtude da invalidade do contrato de penhor) ou efectuada voluntariamente pelo credor pignoratício que pretenda exonerar-se da obrigação de guarda. Por seu lado Montel, *Pegno cit.*, pág. 784, entende também que este dever se baseia, não tanto na detenção, mas sim na entrega.

<sup>1615</sup> Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 102 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 664, sugerem que o credor deverá praticar todos os actos e operações de conservação que possam ser efectuados apenas por parte de quem se encontre na disponibilidade material do bem. Em termos diversos, o art.º 861.º, n.º 1, do Código de Seabra dispunha que o credor deveria guardar a coisa como se fosse própria, entendimento este sufragado por Paulo Cunha, *ob. cit.*, pág. 212 e Guilherme Moreira, *ob. cit.*, págs. 335 e 336, muito embora Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 247, defendesse, mesmo *de iure condito*, a aplicação do critério da culpa em abstracto (criticam este preceito Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 203, argumentando que o dever do credor não é o de guardar a coisa como própria, mas antes “*como coisa alheia cuja guarda lhe é*

Nesta conformidade, sugere-se que a diligência a usar seja a de um bom pai de família<sup>1616</sup> e que, para aferir se o comportamento do credor se coaduna com tal critério, deverão observar-se as regras gerais sobre a obrigação de guarda – enquanto acessória de uma outra relação -, tendo em conta as particularidades da relação pignoratícia,<sup>1617</sup> descartando-se uma cega e automática a aplicabilidade analógica das regras ditadas para o contrato de depósito.<sup>1618 1619</sup>

---

*confiada*” e também Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 691, que consideram preferível o critério objectivo adoptado pelo Código vigente).

<sup>1616</sup> Critério este expressamente utilizado pelo art.º 1867.º do CCE e sugerido por Montel, Pegno cit., pág. 785 (recusando o critério da culpa em concreto), por Faggella, ob. cit., pág. 112, Mirabelli, ob. cit., pág. 417, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 108, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 136, sustentando que tal obrigação deve ser assimilada à prevista, em termos gerais, no art.º 1137.º do CCF - nos termos do qual o devedor de um bem certo e determinado deverá usar, na sua conservação, dos cuidados de um bom pai de família -, Guillaouard, ob. cit., pág. 204 (concluindo, por isso, que o credor não poderá eximir-se da sua responsabilidade alegando que prestou ao bem empenhado os mesmos cuidados que dispensa aos seus próprios bens, afirmando mesmo que se o bem em questão requerer, pela sua natureza, cuidados especiais, será ao credor que incumbirá prestá-los), Troplong, ob. cit., pág. 116 (concretizando, porém, que não será exigível a diligência de um “muito bom pai de família”) e Weil, ob. cit., pág. 100. Sustenta, entre nós, a adopção do critério do bom pai de família Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125.

<sup>1617</sup> Assim, Rubino, Il pegno cit., pág. 243, posição esta subscrita por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 203 e 204, por Guillaouard, ob. cit., pág. 202 (considerando que o próprio art.º 2080.º do CCF coloca o credor pignoratício no mesmo plano de qualquer detentor de uma coisa alheia, estando, por isso, obrigado a vigiá-la e respondendo pelos prejuízos que resultem da sua culpa) e por Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 108. Montel, Pegno cit., pág. 784, considera mesmo que esta obrigação não é específica do credor pignoratício, antes incumbindo a qualquer sujeito que haja recebido um bem alheio com um determinado intuito, posição muito próxima da de Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1882 (entendendo este último que “*es una manifestación impuesta con carácter general (...) a todo obligado a dar una cosa determinada*”, cumprindo apenas assinalar que, de acordo com o critério do bom pai de família, o cumprimento ou não desta obrigação de conservação constitui uma questão de facto, sendo de considerar que “*ha sido diligente cuando acredite el acreedor o el tercero que tomó las medidas necesarias para evitar el daño en la cosa aunque luego éste se produzca*”) e de Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 531 (aceitando a aplicação das regras gerais que vigoram para obrigação de conservação de um bem alheio que se deverá devolver ao seu proprietário).

<sup>1618</sup> Emilia Massari, ob. cit., pág. 1091 e segs., fundamenta a sua posição na distinção entre os contratos de depósito e de penhor (enquanto o penhor é constituído no interesse primordial do credor, no depósito prevalece o interesse do depositante; no penhor não assume relevo a actividade do credor pignoratício – até porque o bem pode ser entregue a um terceiro – ao passo que no depósito são decisivas as qualidades pessoais do depositário; e, em particular, o conteúdo do depósito reside exclusivamente na custódia do bem, enquanto no penhor a custódia é apenas um meio para alcançar o fim de garantia do credor pignoratício. Em conclusão, no momento da extinção, no depósito haverá lugar à restituição do bem ao depositante, mas já no penhor a restituição apenas terá lugar se o devedor pagar a dívida garantida, pois, no caso de incumprimento, o credor procederá à venda, com preferência, do bem empenhado, entendendo o Autor que é nesta segunda alternativa que reside a essência do penhor: tendo em conta esta diferença, a aplicação analógica das normas do depósito ao penhor deve ser encarada com bastante cautela) e, sobretudo, o diverso título em que a detenção se funda num e noutra caso (o depositário detém em nome e no interesse alheio, do depositante; o credor pignoratício detém no nome de outrem, mas no próprio interesse). Nesta conformidade, quando o art.º 2790.º do CCI dispõe que o credor responde pela perda da coisa de acordo com as regras gerais não remete para o art.º 1780.º (que, em matéria de depósito, estabelece que quando a perda da posse se produza em resultado do comportamento de um terceiro, contra a vontade do depositário, a coisa seja retirada a este último) até porque tal significaria que “*in caso di perdita o deterioramento della cosa oppignorata per causa non imputabile al creditore, costui è liberato dall’obbligo di restituire la cosa*”, o que contrasta com a finalidade do penhor – atribuição de um direito real de garantia até ao momento da realização do crédito – e com a faculdade de exigir ao devedor uma reintegração da garantia com outros bens sempre que o objecto do penhor se perca ou se deteriore, mesmo que por caso fortuito (art.º 2743.º do CCI, norma esta que torna a aplicação do art.º 1780.º inútil e contraditória, porquanto “*Per l’art. 2743 il creditore pignoratizio avrà diritto di farsi consegnare un altro bene mobile, verificandosi così una surrogazione reale del pegno. Applicando invece l’art. 1780 si avrebbe che il creditore, spogliato del possesso senza sua colpa, sarebbe liberato, ma dovrebbe*

De acordo com este critério geral, parece pacífico que não incumbirá ao credor efectuar melhoramentos no objecto da sua garantia,<sup>1620</sup> nem preservar a coisa dos seus agentes interiores, nem tão pouco evitar as deteriorações inevitáveis,<sup>1621</sup> mas sim adoptar os comportamentos adequados a defender a coisa de agentes exteriores.<sup>1622</sup>

Mais discutível é saber se a obrigação abrange também as condutas destinadas a evitar as depreciações ou deteriorações do bem empenhado relacionadas com a sua própria natureza (respondendo alguns afirmativamente, sobretudo se estes cuidados reentrarem nas incumbências de um administrador diligente e sempre que tais cautelas não possam ser adoptadas pelo empenhador, posição esta contestada por outros),<sup>1623</sup> sendo igualmente discutido de ao credor incumbirá custear as despesas inerentes a tais operações.<sup>1624</sup>

---

*denunziare il fatto sotto pena di risarcire i danni*”). Em face do direito francês, a equiparação legal da posição do credor pignoratício à do depositário (cfr. art.º 2079.º do CCF), conduzirá a que a eventual responsabilidade do primeiro deve, à imagem do que sucede com o segundo, ser aferida com base no critério da culpa em concreto ou seja, aportando ao bem alheio recebido cuidados análogos aos dispensados aos bens próprios: porém, Baudry-Lancantinerie, ob. cit., pág. 204, recusa esta abordagem, salientando as diferenças entre os contratos de penhor e de depósito, sobretudo o carácter gratuito do serviço prestado pelo depositário que justifica uma responsabilidade atenuada (pois o contrato de penhor é celebrado no interesse de quem presta a garantia e do respectivo beneficiário, pelo que a regra especial prevista para a responsabilidade do depositário deverá ser descartada e substituída pela regra geral da culpa em abstracto). Rejeita (ou, quando muito, admite a sua aplicação atenuada) também a aplicação das regras do contrato de depósito Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125, alegando que no penhor, ao contrário do depósito, não estamos em face de uma situação de guarda do bem no exclusivo interesse do depositante (o empenhante), mas sim no interesse de ambos, uma vez que o depositário (credor pignoratício) também tem interesse na conservação do valor do bem onerado. Em termos análogos, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1514, evidenciando como a posição do credor pignoratício a quem haja sido entregue o bem onerado não é comparável à do depositário – não apenas porque o credor tem um interesse próprio na guarda do bem, mas também porque não tem que existir uma relação de confiança entre empenhante e credor pignoratício -, razão pela qual as regras ditas para este último contrato não poderão ser integralmente aplicáveis à guarda do objecto empenhado, sendo disso exemplo paradigmático a responsabilização do credor pignoratício por qualquer negligência, mesmo leve, no exercício da sua função de guarda.

<sup>1619</sup> Acerca da insuficiência das regras do depósito para explicar a posição do credor pignoratício ou do terceiro a quem seja entregue o bem empenhado, vide supra n.º 5.1.2 e 5.1.4 do Capítulo I.

<sup>1620</sup> Negam a existência de um dever de melhorar o bem empenhado Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 243 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125. Quando muito, deverá permitir que o devedor leve a cabo os melhoramentos que entenda pertinentes (Faggella, ob. cit., pág. 115). Por outro lado, também não incumbe ao credor proceder a quaisquer pagamentos necessários para levar a cabo tais melhorias (cfr. Montel, *Pegno cit.*, pág. 785).

<sup>1621</sup> Salienta este aspecto Barbara Cusato, ob. cit., pág. 217.

<sup>1622</sup> Ou, nas palavras de Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 531, “*desenvolver la conducta precisa para impedir cualquier menoscabo o alteración de la cosa, realizando cuantos actos resulten necesarios para la conservación de la misma, lo que, en ocasiones, le obligará al ejercicio de las acciones que le corresponden para evitar determinadas perturbaciones jurídicas que pudieren originar la imposibilidad de la posterior devolución de la cosa al constituyente de la prenda*”.

<sup>1623</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Penhor cit.* in *BMJ* n.º 58, pág. 204 e Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1514 (sustentando estes últimos que ao credor incumbe enfrentar o risco de deterioração ou diminuição do valor do bem onerado, normalmente obtendo o consentimento do empenhante, mas, mesmo sem este, cabendo-lhe a missão de adoptar as condutas que entenda necessárias, exemplificando com a substituição de valores empenhados cuja cotação diminua ou se preveja que venha a diminuir) e Cordero Lobato, *Comentarios cit.*, pág. 2147 (afirmando que “*Este deber comprende la realización de todo aquello que sea preciso para evitar cualquier desvalorización de la cosa o del título dominical el pignorante*”).

<sup>1624</sup> Designadamente por Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 243 (ilustrando a sua posição com o caso de bens que necessitam de cuidados periódicos – como os produtos agrícolas, nomeadamente vinho e azeite – os quais deverão ser executados pelo empenhante), *Realmonte, Il pegno cit.*, págs. 664 e 665 (embora este último reconheça que o credor deverá permitir a intervenção do empenhador, sempre que tal não prejudique a

Competirá, ainda, ao credor não impedir que o empenhador leve a cabo, à sua custa, actos de conservação ou melhoramento que não prejudiquem a garantia (embora para o efeito seja necessário mitigar o requisito da permanência da posse no credor como condição de manutenção da garantia pignoratícia, nomeadamente quando o credor devolva, temporariamente, o bem empenhado ao seu proprietário a fim de este proceder a reparações para as quais só ele dispõe dos conhecimentos adequados).<sup>1626 1627</sup>

Sendo certo que por conservação da coisa se deverá entender, não apenas a conservação material, mas também a conservação jurídica,<sup>1628</sup> não se afigura, todavia,

---

sua garantia) e Montel, Pegno cit., pág. 785. Já Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 138, sugere que, nestes casos, deverá ser o devedor a vigiar os bens empenhados e a prestar-lhes os cuidados reclamados pela sua natureza, sem que isso isente totalmente o credor pignoratício do seu dever de conservação (a ele continuará a caber a conservação material do bem, mas não aqueles cuidados reclamados pelas particulares características do bem, pelo que não poderá ser responsabilizado pela ausência destes últimos).

<sup>1625</sup> Defende a vigência, em regra, da obrigação do credor custear as despesas conexas com a conservação do bem onerado Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125. Pelo contrário, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 532, entende que “*como criterio general, sólo procede entender que el acreedor pignoraticio viene obligado a la anticipación de los gastos necesarios para la conservación de la cosa si razones de urgencia así lo determinan, es decir, si por el hecho de no facilitar las cantidades necesarias se arriesga la conservación o el deterioro de la prenda*”.

<sup>1626</sup> Assim, Montel, Pegno cit., pág. 785, Rubino, Il pegno cit., pág.243 e Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 664 e 665. Já Faggella, ob. cit., pág. 114, escreve que o credor pode permitir que seja o devedor a satisfazer o ónus de conservação do bem empenhado ou, assegurando ele mesmo o cumprimento daquele dever, deverá permitir que o proprietário da coisa exerça poderes de vigilância e de visita, sem que tais actos impliquem o desapossamento do credor. No nosso direito Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 126, entende que o credor não se pode opor a que o empenhador actue sobre o bem onerado, desde que o faça a expensas suas e sem prejudicar a garantia do credor.

<sup>1627</sup> Acerca da questão de saber se a devolução do bem empenhado ao credor origina inapelavelmente a extinção do penhor, vide infra n.º 10.2 do Capítulo I.

<sup>1628</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 244, aponta como exemplo a celebração de um contrato de seguro para proteger certas mercadorias que sejam habitualmente, embora não obrigatoriamente, asseguradas (contudo, o mesmo Autor reconhece que ao credor pignoratício não caberá pagar os prémios de um seguro já anteriormente contratado, sem prejuízo da faculdade que lhe assiste de antecipar tais prémios como forma de evitar a rescisão desse contrato). Por seu lado Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 102, concluem igualmente que no dever de conservação não se inclui a obrigação de assegurar o bem empenhado, salvo se tal resultar da lei ou da particular natureza do bem (opinião partilhada por Realmonte, Il pegno cit., pág. 664), mas entendendo que ao credor pignoratício caberá advertir o proprietário do eventual risco a que se encontra exposto o objecto da garantia. Já Faggella, ob. cit., págs. 115 e 116, considera que, em princípio, o credor pignoratício não tem o dever de segurar o bem empenhado (embora o possa fazer, designadamente para efeitos de transferir a responsabilidade por eventuais perdas ou deteriorações da coisa por si causados, devendo, neste caso, suportar o pagamento dos prémios), excepto no caso de o contrário resultar da natureza do bem ou dos costumes gerais ou locais (mas salientando que caberá ao proprietário liquidar os respectivos prémios), mas já terá a obrigação de proceder à renovação dos títulos recebidos em penhor (se entender não o fazer, deverá devolvê-los ao proprietário para que este, querendo, proceda a tal renovação), correndo as despesas inerentes por conta do devedor. Também Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 265, entendem estar o credor obrigado a segurar o bem quando a lei ou uma estipulação contratual assim o imponha, apontando Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 137, o exemplo de um penhor sobre um crédito hipotecário, para sugerir que, em tal caso, compete ao credor proceder à renovação da inscrição da hipoteca dentro do prazo (a propósito deste mesmo exemplo, Mirabelli, ob. cit., págs. 418 e 419, entende, porém, existir um concurso de culpas entre o devedor e o credor, pelo que aquele não poderá acusar este de uma omissão da qual também é responsável). Finalmente Montel, Pegno cit., pág. 785, considera que dentro dos actos de conservação jurídica poderão caber, dependendo das circunstâncias e da natureza do objecto, a interrupção da prescrição do crédito recebido em penhor (também cita este exemplo Faggella, ob. cit., pág. 115), a conversão de notas que cessem o seu curso legal, a renovação a de um título que caduque e até o assegurar do bem empenhado.

líquido se incumbirá ao credor exercer as acções de que o constituinte seja titular para reclamar ou defender o bem de terceiro, o que se nos afigura excessivo.<sup>1629</sup>

Noutra ordem de considerações, o credor não deverá ser responsabilizado pelos danos produzidos na coisa empenhada resultantes de casos fortuitos ou de força maior, ainda que estes produzam a destruição total do bem,<sup>1630</sup> aceitando-se que, nesse caso e no limite, que deva comunicar, em obediência aos ditames da boa fé, tal ocorrência ao proprietário.<sup>1631</sup>

---

<sup>1629</sup> Responde negativamente Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2147, entendendo ser esta uma mera faculdade concedida por lei ao credor pignoratício, esgotando-se o dever do credor na comunicação ao constituinte da existência de uma ameaça ou de uma lesão efectiva ao bem ou ao direito de propriedade por parte de um terceiro. Com efeito, não implicando a constituição do penhor a perda da propriedade do bem onerado, o empenhante conserva os meios legais para defesa do direito de propriedade (que utilizará de acordo com o seu critério), do mesmo modo que, como vimos, o credor pignoratício dispõe de outros tantos mecanismos para tutela do seu direito real, sendo que, não raras vezes, o recurso a algum deles (v.g., acções de restituição da posse) redundará em favor do próprio empenhante.

<sup>1630</sup> Assim, Guillouard, ob. cit., págs. 203 a 205, embora seja ao credor que incumba provar que a perda ou deterioração se deveu a caso de força maior ou, pelo menos, não resultou de culpa sua, não bastando, para esse efeito, alegar que a coisa se perdeu, sendo antes necessário demonstrar que o acidente que causou tal perda e que ele nada podia fazer para o evitar (apresentando e contestando a solução, consagrada noutras legislações, de fazer responder o credor mesmo que a perda ou deterioração se devesse a caso fortuito – solução essa justificada com a necessidade de forçar o credor a zelar com grande cuidado do bem empenhado e de, do mesmo modo, auxiliar o devedor que normalmente ignora as condições em que o penhor se tenha perdido ou deteriorado), Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 137 e 138, sustentando ser essa a consequência da aplicação das regras gerais e adicionando que dessas mesmas regras decorre a obrigação do credor pignoratício demonstrar a existência de tais factos fortuitos ou de força maior. Por outro lado, o citado Autor assimila a estes casos, para efeitos de eximir a responsabilidade do credor, as hipóteses em que o dano resulte de um facto do devedor (podendo, então, o credor exigir o pagamento do seu crédito e de outras eventuais quantias devidas) ou de um terceiro, desde que não tivesse o dever de o prevenir (caso em que goza do direito de ser indemnizado pelo terceiro pelos danos sofridos, obtendo um valor igual ao do objecto empenhado, mas apenas podendo conservar um montante equivalente ao do seu crédito, devendo restituir o remanescente ao devedor constituinte da garantia), Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 108 (acrescentando que o credor também não será responsabilizado pelos danos decorrentes de vícios próprios da coisa, incumbindo-lhe, todavia, tal prova) e Troplong, ob. cit., pág. 117 (concordando que sobre o credor recai o ónus de provar a ausência de culpa própria na produção dos danos). No direito interno, podemos citar Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 69 e 70 (acrescentando que em caso de perda ou deterioração não imputáveis ao credor, este poderia exigir outro penhor ou o cumprimento imediato da prestação, nos termos do art.º 860.º, n.º 4, do Código de Seabra) e no direito espanhol Puig Brutau, ob. cit., pág. 40 e Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 533 (este último escrevendo que “*el acreedor sólo quedará exonerado de responsabilidad si la perdida o el deterioro se produce sin su culpa, mediando caso fortuito o fuerza mayor, o por los vicios de la propia cosa, y de otra, que, presumiéndose su culpabilidad, le corresponde al acreedor probar la concurrencia del caso fortuito o de las otras causas que le eximen de responsabilidad*”). Já Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 125, advoga que o credor apenas é responsável pelas perdas e deteriorações do bem empenhado que lhe sejam imputáveis.

<sup>1631</sup> Vide, por todos, Almeida Costa, Penhor cit., pág. 26 (impondo ao credor o dever de avisar o proprietário do risco de deterioração, fundando tal dever no princípio da boa fé, embora admita excepções como no caso analisado, em razão do facto de o bem empenhado ter permanecido em poder do empenhante e ser, por natureza, deteriorável). Contra, citando em conformidade o Acórdão do Tribunal de Torino de 13/10/1949 (alegando que a norma, relativa ao contrato de depósito, impondo ao depositário a obrigação de denúncia imediata da perda ao depositante, não é aplicável analogicamente ao contrato de penhor), Protetti, ob. cit., págs. 223 a 225 (sustentando que o art.º 2790.º do CCI remete para as normas gerais e estas não impõem qualquer obrigação de comunicar ao proprietário a produção de danos no bem temporariamente confiado à guarda de outrem) e, especialmente, Emilia Massari, ob. cit., pág. 1096 e segs. (salientando que o objectivo desta obrigação – que recai sobre o depositário, de modo a tornar possível ao proprietário o exercício da acção de reivindicação – não é transponível para a situação do credor pignoratício, porquanto os deveres deste em caso de perda da coisa possuem um fundamento diverso, qual seja o de poder devolver a coisa aquando do cumprimento da obrigação garantida por parte do devedor, devendo por isso “*esercitare le azione necessarie per perché il debitore non abbia subire*

No entanto, em virtude da presunção de culpa constante do art.º 799.º, sobre o credor pignoratício recai o ónus de demonstrar que a perda ou deterioração do objecto da garantia não se deveu a responsabilidade sua.<sup>1632</sup>

De acordo com uma outra qualificação, a obrigação de conservação do bem empenhado, por parte do credor pignoratício, deverá considerar-se como uma obrigação de meios e não de resultado.<sup>1633</sup>

Em resumo, do dever de conservação resulta a obrigação de o credor, uma expirada vez chegado o momento, restituir o bem empenhado em bom estado<sup>1634</sup> ou, em caso de perda ou deterioração, provar que estas não lhe são imputáveis (desonerando-se, em tal hipótese, da sua obrigação de restituir o bem empenhado, mas conservando o direito de exigir o pagamento do seu crédito) ou, não conseguindo tal prova,<sup>1635</sup> sendo responsável pelos danos causados por essa perda ou deterioração, mas sem que tal responsabilidade exonere o devedor do seu dever de liquidar a obrigação garantida.<sup>1636</sup>

---

*danni, ed anzi il debitore può, anche se il creditore gli abbia effettuato la denuncia, rifiutarsi di esercitare le azioni ed anche di ricostituire la garanzia al creditore con un altro oggetto*". Nesta conformidade e dado que o credor tem o poder e o dever de exercer todas as acções respeitantes ao proprietário, "con l'esercizio di tali azioni si esauriscono gli obblighi del creditore pignoratizio" – ao contrário do que sucede no depósito, em que o depositário apenas pode exercer as acções possessórias, daí surgindo o dever de alertar o proprietário. Mais ainda, mesmo que o credor cumpra os seus deveres, o proprietário devedor pode sofrer danos, mas sem que tal se possa relacionar com a omissão do dever de comunicação, uma vez que, para isso, era necessário demonstrar que "il proprietario può risentire danni per l'omissione della denuncia occorrerebbe dimostrare che non tutti i poteri a lui spettanti sono esercitabili dal creditore pignoratizio; che, cioè, egli avrebbe potuto fare qualcosa che all'altro era negato. In quanto, invece, tutte le azioni spettanti al proprietario sono dalla legge accordate pure al creditore, non rimane altro che limitare l'ipotesi al caos che il proprietario fosse in grado, per ragioni a lui peculiari (...) di esercitare il suo diritto e di condurre le azioni meglio, e con migliore successo, del creditore pignoratizio. Ma l'ipotesi è manifestamente di limite e, da sola, non può certo legittimare l'invocata applicazione analogica dall'art. 1780").

<sup>1632</sup> Chama a atenção para este facto Menezes Leitão, *Garantias cit.*, pág. 204, embora, a propósito de uma decisão judicial por si contestada, Almeida Costa, *Penhor cit.*, págs. 23 a 25, advoga que "A simples prova, pois, de que os bens empenhados se deterioraram ou pereceram não basta para preencher o requisito da ilicitude. O perecimento pode ocorrer pelas mais diversas causas, mesmo quando o credor pignoratício tenha usado de todos os cuidados de um proprietário diligente" - por ser assim, o ónus da prova da ilicitude da conduta do credor incumbe ao proprietário do bem empenhado (que deveria ter provado não ter o credor pignoratício actuado, na conservação do bem empenhado, como o teria feito um proprietário diligente) e, não logrando tal prova, o perecimento do bem corre por conta do seu proprietário, originando unicamente a extinção do penhor (cfr. art.º 730.º, alínea c), por remissão do art.º 677.º) e não qualquer obrigação de indemnização do proprietário a cargo do credor. Em termos concordantes com posição defendida no texto, para o direito espanhol, Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1884 (concluindo terem o credor ou o terceiro o ónus de demonstrar terem adoptado todos os comportamentos exigíveis, na situação concreta, a um bom pai de família, ressaltando não existir qualquer violação deste dever em caso de perda do bem onerado devida a caso fortuito ou de força maior ou devida a vícios intrínsecos do próprio bem, salvo se outra coisa houver sido expressamente acordado entre as partes), López, Montés e Roca, *ob. cit.*, pág. 144 e a Sentença do Tribunal Provincial de Lugo n.º 20/2003, de 14 de Janeiro (citada por Lerena Cuenca e outros, *ob. cit.*, pág. 527).

<sup>1633</sup> Piedlièvre, *Les sûretés cit.*, pág. 183 e Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 458. Pelo contrário Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 259 e 260, preferem falar de uma obrigação de meios reforçada, uma vez que sobre o credor recai uma presunção de culpa pelo desaparecimento do bem, da qual apenas se exonera provando a ausência de culpa sua (não bastando demonstrar ter prestado ao bem recebido em garantia os mesmos cuidados por ele dedicados aos seus próprios bens).

<sup>1634</sup> Ou, como prescreve Faggella, *ob. cit.*, pág. 112, no estado em que a recebeu e depois de praticados por si os actos necessários à sua conservação.

<sup>1635</sup> Designadamente por não lograr a demonstração que, em face do caso concreto, cumpriu os deveres de cuidado que se impunham - Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 126.

<sup>1636</sup> Guillouard, *ob. cit.*, págs. 203 e 204.

Outros aspectos decisivos deverão ainda ser abordados, particularmente quando estejamos perante um penhor sobre coisas fungíveis e/ou perecíveis.

O primeiro deles concerne à eventual possibilidade de alienação e/ou substituição, por parte do credor e ao abrigo deste dever de conservação, das coisas originariamente empenhadas por outras idênticas, sem prejuízo da consistência da garantia, designadamente quando se trate de bens fungíveis e/ou perecíveis, questão esta cuja resposta se encontra indissolúvelmente ligada à aceitação ou não da figura da sub-rogação no âmbito da relação pignoratícia (e até à sua operatividade *ope legis* ou apenas quando exista estipulação das partes nesse sentido).<sup>1637</sup>

A este propósito é detectável uma orientação claramente aberta a essa possibilidade (sustentando que a extensão da obrigação de conservação depende da natureza dos bens empenhados),<sup>1638</sup> em confronto com outra nitidamente mais

---

<sup>1637</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>1638</sup> Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 250, admite, quando o objecto do penhor consista em bens fungíveis, a possibilidade de as partes convencionarem, mesmo na ausência de lei expressa nesse sentido, ter o credor direito de dispor desses bens, restituindo, no final, outras equivalentes (constituindo, deste modo, um penhor irregular, passando para o credor a propriedade, os ganhos e os riscos inerentes ao dito bem), sem que tal modificação prejudique a preferência pignoratícia (argumentando que, tendo o devedor o direito de substituir o penhor, nada obstará a que conceda igual faculdade ao credor), Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, pág. 459, admitindo que, caso o bem empenhado seja perecível, a obrigação de conservação se transmuda num dever de disposição, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 68 (aceitando tal substituição quando se trate de bens fungíveis e entendendo tratar-se mesmo de um dever quando o bem seja perecível), Théry, ob. cit., pág. 300 e Weil, ob. cit., pág. 101, em especial nota 1 (considerando mesmo ter o credor a obrigação de vender os bens perecíveis), Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 159 (afirmando que “*sans doute le principe est-il que le gagiste doit restituer la chose engagée elle-même; mais ce principe est justement écarté dans l’intérêt du débiteur pour les choses périssables; le gagiste tenu de vendre ne devrait donc avoir à restituer que le prix de vente*”), Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 126, nota 403, (afirmando que “*ao credor pignoratício é atribuída a faculdade de poder alienar os bens empenhados e substituí-los por outros equivalentes quando se trate de bens perecíveis, dado que a constituição de um penhor com estas características confere implicitamente ao credor pignoratício a condição de gestor de negócios em interesse próprio e no interesse do empenhador*”) e Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2147 (afirmando, precisamente, que “*La extensión de la obligación de conservación de conservación dependerá de la naturaleza de los bienes gravados, pues hay que entender que el acreedor está facultado y obligado a explotar ordinariamente la cosa si esta es fructífera. Es más, está incluso facultado para enajenar los bienes pignorados y sustituirlos por otros cuando éstos sean perecederos, ya que la constitución de una prenda de estas características confiere implícitamente al acreedor la condición de gestor en interés propio y del pignorante. Además, si el acreedor ha sido expresamente autorizado por el pignorante (...) está legitimado para negociar con los bienes gravados, sustituyéndolos también por otros equivalentes*”, sendo que, nestes casos, “*la diligencia exigible al acreedor no está referida a la conservación de los bienes inicialmente pignorados, sino a la conservación diligente de del valor que represente la universalidad de cosas pignoradas*”).



restritiva,<sup>1639</sup> inclinando-nos nitidamente para a primeira, sobretudo havendo cláusula contratual autorizando o credor a actuar desse modo.<sup>1640</sup>

Poder-se-á, ainda, debater se, assim sendo, não deveremos qualificar a garantia como um penhor irregular, no qual a obrigação de restituição poderá ser cumprida mediante a restituição de um objecto equivalente – e não necessariamente o que fora entregue - ao inicialmente onerado.<sup>1641</sup>

O segundo aspecto discutível diz respeito à obrigatoriedade de o credor pignoratício manter separado o bem empenhado dos bens que lhe pertencem a título de propriedade, de modo a permitir a restituição daquele em caso de extinção da garantia,<sup>1642</sup> embora a resposta a esta questão se encontre prejudicada pela anterior (bem como pela posição adoptada relativamente à identificação destes bens no contrato de penhor),<sup>1643</sup> uma vez que a admissibilidade de substituição dos concretos objectos fungíveis onerados restringe o alcance desta interrogação.

Em caso de violação da obrigação de guarda, importa distinguir consoante a perda ou deterioração do bem empenhado ainda não se tenha verificado ou, ao invés, tais danos já se tenham produzido: na primeira hipótese, caberá ao constituinte da garantia o recurso ao expediente consagrado no art.º 673.º;<sup>1644</sup> na segunda e desde que haja culpa do credor pignoratício, poderá o proprietário exigir uma indemnização pelos danos sofridos.<sup>1645</sup>

O montante da indemnização corresponde à diferença entre o valor do bem no momento da constituição da garantia e no momento actual, deduzida a depreciação inerente ao desgaste normal provocado pelo tempo (e, caso ao credor tenha sido facultado o uso do bem, a uma utilização corrente) e as eventuais despesas e

---

<sup>1639</sup> Mais restritivos são Guillouard, ob. cit., pág. 161, considerando que a alienação, por parte do credor pignoratício, de uma parte ou da totalidade dos bens empenhados, mesmo com o consentimento do proprietário e mesmo que tais bens sejam substituídos por outros de igual género e valor, desvirtua o contrato de penhor, por força do carácter essencial da manutenção da propriedade do bem no constituinte da garantia (dando antes origem a um negócio atípico), Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 183 (afirmando que, pelo facto de o credor pignoratício não ser proprietário dos bens empenhados, a circunstância de se desapossar de tais bens implicar uma renúncia ao seu direito, solução esta confirmada pela inexistência de um princípio geral de sub-rogação legal). Posição híbrida é a de Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 545 (entendo que a entrega da coisa ao credor faz desaparecer a respectiva fungibilidade, excepto tratando-se de dinheiro, pelo que apenas admitem a substituição neste último caso ou quando as partes assim o estipularem. Já no que concerne aos bens perecíveis, pensam que o credor não será obrigado a aliená-los, mas apenas a avisar o credor desse facto, admitindo, todavia, que o credor os venda quando o interesse comum das partes o justifique).

<sup>1640</sup> Confome melhor se verá no Capítulo IV (em especial, no n.º 1.1).

<sup>1641</sup> Vide infra n.º 1.1 do Capítulo IV.

<sup>1642</sup> Reconhece, em geral, esta obrigação Montel, Pegno cit., pág. 785, citando decisões judiciais nas quais foi assacada responsabilidade ao credor pignoratício por violação desse dever.

<sup>1643</sup> Vide infra n.º 2.2 do Capítulo II, para onde remetemos também a respeito da questão aludida no texto.

<sup>1644</sup> Sobre este direito do credor, vide supra n.º 9.1.3.

<sup>1645</sup> Em face do direito espanhol, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1884, sintetiza as consequências do incumprimento do dever de conservação, considerando que sobre o credor impenderá o dever de indemnizar o constituinte pelos danos por este sofridos, embora quando o comportamento do credor ou do terceiro sejam meramente negligentes a lei (cfr. art.º 1103.º do CCE) admita a sua atenuação do montante da indemnização por parte dos tribunais. De acordo com o direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1515 e 1516, consentem que o empenhante opte entre exigir a devolução do bem (ou a sua entrega a um terceiro depositário) ou satisfazer antecipadamente o credor pignoratício (os mesmos direitos assistindo ao proprietário do bem onerado, quando não seja o empenhante): cumulativamente, poderá ainda reclamar uma indemnização pelos danos causados no bem onerado (excepto quando o empenhante não for o proprietário, caso em que poderá unicamente reclamar a devolução do bem, uma vez liquidado o crédito garantido).

melhoramentos realizados pelo credor<sup>1646</sup> (muito embora se admitam ressalvas quanto a determinado tipo de bens, *maxime* os perecíveis),<sup>1647</sup> sendo discutível o enquadramento da pretensão no âmbito da responsabilidade contratual ou extra-contratual.<sup>1648</sup>

Quando, pelo contrário, a perda ou deterioração do bem empenhado se produza sem que se verifique responsabilidade do credor, restará a este exigir a substituição ou o reforço do penhor ou, em alternativa, o cumprimento imediato da obrigação (art.º 670.º, alínea c)), enquanto ao devedor não restará qualquer alternativa senão conformar-se com tal perda ou deterioração (neste último caso, seria pensável o recurso à venda antecipada – art.º 674.º -, mas tal preceito apenas pode ser invocado exista fundado receio de deterioração e não quando este já se tenha efectivamente produzido).

Para além disso, o credor poderá incorrer na prática de um crime se e quando se aproprie da coisa dada em penhor, pois tal conduta poder-se-á enquadrar na previsão legal do crime de abuso de confiança (previsto e punido no art.º 205.º do Código Penal)<sup>1649</sup> ou, quando se limite a danificá-la, praticar o crime de dano (previsto e punido pelo art.º 212.º do mesmo Código).<sup>1650</sup>

---

<sup>1646</sup> Embora o empenhador possa desconhecer esse dano, pois, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor pode executar o bem empenhado e ser pago pelo seu valor (como se este não tivesse perecido ou deteriorado). Para Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 202, o proprietário poderá exigir o pagamento da indemnização sem necessidade de proceder ao pagamento do crédito garantido, tendo em conta o carácter não sinalagmático das duas obrigações (contra, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 137, afirmando que o crédito pelos danos sofridos pelo proprietário devedor se compensará com o valor da sua dívida garantida pelo penhor), pelo que se, no momento do vencimento do direito à indemnização, o crédito garantido ainda não o esteja, ficando, nesse caso, aquela afecta ao penhor (mas não em poder do credor pignoratício, sendo antes depositada), ou seja, o credor paga uma indemnização e, em caso de execução da garantia, pode pagar-se por ela (caso contrário, o credor ficaria privado da garantia e o empenhador liberto da mesma). Além disso, Faggella, ob. cit., pág. 118, entende que o credor deverá restituir ao proprietário do bem a totalidade dos proveitos obtidos através do uso não autorizado daquele, proporcionalmente ao valor utilizado.

<sup>1647</sup> Almeida Costa, Penhor cit., págs. 27 e 28, alega que, no caso de bens deterioráveis, esta indemnização nunca poderá ultrapassar o valor que se obteria com a venda dos bens antes de se produzir a deterioração (e nunca o valor actual dos bens empenhados), pois, mesmo que não houvessem sido empenhadas, ou se procedia à sua venda antes da deterioração ou, se tal não se verificasse, o seu valor perder-se-ia integralmente.

<sup>1648</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 194 e 195, qualifica esta responsabilidade como contratual, por resultar da violação do dever que recai sobre o credor pignoratício de guardar o bem e, além disso, o bem empenhado é-lhe confiado para um fim que não abrange o uso do bem. Por seu turno Rubino, Il pegno cit., pág. 250, considera existir um concurso de responsabilidade contratual e extra-contratual, cabendo ao proprietário a opção pela invocação de uma outra, posição sufragada por Realmonte, Il pegno cit., pág. 666. Este diverso enquadramento produz consequências práticas, designadamente ao nível do prazo de prescrição do direito (sendo certo que não foi acolhida a proposta de Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 197, no sentido de estabelecer um prazo de prescrição desta indemnização de 6 meses, contados a partir da restituição - salvo se se provasse que, durante esse período, não havia tido conhecimento do dano e do seu responsável, caso em que o prazo se contaria desse conhecimento – pelo que valerão os prazos comuns).

<sup>1649</sup> De acordo com este preceito, será punido quem ilegitimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade, havendo, em qualquer caso, lugar à punição da simples tentativa (n.ºs 1 a 4) e dependendo o procedimento criminal depende de queixa ou até de acusação particular (art.º 207.º). Acrescente-se ainda que, de acordo com o art.º 206.º, nos casos previstos no n.º 4 do artigo 205.º, extingue-se a responsabilidade criminal, mediante a concordância do ofendido e do arguido, sem dano ilegítimo de terceiro, até à publicação da sentença da 1.ª instância, desde que tenha havido restituição da coisa furtada ou ilegitimamente apropriada ou reparação integral dos prejuízos causados (n.º 1) e, quando a coisa furtada ou ilegitimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do prejuízo causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada (n.º 2). Todavia, a respeito da interpretação deste preceito, Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 94 e segs., entende que, embora o mesmo seja potencialmente aplicável à apropriação por parte do credor pignoratício do bem empenhado (uma vez

Finalmente, cumpre destacar que o credor desta obrigação de conservação será normalmente o empenhante, não podendo os danos resultantes da sua omissão ser exigidos por outros credores daquele.<sup>1651</sup>

Este dever de conservação assume contornos específicos no âmbito do penhor de direitos em geral e do penhor de créditos em especial, conforme se alcança do art.º 683.º,<sup>1652</sup> no qual se impõe ao credor a obrigação de cumprir os actos indispensáveis à conservação do direito empenhado, bem como a cobrar os juros<sup>1653</sup> e demais prestações acessórias compreendidas na garantia:<sup>1654</sup> numa palavra, cabe-lhe zelar activamente pela não extinção, nem modificação do direito de crédito.<sup>1655</sup>

---

que, apesar do silêncio da lei, entende que, entre os títulos não translativos da propriedade, deverão incluir-se todos os que produzam a obrigação de restituir ou apresentar a mesma coisa recebida ou equivalente), não o será quando o objecto apropriado consista em créditos ou outros direitos (alegando não serem estas coisas em sentido material, nem em jurídico, afirmação esta que choca com a ampla noção de coisa dada pelo art.º 202.º) ou em bens fungíveis, como o dinheiro (pois, “*Tratando-se aqui de objectos que se confundem ou podem confundir no património de quem os recebe, e ainda que seja exacto que o direito de propriedade só pode ter por objecto coisas certas e determinadas, o carácter alheio da coisa, nem é, por um lado, em princípio afectado pela sua confusão no património do tomador, nem, por outro lado, tal confusão perfaz sem mais o tipo objectivo do abuso de confiança*”). Do mesmo modo, em face do direito francês, Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 183, Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 458, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 261 e Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 60, muito embora estes Autores entendam que o credor praticará tal crime quando, mesmo não se apropriando do bem, o dissipe ou destrua (mas, de acordo com a última Autora mencionada, também o devedor que destrua ou dissipe, ou tente fazê-lo, o bem empenhado, comete um crime, chamado desvio de penhor).

<sup>1650</sup> Nos termos deste preceito, será punido quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia, incluindo a tentativa, dependendo o procedimento de queixa (cfr. n.ºs 1 a 3). O possível enquadramento da conduta do credor pignoratício na órbita deste crime resulta claro se considerarmos, com Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 212, que na noção legal de “*coisa alheia*” reentra também aquela que não pertence ao “*possuidor que a detém e frui sob qualquer título que não o direito de propriedade*”.

<sup>1651</sup> Neste sentido, vide o aresto da Corte de Cassação italiana de 1/3/1986, n.º 1309, no qual se recusou a pretensão de um credor de uma sociedade, contra o credor pignoratício sobre participações sociais dessa mesma sociedade, pelos danos decorrentes da omissão, por parte deste último, do dever de conservação, traduzida na protecção do património social.

<sup>1652</sup> Em termos análogos, vide o art.º 2802.º do CCI, o art.º 2081.º do CCF (anterior à reforma de 2006) e o art.º 1454.º do CCB.

<sup>1653</sup> Guillouard, ob. cit., pág. 159, considera a atribuição desta faculdade ao credor pignoratício como um desvio à proibição que sobre ele impende de usar o objecto da garantia, justificada por ser um procedimento mais prático e célere. Pace, ob. cit., pág. 126, destaca ser esta uma das diferenças entre o penhor de coisas e o penhor de créditos, pois neste último – ao invés do primeiro – o credor pode apropriar-se (parcialmente, no que toca aos juros) do *quid* empenhado. Daniel Fasquelle, ob. cit., pág. 26, entende ser este, não apenas um direito, mas igualmente um dever do credor pignoratício, uma vez que “*dans la mesure où il est comptable des fruits, il serait en effet responsable des intérêts et dividendes qui ne seraient pas reçus par sa faute*” (vide, a propósito, o art.º 2081.º do CCF).

<sup>1654</sup> Considerando que a presunção anticrética vigora também no domínio do penhor de créditos, por força da remissão geral contida no art.º 679.º, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 48.

<sup>1655</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 135 e segs., coloca em relevo como, na fase que antecede a execução da garantia, o dever de conservação impõe ao credor obrigações de *facere* e de *non facere*. Relativamente às primeiras, a Autora defende a sua existência, não obstante a ausência de entrega material do bem, no penhor de bens incorpóreos (uma vez que as “*formalités requises pour le gage des biens incorporels sont l'équivalent de la remise de la chose des biens corporels; elles placent donc le détenteur du gage de biens incorporels en mesure de conserver l'assiete. En outre, le risque de disparition ou d'amoindrissement de leur valeur existe même si ces biens ne peuvent faire l'objet d'une disparition matérielle*”), mas com especificidades (nomeadamente no que toca ao penhor de contas bancárias e de contas de instrumentos financeiros, em que a responsabilidade do detentor da conta se encontra limitada ao cumprimento das instruções acordadas e transmitidas pelas partes, surgindo uma violação deste dever de conservação unicamente quanto à realização de operações que extravasem esse âmbito). No que concerne às obrigações de abstenção, elas traduzem-se, essencialmente, na interdição de

Quando o penhor incida sobre um crédito, “*le maintien de la valeur d’une créance, c’est avant tout celle de la solvabilité du débiteur. Or, celle-ci est fonction des actes...du seul débiteur, non de ceux du constituant ou dui créancier nanti*”.<sup>1656</sup>

Ainda no domínio do penhor de créditos, poderá até reter-se que o dever de conservação não recai exclusivamente sobre o credor, vinculando igualmente o empenhante, tendo em conta a especial relação que liga este último ao devedor do crédito onerado,<sup>1657</sup> assumindo especiais contornos quanto à própria notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado da constituição da garantia.<sup>1658</sup>

A generalidade destes deveres destina-se a assegurar a própria garantia do credor pignoratício, mas também a manutenção do crédito do empenhante, projectando-se até, nalguns casos, em favor do terceiro devedor do crédito empenhado.<sup>1659</sup>

---

uso e disposição do bem empenhado, respeitando a principal especificidade ao penhor de créditos, na medida em que o credor pode cobrar os juros do crédito empenhado e imputá-los ao pagamento da dívida garantida.

<sup>1656</sup> Como bem nota Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 64, esta especificidade advém, ainda, de “*la créance a une vocation naturelle à s’éteindre par l’effet du paiement. Or, le paiement extintif peut intervenir avant que la créance garantie soit elle-même devenue exigible*”.

<sup>1657</sup> Neste sentido, García Vicente, *La prenda* cit., pág. 109 e segs., concluindo, em conformidade, que ambos terão um interesse legítimo na conservação da integridade do *quid* onerado e, por isso, a ambos assistirá legitimidade para, indistinta e isoladamente, exercer as acções destinadas à conservação e defesa do bem onerado, esclarecendo, ainda, que a responsabilidade do credor será tendencialmente maior a partir do momento em que a sua garantia seja notificada ao terceiro devedor do crédito empenhado, (podendo, no limite, ser responsabilizado pelos danos que a sua (in)acção cause ao empenhante, por exemplo quando o crédito perca o seu valor ou até venha a tornar-se incobrável – v.g., por via de prescrição – em razão de tal conduta ou até, tratando-se de bens sujeitos a grandes flutuações de valor – v.g. acções ou outros valores mobiliários - quando não disponha deles em momento considerado mais favorável), enquanto que existirá responsabilidade acrescida por parte do empenhante quando sejam onerados créditos futuros ou resultantes de contratos bilaterais (no primeiro caso devendo assegurar o nascimento do crédito, no segundo não o frustrando). Em termos similares, Finez Ratón, *ob. cit.*, pág. 214 a 216, partindo da contitularidade entre estes dois sujeitos criada com a constituição do penhor de créditos (traduzida, emblematicamente, na legitimação conjunta para cobrança do crédito empenhado), conclui, salvo pacto em contrário, que “*Cualquiera de los dos puede adoptar las medidas oportunas para la conservación del crédito. Es una legitimación indistinta, analogicamente con lo que ocurre entre los comuneros en la comunidad de bienes (...) y que implica que ambos acredores deben aportar lo que sea necesario para que tenga efectividad el acto conservativo*”. Pelo contrário, Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* cit., pág. 251, salienta como, no penhor de créditos, a prática de actos de conservação do objecto da garantia por parte do constituinte da mesma poderia não causar qualquer dano ao credor, podendo até o constituinte fazê-lo sem a colaboração do credor: todavia, não foi esta a opção do legislador, ao impor ao credor o exclusivo da adopção de tais condutas.

<sup>1658</sup> García Vicente, *La prenda* cit., pág. 112 e segs., no silêncio da lei acerca da questão de quem deverá efectuar tal notificação, sustenta que a mesma, quando efectuada pelo credor (sujeito para quem tal formalismo assume maior importância, uma vez que torna não liberatórios todos os pagamentos posteriores feitos ao empenhante por parte do devedor do crédito empenhado) “*no bastará por si sola si no se constata, además, la autorización o firma del cedente*”, pelo que “*la notificación deberá ser realizada por el pignorante o por ambos, pues el deudor no tiene que atender a la comunicación de un tercero que le dice que ha adquirido una prenda de créditos, ni tiene que hacer averiguaciones sobre la veracidad de tal aserto*”, sendo suficiente, para o efeito, que o credor exhiba o contrato de penhor.

<sup>1659</sup> Embora o empenhante se encontre sujeito a um dever simétrico de abstenção da prática de actos modificativos ou extintivos do crédito empenhado que conflituem com o direito do credor pignoratício, sem prejuízo do direito de disposição do crédito, nomeadamente através de cessão. Como exemplo de deveres que se projectam na esfera jurídica do terceiro devedor, podemos apontar o dever de, em caso de cobrança do crédito por parte do credor pignoratício, dar quitação do cumprimento e restituir o título da obrigação (neste último caso apenas se o credor o tivesse recebido do empenhador, ao abrigo do art.º 682.º).

Relativamente à titularidade deste dever quando o mesmo crédito haja sido empenhado em favor de diferentes credores, sustenta-se que esta recai sobre todos eles, tendo em conta a necessidade de protecção dos interesses do empenhador.<sup>1660</sup>

De entre estes actos a cargo do credor pignoratício, contam-se a conversão dos títulos que deixem de ter valor, o protesto das letras (pressupondo, em ambos os casos, que um penhor com este objecto seja um penhor de créditos, o que, como se viu não é líquido), a renovação das hipotecas que garantam o crédito dado em penhor e a interrupção da prescrição do capital e dos juros do crédito dado em penhor.<sup>1661</sup>

Também neste caso, o incumprimento do dever de conservação pode implicar responsabilidade para com o devedor, desde que este sofra um dano efectivo<sup>1662</sup> e desde que os actos de conservação omitidos pelo credor não pudessem ter sido levados a cabo pelo devedor por força da existência da relação pignoratícia<sup>1663</sup> (se assim for, o credor pignoratício terá a faculdade de levar a cabo esses actos, mas não o dever de o fazer).<sup>1664</sup>

Mais ainda, a própria obrigação de cobrança, por parte do credor pignoratício, do crédito empenhado logo que este se torne exigível, ainda que o crédito garantido não se encontre vencido (cfr. art.º 685.º, n.º 1),<sup>1665 1666</sup> pode ser reconduzida ao dever de

---

<sup>1660</sup> Assim, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 51, apontando como exemplo o caso de o credor pignoratício de segundo grau ter conhecimento e dispor dos meios para interromper a prescrição do crédito empenhado, destarte protegendo igualmente os diversos credores aos quais é legítimo interpellar o terceiro devedor para o cumprimento, visando a consolidação da garantia sobre o objecto do crédito (todavia, a este segundo credor pignoratício não é lícito cobrar o crédito empenhado, pelo que o pagamento efectuado pelo devedor do crédito empenhado a estes credores pignoratícios não é liberatório). Por seu turno Pace, ob. cit., pág. 128, entende que, quando o mesmo crédito seja empenhado a favor de dois credores distintos, surge uma relação adicional entre o segundo credor pignoratício e o empenhante e, por outro lado, entre os dois credores pignoratícios, das quais resulta que “*il secondo creditore pignoratizio ha la pretesa, allo stesso modo che titolare del credito, nei confronti del primo creditore a che questi si comporti con normale diligenza per adempiere al dovere di conservazione del credito dato in pegno; e nei confronti del debitore pignorante ha la pretesa, così come l’ha il primo creditore, a che questi non compia atti che ledano la garanzia*”.

<sup>1661</sup> Exemplos avançados por Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 244 e citados por Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 701. Todavia, o Autor italiano não concorda com a inclusão da interrupção da prescrição no âmbito deste dever do credor pignoratício, porquanto ao credor competirá, neste caso, cobrar o capital e os juros do crédito empenhado mal estes se tornem exigíveis e mal comece a correr o prazo de prescrição, por isso, se o credor se limitar a interromper a prescrição em vez de cobrar o capital e os juros, não cumpre a sua obrigação de conservação do bem empenhado (podendo mesmo ser chamado a indemnizar o titular do crédito empenhado quando o respectivo capital e juros se tornem incobráveis).

<sup>1662</sup> Por exemplo, se o capital ou os juros do crédito dado em penhor prescreverem ou se tornarem incobráveis por força da posterior insolvência do devedor desse crédito.

<sup>1663</sup> Designadamente pelo facto de o documento comprovativo do crédito empenhado se encontrar em poder do credor pignoratício ou de o devedor não poder, sem o consentimento do credor pignoratício, cobrar os juros e/ou o crédito principal.

<sup>1664</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 244 e 245.

<sup>1665</sup> Embora não exista semelhante preceito no direito francês, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 100 e 101, admitia a concessão, por parte do devedor, de um mandato ao credor pignoratício para que este cobre o crédito empenhado, dele se apropriando por via de compensação, entendimento este partilhado por Ancel, ob. cit., pág. 114, Simler e Delebecque, *Droit civil cit.*, págs. 472 e 473 (em rigor, estes dois Autores admitem a concessão de dois tipos de mandatos ao credor pignoratício: um primeiro, destinado a operar antes do vencimento do crédito garantido, permitindo-lhe receber as quantias resultantes da liquidação do crédito empenhado; outro, visando o momento posterior ao vencimento do crédito garantido, permitindo-lhe cobrar e pagar-se do crédito empenhado a partir do momento do seu vencimento. Contra a validade desta segunda modalidade de cláusulas se manifesta Piedlièvre, *Les sûretés cit.*, pág. 194 reconhecendo não fazer sentido requerer a venda do crédito empenhado, mas acrescentando restar ao credor pignoratício a possibilidade de solicitar a respectiva atribuição em pagamento), Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, págs. 547 e 548 (informando que os pactos destinados a operar antes do vencimento do crédito garantido são admitidos pela jurisprudência, não tanto por considerar que a proibição do pacto comissório não opera no âmbito do penhor de créditos – posição

---

esta subscrita, por exemplo por Weil, ob. cit., págs. 96 e 98, com fundamento no facto de o crédito ter um valor nominal e não poder ser subestimado em prejuízo do empenhador -, mas antes por entender que tais mandatos se aplicam ao dinheiro proveniente da liquidação do crédito dado em garantia e não ao crédito em si; relativamente aos pactos cujos efeitos se produzem após o vencimento do crédito garantido, os Autores manifestam grandes reticências em admiti-las, tendo em conta proibição do pacto comissório, muito embora salientem a orientação favorável da doutrina e a ausência de respostas da jurisprudência), Théry, ob. cit., págs. 322 e 323 (aceitando a validade dos dois tipos de cláusulas e propendendo, *de lege ferenda*, para uma generalização da concessão de tais poderes ao credor pignoratício, informando que a jurisprudência admite, ao menos em certos casos, a validade de tais cláusulas), Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 69 (assegurando que tais convenções não violam a proibição do pacto comissório) e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 262 e 263 (indo mais longe e atribuindo ao credor o direito de receber o objecto do crédito empenhado, com fundamento no instituto da gestão de negócios). Rejeita a concessão deste tipo de mandato Guillouard, ob. cit., pág. 160, qualificando tal cláusula como nula por se traduzir num acto de disposição do bem, acto esse cuja prática se encontra vedada ao credor.

<sup>1666</sup> Em termos muito aproximados, o direito brasileiro impõe ao credor pignoratício o dever de cobrança do crédito empenhado, logo que este se torne exigível e, se consistir numa quantia em dinheiro, deverá depositá-la num local determinado de comum acordo com o seu devedor (quando a prestação tiver por objecto a entrega de um bem, o penhor sub-rogar-se-á neste): se, porém, o crédito pignoratício se encontrar vencido, o seu titular pode reter a quantia paga pelo devedor do crédito empenhado (devolvendo o eventual excedente ao seu devedor) ou, consistindo o crédito empenhado na prestação de coisa, excutir esse mesmo bem para pagamento (cfr. art.º 1455.º do CCB). Pelo contrário, o direito espanhol, como se disse, não regula o penhor de créditos, mas, não obstante, Díez-Picazo, ob. cit., pág. 492, admite que, vencendo-se primeiramente o crédito dado em garantia (face ao crédito garantido), o credor pignoratício possa cobrar tal crédito, sub-rogando-se o valor recebido ao crédito inicialmente empenhado, enquanto na hipótese inversa (vencimento anterior do crédito garantido) sustenta que o credor pode executar a garantia nos termos gerais ou aguardar pelo vencimento do crédito dado em garantia para exigir do devedor o seu cumprimento, imputando o valor cobrado ao montante que lhe era devido (através da figura do penhor irregular). Por seu turno Cruz Moreno, ob. cit., pág. 1303 e segs., esclarece que o direito do credor pignoratício cobrar o crédito empenhado se cinge aos créditos pecuniários ou fungíveis (não se traduzindo numa verdadeira cessão de créditos, uma vez que “*a pesar de que el acreedor pignoratício se apropria del obtenido (no con finalidad de cobro, sino de continuación de su derecho de garantía por medio del mecanismo de subrogación real), la titularidad del crédito nunca le fue transmitida, pudiendo el constituyente hasta ese momento disponer del crédito, transmitiéndolo o gravándolo nuevamente*”), sob pena de a garantia se tornar ilusória quando o crédito empenhado se vença antes do crédito garantido “*pues si es el constituyente el que cobra el crédito no sería posible mantener el derecho de garantía del acreedor pignoratício sobre un objeto fungible, que al entrar en el patrimonio del constituyente se confunde con el suyo propio*” (pelo contrário, quando o crédito empenhado tenha como objecto coisas infungíveis, a Autora advoga que, quando o crédito onerado se vença antes do garantido, o credor pignoratício poderá reclamar ao empenhante a entrega do referido objecto que passou a ser o *quid* sobre o qual recai a garantia). Mais precisamente e de acordo com esta Autora, se o crédito empenhado se vencer antes do garantido e o objecto da prestação for dinheiro ou outro bem fungível, assiste ao credor o direito de o cobrar; caso contrário, a cobrança terá que ser efectuada pelo empenhante: de qualquer modo, em ambos os casos o credor pignoratício passa a gozar de uma garantia sobre o objecto prestado (no primeiro caso, constituir-se-á um penhor irregular sobre o bem fungível prestado, perdendo o empenhante a propriedade desses bens, mas ficando os seus direitos assegurados, em caso de cumprimento da obrigação garantida, pela obrigação do credor pignoratício lhe restituir o equivalente ou, em caso de incumprimento, pelo dever do credor pignoratício devolver um eventual excesso de valor do crédito onerado face ao garantido; na hipótese inversa de crédito a uma prestação não fungível, o empenhante adquire a propriedade do bem prestado, o qual permanece onerado com uma garantia a favor do credor pignoratício), produzindo-se um fenómeno de sub-rogação real que permite a sobrevivência da garantia apesar da extinção do crédito onerado (cujos requisitos se encontram preenchidos, ou seja, a perda ou alienação de um elemento do património, a entrada de um bem no mesmo património pelo mesmo título do bem que de lá saiu, a existência de um laço entre o bem desaparecido e o substituto e a transferência para o bem subrogado dos direitos existentes sobre o bem desaparecido) e, assim, “*Gracias a una ficción legal, lo obtenido con el cobro del crédito pignorado se convierte en el nuevo objeto del derecho real de garantía*”, retroagindo a data de constituição da garantia à data do originário nascimento do penhor de créditos (a mesma faculdade de cobrança assiste ao credor pignoratício quando o seu crédito se vença antes do crédito empenhado, sendo justificada porque a execução se torna desnecessária - “*Pues en el caso de prenda de crédito dinerario, la propia naturaleza del mismo no sólo hace innecesaria en*

conservação do objecto da garantia e não ser considerado como um mero poder ou faculdade atribuído ao credor pignoratício.<sup>1667</sup>

Com efeito e na medida em que não assiste ao credor pignoratício – como o não assiste ao próprio credor comum – o direito de exigir o cumprimento da obrigação garantida antes do seu vencimento, a cobrança do crédito dado em penhor permite-lhe manter a sua garantia, passando esta a recair sobre o bem prestado em cumprimento do crédito empenhado (art.º 685.º, n.º 1, parte final).<sup>1668</sup>

Destarte, o penhor, que inicialmente incidia sobre um crédito transforma-se em penhor sobre o objecto da prestação creditória, podendo este fenómeno ser explicado através do recurso à figura da sub-rogação.<sup>1669</sup>

O mesmo efeito produzir-se-á mesmo que o crédito tenha por objecto dinheiro ou outra coisa fungível.<sup>1670</sup> Simplesmente, neste último caso, o devedor do crédito empenhado só poderá efectuar a prestação, conjuntamente, ao seu credor e ao credor pignoratício<sup>1671</sup> e, na falta de acordo entre estes, tem a faculdade de recorrer à consignação em depósito (art.º 685.º, n.º 2).

---

*ciertas ocasiones la ejecución (...) sino que hace necesario conceder al acreedor pignoratício el derecho de cobro del crédito si no se quiere que desaparezca su derecho*” – podendo o credor pignoratício optar por, em alternativa, a tal execução, aguardar pelo vencimento do crédito onerado e proceder à respectiva cobrança, nos mesmos termos em que o pode fazer quando o crédito empenhado se vença antes do garantido.

<sup>1667</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 245 (acrescentando que caso o devedor do crédito dado em penhor se recuse a pagar, o credor pignoratício poderá lançar mão de uma acção executiva, mas tratar-se-á de uma execução ordinária e não pignoratícia, uma vez que a posição do credor pignoratício será a que caberia ao concedente da garantia), Neves de Oliveira, *ob. cit.*, págs. 49 e 52 (qualificando esta faculdade atribuída ao credor pignoratício como um poder-dever) e Cruz Moreno, *ob. cit.*, pág. 1306, salientando como “*El poder que otorga el ius exigendi al acreedor garantizado es equivalente al que dispensa el derecho de posesión cuando se trata de cosas corporales*”, pelo que “*a la facultad de cobro del crédito pignorado se liga el deber de cuidado del crédito, lo cual implica la debida exacción de intereses y cobro del capital al vencimiento y la realización de cuantos actos conservativos sean necesarios*”.

<sup>1668</sup> Esta cobrança permite ao credor pignoratício conservar a garantia, ao consentir que este adquira o controlo possessório sobre o objecto resultante daquela cobrança do crédito.

<sup>1669</sup> Considerando que, deste modo, o penhor de créditos se transforma em penhor de coisa ou em penhor irregular (se o crédito dado em penhor tivesse por objecto dinheiro ou outras coisas fungíveis), Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 246 (explicando esta transformação através da sub-rogação), Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 703, Neves de Oliveira, *ob. cit.*, pág. 52, Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 252 e Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, pág. 212 (afirmando este último inequivocamente que se produz “*uma sub-rogação, sucedendo a coisa ao crédito como objecto do penhor: res succedit in locum nominis*”). Defendendo a mesma solução para o direito espanhol na ausência de norma expressa a este respeito, vide Jordano Fraga, *ob. cit.*, pág. 314 (citando vários Autores em sentido idêntico). Acerca desta e de outras normas que, ao menos aparentemente, legitimam a possibilidade de substituição do bem onerado, vide *infra* n.º 3.5.2 do Capítulo II.

<sup>1670</sup> Mais difícil será quando o objecto do crédito empenhado não consista numa coisa, mas antes numa prestação de facto, parecendo que o credor pignoratício ficará em posição de poder exigir tal prestação, mas apenas após o vencimento da obrigação garantida (e não antes, pois o objecto da prestação, depois do seu cumprimento, será insusceptível de conservação, implicando antes uma apropriação definitiva do bem por parte do credor, em eventual violação da proibição do pacto comissório), devendo, para o efeito, atribuir-se-lhe um valor pecuniário.

<sup>1671</sup> Nos termos do art.º 685.º, n.º 4, o titular do crédito empenhado (devedor do crédito garantido) não poderá receber, sem o consentimento do credor pignoratício a prestação resultante desse crédito, independentemente de o crédito garantido se encontrar ou não vencido: caso esse consentimento tenha lugar, o penhor extingue-se (norma praticamente igual consta do art.º 1457.º do CCB, ressalvando apenas a necessidade de a anuência do credor pignoratício ter que ser dada por escrito): assim, se o devedor do crédito dado em penhor pagar, depois de notificado da constituição do penhor, ao seu credor, paga mal e, por isso, fica sujeito a ter que pagar uma segunda vez ao credor pignoratício.

Esta última solução justifica-se com a necessidade de protecção dos interesses do empenhador, evitando o risco do credor pignoratício dissipar esses bens fungíveis e muito em particular o dinheiro.<sup>1672</sup>

É, por isso, discutível se, tendo o penhor por objecto um crédito em dinheiro cujo vencimento ocorra em momento anterior ao vencimento do crédito garantido<sup>1673</sup> – e, por efeito da cobrança, se tenha transformado num penhor de coisa ou irregular<sup>1674</sup> –

---

<sup>1672</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 703. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 214 e 215 justifica a diversidade de regimes com o facto de, quando o crédito não tenha por objecto dinheiro ou outras coisas fungíveis, a posse do bem pelo credor pignoratício não prejudicar o empenhador, na medida em que aquele teria a coisa em seu poder se o penhor tivesse sido logo constituído sobre essa mesma coisa. Pelo contrário, quando o crédito tenha por objecto dinheiro ou outro bem fungível, existe o risco de o credor pignoratício dissipar tais bens ou de estes se confundirem com os bens próprios desse credor.

<sup>1673</sup> Se, ao invés, o crédito garantido se vencer antes do crédito empenhado, o credor pignoratício dispõe de três alternativas: promover a venda executiva do crédito empenhado, realizar a respectiva venda extraprocessual ou receber o crédito empenhado pelo valor fixado pelo tribunal (nos dois últimos casos apenas se tal houver sido convencionado entre as partes) – cfr. Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 55. Contudo, se o objecto do crédito dado em penhor for dinheiro, questiona-se se o titular da garantia poderá reter a quantia necessária para o pagamento do seu crédito, devolvendo o eventual remanescente ao seu devedor, isto é, ao titular do crédito empenhado (esta hipótese levanta dúvidas semelhantes à daquela outra indicada no texto, tendo em conta a proibição do pacto comissório – aceitando tal possibilidade, Rubino, Il pegno cit., pág. 246). Para o direito espanhol e pese embora a ausência de regulamentação específica para o penhor de créditos, García Vicente, La prenda cit., pág. 102 e segs., socorrendo-se do regime previsto no art.º 507.º do CCE para o usufruto de direitos (do qual extrai a regra da possibilidade de o titular de um direito real limitado poder imobilizar e controlar o destino do objecto do seu direito), entende que, nada se dizendo em contrário aquando da notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado comunicando-lhe a constituição da garantia, a legitimidade para a cobrança do crédito empenhado assiste, como regra, conjuntamente ao credor pignoratício e ao empenhante (pois a ambos interessa o destino daquilo que for cobrado), sem prejuízo de qualquer deles poder reclamar a cobrança, mas devendo ambos receber o pagamento (em caso de dúvida, o devedor do crédito empenhado deverá consignar em depósito o montante em dívida), distinguindo igualmente consoante o crédito empenhado se vença antes (caso em que se deve recusar, salvo convenção em contrário, a cobrança por parte do empenhante – uma vez que tal suporia uma inutilização da garantia, por não ser possível imobilizar a quantia prestada -, consentindo-se a cobrança apenas por parte do credor pignoratício ou, conjuntamente, por este e pelo empenhante: caso a cobrança seja efectuada apenas pelo credor pignoratício, nasce “*un crédito eventual a la restitución del que él es deudor y el pignorante acreedor. Digo que es eventual puesto que depende su cumplimiento de si el crédito garantizado se satisface o no voluntariamente quando llega su vencimiento*”, produzindo-se uma sub-rogação real “*en el objeto de la prenda si cobra el acreedor pignoraticio: se subroga en el crédito pignorado la deuda de restitución*”) ou depois do crédito garantido (caso em que a faculdade de cobrança por parte do credor pignoratício se confunde com a execução da garantia).

<sup>1674</sup> A este respeito, Pace, ob. cit., pág. 128 e segs., assume uma posição *sui generis*, defendendo que o vencimento do crédito onerado faz com que “*il rapporto obbligatorio fra i due creditori si estingua per il fatto stesso che non esiste più il credito dato in pegno. Al posto del vecchio rapporto così estinto subentrerà un nuovo rapporto di pegno regolare o irregolare, a seconda che l’oggetto della prestazione sia un corpus certo e determinato, oppure delle somme di denaro o delle cose fungibili*”, excluindo o enquadramento do fenómeno no âmbito da sub-rogação real (figura de cuja existência dogmática duvida, concluindo tratar-se de um conceito falso, “*perchè pretende far rientrare, in forza di una finzione legale, nel fenomeno della modifica dei rapporti quelli che sono invece dei casi di estinzione e successione di rapporti, e che non possono perciò trovare la loro giustificazione in una finzione legale*”) ou da substituição do objecto, explicando-o através da vontade presumida das partes no momento da constituição do penhor de créditos, nos termos da qual acordam na constituição eventual de um penhor sobre a prestação do crédito empenhado (embora o penhor de créditos seja de natureza obrigacional e o outro, sobre o objecto desse mesmo crédito, seja de natureza real), de tal modo que “*non si abbia qui un semplice fenomeno di modificazione nel rapporto per mutamento dell’oggetto di esso, ma una vera e propria estinzione di un rapporto al cui posto ne subentra un altro in conseguenza della espressa o presumibile volontà delle parti*” (pelo que, no momento do vencimento do crédito garantido, o credor pignoratício poderá executar o bem objecto da prestação – tendo o penhor de créditos sido convertido



o credor pignoratício se possa satisfazer-se directamente sobre essa coisa, sem necessidade de proceder à respectiva alienação, nomeadamente em função da proibição do pacto comissório.<sup>1675</sup>

Refira-se, ainda, que, não obstante o poder atribuído ao credor pignoratício para proceder à cobrança do crédito empenhado, o terceiro devedor pode opor àquele todos os meios de defesa de que dispunha contra o empenhador, excepto os que decorram de factos posteriores ao conhecimento do penhor ou sejam posteriores à notificação da constituição da garantia ou à sua aceitação pelo devedor (cfr. art.º 585.º, aplicável por força do art.º 684.º).<sup>1676</sup>

Comprova-se, assim, que os poderes e deveres do credor titular de um penhor de créditos variam consoante o seu crédito (crédito garantido) se encontre ou não vencido: no primeiro caso, importa ainda distinguir consoante o crédito empenhado seja exigível depois do crédito garantido<sup>1677</sup> ou, ao invés, este seja exigível antes daquele;<sup>1678</sup> após o

---

num penhor regular de coisa – ou, tendo-se transformado num penhor irregular e passado a incidir sobre um bem fungível diverso do dinheiro, deverá o credor pedir a condenação judicial ao pagamento do equivalente ao montante pecuniário da dívida garantida e, com base nessa decisão, o credor pignoratício desobriga-se do dever de restituição das somas recebidas; tratando-se de dinheiro, poderá simplesmente imputá-lo ao pagamento do crédito garantido, sem que, neste último caso, se possa falar de apropriação – porque, tratando-se de um penhor irregular, a propriedade dos bens empenhados já pertence ao credor – nem de compensação, uma vez que ao crédito em dinheiro do credor pignoratício não corresponde um crédito certo e exigível do empenhante).

<sup>1675</sup> Acerca da aplicação da proibição do pacto comissório ao penhor de créditos, vide infra n.º 4.3.4 do Capítulo I.

<sup>1676</sup> Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 702. No direito espanhol e pese embora a ausência de regulamentação do penhor de créditos, mas com base no princípio que não pode, por força da constituição da garantia, ficar numa posição pior do que a que detinha anteriormente, Garcia Vicente, *La prenda cit.*, págs. 118 a 121, admite que o devedor do crédito empenhado possa opor ao credor pignoratício as excepções decorrentes da relação jurídica da qual brota o crédito empenhado (como sejam todas as resultantes da relação obrigacional fonte do crédito empenhado, bem como dos contratos bilaterais ainda não cumpridos dos quais o crédito empenhado faça parte. Ao invés, não poderá invocar as excepções relacionadas com o próprio contrato de penhor, por se tratar de um contrato ao qual o devedor do crédito empenhado é estranho: porém, mesmo neste caso, há quem advogue a possibilidade de invocação destas excepções de modo a não pagar a quem não deve e sem efeitos liberatórios, posição este refutada pelo Autor, alegando que a defesa do devedor do crédito empenhado passa por efectuar o pagamento a quem lhe tenha sido indicado aquando da notificação da constituição do penhor e, tendo dúvidas, consignar em depósito a sua prestação), bem como as que tenha com o credor pignoratício para além da relação de garantia (por exemplo, a compensação de créditos, desde que conhecesse o penhor e se tenha reservado o direito de a invocar ou se tenha oposto à constituição do penhor – em ambos os casos, apenas a compensação anterior ao conhecimento – ou se este nunca lhe foi notificado, caso em que poderá opor a compensação de todos os créditos, anteriores ou posteriores à constituição do penhor; não a poderá invocar, pelo contrário, se o devedor do crédito empenhado tiver consentido na constituição do penhor, independentemente de os créditos a compensar serem anteriores ou posteriores à constituição do penhor). Pace, ob. cit., pág. 139 e segs., ao configurar o do poder de cobrança do credor pignoratício como uma substituição do empenhante, retira consequências quanto à possibilidade de o devedor do crédito empenhado opor a excepção de compensação, seja com créditos do empenhante, seja com créditos do credor pignoratício: na primeira hipótese, apenas a poderá invocar se os requisitos da compensação se verificaram antes da constituição do penhor – caso se tenham verificado depois, não poderá opor, pois “*la prestazione dovuta al sostituto non è più equivalente a quella dovuta al titolare del credito: il che si traduce nel difetto della reciproca esibibilità dei crediti da compensare*”; quanto à compensação com créditos do credor pignoratício, o Autor recusa-a, porquanto este último não actua com base num direito próprio, mas somente como substituto do empenhante, faltando assim o requisito da reciprocidade dos créditos a compensar, razão pela qual o devedor do crédito empenhado apenas poderá opor as excepções de que disponha face ao empenhante.

<sup>1677</sup> Caso em que assistirá ao credor pignoratício, além do direito de receber os juros do crédito empenhado e de os imputar ao pagamento dos juros e do seu próprio crédito, a possibilidade de exigir do constituinte da garantia um conjunto de informações (nomeadamente em relação ao cumprimento das eventuais contra-prestações devidas pelo constituinte respeitantes ao crédito empenhado). Inversamente,

vencimento do seu crédito, o credor pignoratício poderá não dispor de algumas das prerrogativas normalmente conferidas ao titular de um penhor de coisas.<sup>1679</sup>

Finalmente, o poder/dever do credor pignoratício conservar o bem onerado, quase como se fosse o verdadeiro credor do crédito empenhado, pode ser enquadrado – principalmente tendo em conta a faculdade de cobrança do crédito empenhado – no instituto mais lato da legitimação, entendido como o fenómeno através do qual um sujeito dispõe da faculdade de praticar actos de disposição ou de administração relativamente a um direito sobre o qual não tem a titularidade.<sup>1680</sup>

---

sobre os seus ombros pesarão algumas obrigações particulares, destinadas a zelar para que, no momento do vencimento do crédito empenhado, este possa ser cobrado, adoptando um conjunto de providências conservatórias (como a constituição de uma outra garantia em caso de deterioração da situação económica do terceiro devedor do crédito empenhado), as quais são enquadráveis no dever geral de conservação que impende sobre os credores pignoratícios (embora tal dever apenas surja apenas se o credor “*avait les éléments et les connaissances suffisantes pour apprécier la situation (...). Ainsi, le débiteur en relations d'affaires avec une entreprise dispose d'informations que le gagiste ignore le plus souvent. Inversement, en créancier gagiste engage sa responsabilité envers le constituant s'il est par exemple à la fois banquier de ce dernier et du débiteur de la créance nanti. Dans ce cas, le créancier ne pourrait sérieusement soutenir qu'il ne disposait pas d'informations complètes pour prendre des mesures conservatoires*”) - Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 65 a 67.

<sup>1678</sup> Nesta hipótese, verifica-se uma substituição do objecto da garantia, a qual deixa de incidir sobre o crédito - que se extinguiu – para passar a recair sobre a prestação objecto daquele crédito (normalmente pecuniária), embora Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 67 a 69, recuse a atribuição ao credor pignoratício do direito de cobrar e receber tal prestação (até porque tal significaria atribuir-lhe o direito a apropriar-se do objecto da sua garantia, antes ainda do vencimento do crédito garantido, para além da eventual violação da proibição do pacto comissório), exigindo antes o consentimento do credor pignoratício e do seu devedor (constituente da garantia) e rematando que o produto da cobrança deve ser depositado (tratando-se de dinheiro, numa conta bancária), podendo o credor pignoratício obter a sua atribuição em pagamento apenas depois do vencimento do crédito garantido. O mesmo Autor esclarece que o efeito sub-rogatório do objecto da garantia prescinde do consentimento do devedor constituente da garantia, tendo em conta que “*Il est admis que si la chose engagée est périssable, le créancier doit la vendre et que la restitution portera alors sur une chose semblable. De même, si le gage porte sur une chose consommable, le gagiste n'est pas tenu de la conserver. La créance peut très bien être comparée à une denrée périssable. A la date d'exigibilité, le fruit est mûr, et le créancier doit agir s'il ne veut pas voir sa créance disparaître (...). Il existe, certes, le risque de voir le créancier disposer des sommes ainsi recouvrées (...). Ce danger et, tout d'abord, inhérent au gage. Rien n'interdit à un créancier peu scrupuleux de vendre le matériel ou la marchandise qui lui a été remis en gage (...). Le danger est également plus théorique qu'économique. Si, en effet, le créancier dissipe les fonds reçus, son débiteur n'aura pas à exécuter sa propre prestation, une compensation s'effectuera entre les sommes perçues et les sommes dues*”.

<sup>1679</sup> Embora seja pacífica a atribuição de um direito de preferência e do consequente *ius distrahendi* para o seu exercício, é discutível a concessão da faculdade de requerer a atribuição em pagamento do crédito onerado (ou da sua prestação) e, sobretudo, a outorga de um direito de retenção.

<sup>1680</sup> Segundo Pace, ob. cit., pág. 139 e segs., o credor pignoratício, relativamente a terceiros, “*ha solo la facoltà di pretendere l'adempimento nei confronti del terzo debitore e da questa situazione d'ordine sostanziale gli deriva la legittimazione ad agire nel processo, come sostituto processuale del titolare, nel caso che il terzo debitore conteste l'obbligazione o rifiuti di adempire*”, de modo que, apesar de não ser o seu titular, é-lhe conferida a legitimidade para dispor de um direito alheio. Na perspectiva do terceiro devedor do crédito empenhado, este permanece como devedor do empenhante, mas com a constituição do penhor o pagamento por si realizado apenas será liberatório se efectuado ao credor pignoratício (pois um eventual pagamento ao empenhante “*non ha effetto liberatorio, perchè compiuto nei confronti di chi non è più legittimo ad esigere*”), embora o Autor esclareça que tal não significa uma alteração do credor do terceiro devedor do crédito empenhado – que continua a ser o empenhante – mas antes que se altera a pessoa legitimada a receber a prestação, *in casu*, o credor pignoratício, que apesar de não ter um direito próprio relativamente ao terceiro devedor do crédito empenhado, dispõe de legitimidade para proceder a essa cobrança (até porque o pagamento ao empenhante não será liberatório). Com efeito, neste e noutros casos, a lei – verificados que sejam determinados pressupostos – confere a um sujeito legitimidade para dispor de bens dos quais não é titular, seja porque esse sujeito aparece, face a terceiros, como sendo o verdadeiro titular daqueles bens (como sucede, em certa medida, com o possuidor), seja mesmo

Do ponto de vista processual (mormente em caso de recurso à via judicial, seja ou não para efeitos de execução da garantia), nada obriga o credor pignoratício a chamar o empenhante (embora o possa fazer, do mesmo modo que este aí pode intervir espontaneamente),<sup>1681</sup> assistindo igualmente ao empenhante o direito de iniciar o processo em caso de inércia por parte do credor pignoratício.<sup>1682</sup>

Da lei resulta ainda para o credor a necessidade de administrar o bem recebido em garantia como um proprietário diligente, respondendo pela sua existência e conservação (art.º 671.º, alínea a)).

O fundamento deste dever bem como a sua titularidade no caso de o bem ser confiado a terceiro<sup>1683</sup> merecem respostas similares às anteriormente explanadas a propósito do dever de guarda, pelo que remetemos para as considerações acabadas de tecer a esse respeito.

Todavia, cumpre distinguir consoante o penhor seja com ou sem anticrese, pois, muito embora a obrigação de administrar o bem empenhado recaia sobre o credor em ambos os casos e em ambos os casos essa obrigação abranja a necessidade de perceber os respectivos frutos – num caso para os restituir ao proprietário do bem, no outro para os compensar com o seu crédito – existem particularidades não despidiendas em cada uma das hipóteses.

Assim, tratando-se de penhor anticrético, o credor pode fazer seus os frutos, enquanto na hipótese inversa o credor deverá conservá-los (pois eles encontram-se abrangidos pelo penhor, tal qual a coisa principal) ou, caso tal conservação não se afigure possível, proceder à respectiva alienação (nos mesmos termos da coisa principal insusceptível de conservação).

Independentemente desta distinção, casos há em que o dever de administração e mais concretamente a percepção dos frutos, constituirá um dever para o credor pignoratício: tal sucederá quando o empenhador não o possa fazer e houver perigo de perecimento, deterioração ou prescrição dos frutos, respondendo perante o empenhador quando o não faça culposamente e os frutos pereçam, diminuam ou prescrevam (podendo esta dívida ser compensada com o seu crédito).<sup>1684</sup>

De facto e na medida em que ao credor pignoratício incumbe zelar pela administração do bem empenhado como um proprietário diligente, terá igualmente, não apenas o direito, mas também a obrigação de promover a frutificação do bem<sup>1685</sup> e de

---

independentemente de tal aparência de titularidade (hipótese que se aproxima do instituto da representação), originando, no que respeita ao penhor de créditos, aquilo a que o Autor chama “*sostituzione sostanziale*” de fonte convencional, mas à qual a lei atribui o efeito legitimador assinalado, de forma que “*non si ha l’equivalenza reciproca del comportamento negoziale dei due soggetti, ma si ha solo un’equivalenza unilaterale: cioè il comportamento del sostituto equivale a quello del titolare, mentre il comportamento del titolare non è ugualmente efficace*”.

<sup>1681</sup> Pace, ob. cit., pág. 190 e segs., salienta haver até algum interesse em chamar o empenhante, “*perchè in caso di soccombenza non si possa opporre al creditore pignoratizio l’ignoranza della lite da parte del titolare*”.

<sup>1682</sup> Pace, ob. cit., pág. 192 e segs., salientando como esse poder do empenhante pode ser ancorado na simples razão que, em tal sede, “*si discute della esistenza e della titolarità del credito*”, o que o torna imediatamente interessado na lide.

<sup>1683</sup> Apenas no caso dos frutos e tendo a coisa sido entregue a terceiro, cabe salientar que este deve consentir que o credor pignoratício os perceba directamente e, se este o não fizer, deve fazê-lo o terceiro e entregá-los ao credor – Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 205.

<sup>1684</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 205 e 206 e Garcia Vicente, La prenda cit., pág. 118 (esclarecendo este último que tal poder dever apenas se verificará se o credor pignoratício se encontrar legitimado para a cobrança do crédito empenhado e dos respectivos juros e frutos, o que, em face do direito espanhol, não é líquido).

<sup>1685</sup> Sendo responsável pelos frutos que recolha, bem como por aqueles que, por sua negligência, não tenham sido percebidos - Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 99.

perceber os respectivos frutos, independentemente da questão conexa de saber se ao penhor em causa está ou não associado um pacto anticrético (ou seja, se o credor pignoratício deverá ou não restituí-los ao proprietário do bem empenhado).<sup>1686</sup>

Com efeito, bem se compreende que se o constituinte da garantia não puder levar a cabo a recolha dos frutos, a sua não percepção pelo credor poderia implicar a respectiva perda, deterioração ou prescrição, com o conseqüente prejuízo para o primeiro.<sup>1687</sup>

A principal especificidade do penhor sem pacto anticrético (cfr. art.º 672.º, n.º 2), traduz-se, assim, no facto de o credor recolher esses frutos para, em seguida, os entregar ao proprietário.<sup>16881689</sup>

Em suma, diremos que o dever de conservação se projecta relativamente aos frutos do bem empenhado, impondo ao credor a sua percepção ou recolha para, em seguida, lhe dar o destino mais conveniente: a sua conservação ou, se esta não se afigurar viável, a respectiva alienação.<sup>1690</sup>

Na eventualidade de o bem empenhado ter sido confiado a um terceiro depositário, duas alternativas se afiguram plausíveis: ou estabelecer que o dever de recolha dos frutos – à imagem do exposto a propósito do dever de guarda e de conservação – recaí sobre o terceiro; ou, pelo contrário, entender que a missão do

---

<sup>1686</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 692, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 665 e Barbara Cusato, ob. cit., pág. 219. Em termos idênticos, para o direito brasileiro, Sílvia de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 563, em aplicação dos art.ºs 1433.º, V e 1435, IV, do CCB (que dispõem, respectivamente, que o credor tem direito a apropriar-se dos frutos do bem empenhado que se encontrem em seu poder e, por outro lado, que o mesmo credor é obrigado a imputar o valor dos frutos de que se aproprie, sucessivamente, nas despesas de conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida).

<sup>1687</sup> Esta fundamentação do dever de recolha dos frutos consta de Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 248, acrescentando que tal prejuízo seria tanto maior quanto o constituinte da garantia não veria, em caso de perda dos frutos resultante da sua não recolha, proporcionalmente extintos os juros ou o capital devido.

<sup>1688</sup> Assim, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666 e Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 105 (mas admitindo que o credor possa permitir ao devedor a adopção dos comportamentos necessários para a produção e recolha dos frutos, desde que não ponham em causa a posse do primeiro), Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 692 (assegurando que estes frutos não se encontram, salvo pacto em contrário, abrangidos pelo penhor) e Faggella, ob. cit., pág. 117 (embora este Autor sustente que o credor terá o dever de recolher os frutos mas, por força da proibição de uso do bem, a obrigação de os entregar ao proprietário). Pelo contrário, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 248, assevera que, neste caso, caberá ao proprietário do bem desenvolver as operações materiais necessárias para a percepção dos frutos, sem que estas prejudiquem a posse do credor pignoratício. Salvo melhor juízo, esta última posição parece-nos pouco consentânea com a atribuição da posse do bem empenhado ao credor pignoratício, assim como com a extinção da garantia em caso de perda (mesmo temporária) dessa mesma posse, razão pela qual aderimos ao entendimento defendido pelos primeiros autores citados.

<sup>1689</sup> Por exemplo, naqueles ordenamentos nos quais não se presume o pacto anticrético, o credor não se poderá apropriar dos frutos - a não ser que exista uma convenção nesse sentido - pois tal equivaleria a uma dação em pagamento, que também só existirá quando expressamente acordada (cfr. Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 111). Não obstante os frutos não lhe pertencerem, o credor tem o dever de os recolher por conta do proprietário do bem empenhado (neste sentido, Legeais, *Sûretés 1999 cit.*, pág. 261 e Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 543) e sob condição de não os usar (Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 262). Porém, estas considerações encontram-se desactualizadas, porquanto o art.º 2345.º, introduzido na reforma de 2006, vem dispor que, salvo convenção em contrário, quando o bem onerado fique em poder do credor pignoratício, este receberá os respectivos frutos, imputando-os juros e, em seguida, ao capital em débito.

<sup>1690</sup> Nestes termos, Guillaud, ob. cit., pág. 160 e Troplong, ob. cit., pág. 119 (este último esclarecendo que o credor se encontrar obrigado a dar conta ao proprietário do bem do destino dos frutos, tenham eles sido consumidos ou preservados, por forma a evitar que o credor possa enriquecer à custa desses frutos) e Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 245.

terceiro será apenas a de permitir que o titular do direito aos frutos proceda à recolha dos frutos.<sup>1691</sup>

A nosso ver e tendo em conta que o terceiro assume o dever de custódia e a inerente obrigação de conservação do bem onerado, parece-nos que sobre ele impenderá igualmente a incumbência de zelar pela percepção dos frutos do bem empenhado, entregando-os, em seguida, ao credor ou ao constituinte da garantia, consoante o penhor seja ou não munido de um pacto anticrético.

Um exemplo acabado deste dever de recolha dos frutos encontra-se consagrado, a respeito do penhor de créditos, no art.º 683.º, que impõe ao credor pignoratício a obrigação de cobrar os juros e demais prestações periódicas compreendidas na garantia.

#### 9.2.4 - Proibição de disposição do bem

Para terminar a análise dos efeitos decorrentes do contrato de penhor, resta salientar que, à imagem do que sucede com a generalidade das garantias reais tradicionais, o negócio de constituição de penhor não tem efeitos translativos da propriedade,<sup>1692</sup> isto é, o credor pignoratício não poderá praticar actos inerentes à titularidade desse direito, como a alienação e a oneração.

Neste contexto, o proprietário do bem empenhado não perde, pelo facto de o dar em garantia, a respectiva propriedade e, por isso, a possibilidade de o alienar,<sup>16931694</sup> muito embora lhe seja lícito ao credor pignoratício, em caso de incumprimento da obrigação garantida, promover a respectiva alienação prescindindo da vontade do devedor.<sup>1695</sup>

---

<sup>1691</sup> Opta por esta segunda alternativa Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 248. Não toma posição, Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 666.

<sup>1692</sup> Particularmente impressivos a este respeito são o art.º 2079.º do CCF, anterior à reforma de 2006 (ao estabelecer que, até ao início da execução, o devedor permanece proprietário do bem empenhado, encontrando-se em poder do credor pignoratício a título de depósito e com o intuito de assegurar o seu direito de preferência) e o art.º 1869.º, n.º 1, do CCE (o qual dispõe que, enquanto não se promover a execução do bem onerado, o constituinte mantém a propriedade do mesmo, embora Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, pág. 1887, ressalve que algumas das faculdades inerentes ao direito de propriedade ficam limitadas ou excluídas pela constituição do direito real de garantia, como sejam, por exemplo, a perda da posse do bem ou de não poder fazer seus os juros eventualmente produzidos por esse mesmo bem – em razão do pacto anticrético presumido –, mas conservando a possibilidade de o alienar, embora não possa entregá-lo ao adquirente, uma vez que a coisa se encontrará em poder do credor).

<sup>1693</sup> Poderá, ainda, de acordo com Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 252 e 253, renunciar ao direito de propriedade do bem empenhado, daí também não resultando prejuízo algum para o credor pignoratício, que poderá até adquirir essa propriedade por usucapião, desde que haja a pertinente alteração do *animus* da sua posse. Pelo contrário, o mesmo Autor recusa a possibilidade de renúncia ao direito empenhado, pois tal facto extingiria o direito e, por consequência, o penhor (afiançando, porém, que tais negócios de renúncia não serão nulos, mas ineficazes temporariamente até à data em que, por extinção do penhor, a titularidade do direito volte a ser ilimitada ou, em alternativa, imediatamente eficazes, excepto relativamente ao credor pignoratício).

<sup>1694</sup> A lei, aliás, veda a convenção nos termos da qual se proíba o proprietário do bem empenhado de o alienar ou onerar, admitindo-se apenas que a dívida garantida se vença em caso de alienação ou oneração do bem empenhado (art.º 695.º, aplicável por força do art.º 678.º). Por isso, no Acórdão da Relação de Lisboa de 22/1/1998, in CJ, 1998, I, pág. 89 e segs., se decidiu que o proprietário de umas acções dadas em penhor mantinha, não obstante a constituição da garantia, legitimidade para as alienar, mesmo sem o consentimento do titular da garantia (tanto mais que, no caso, tal garantia se encontrava registada).

<sup>1695</sup> Realça este último aspecto Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, *Derecho de bienes*, Edisofer, 2010 (11.ª Edição), pág. 694, esclarecendo que a constituição de direitos reais de garantia, fora aquela limitação, deixam intacto o direito de disposição.

Excepcionalmente, a constituição de um penhor gera uma intransmissibilidade, ao menos parcial, do objecto dado em garantia, assim bloqueando os negócios jurídicos que sobre o mesmo possam recair.<sup>1696</sup>

Contudo, por força da constituição da garantia possa perder algumas faculdades relativamente ao bem onerado, como sejam o direito e receber os frutos ou a manter a posse (ao menos imediata) sobre o mesmo.<sup>1697</sup>

Simplesmente, a alienação ou oneração em nada afecta os direitos do credor pignoratício, uma vez que este goza de um direito real oponível a terceiros<sup>1698</sup> e, portanto, também ao adquirente do bem,<sup>1699</sup> podendo, em consequência, fazer vender o bem em caso de incumprimento da obrigação garantida.<sup>1700</sup>

Todavia, nos ordenamentos em que vigora o princípio da posse vale título, por vezes impõe-se o consentimento do credor pignoratício para a tradição do bem, deste modo protegendo este último contra a aquisição do bem empenhado por parte de terceiros de boa fé.<sup>1701</sup>

Por outro lado, o adquirente não poderá exigir a entrega senão depois de pagar integralmente o montante devido ao credor pignoratício, uma vez que o bem, apesar de ainda ser pertença do devedor, encontra-se em poder do titular da garantia.<sup>1702</sup>

Na medida em que os vários poderes e deveres resultantes da relação pignoratícia são atribuídos ao constituinte da garantia na sua qualidade de proprietário ou titular do bem ou direito dado em penhor, transmitir-se-ão para o novo adquirente do mesmo.<sup>1703</sup>

Se ao proprietário do bem empenhado é legítimo aliená-lo, já não será a constituição de um direito cujo conteúdo essencial pressuponha a utilização da coisa – como sucede com o usufruto – uma vez que o credor pignoratício se encontra na posse

---

<sup>1696</sup> É o que sucede com o penhor sobre valores mobiliários desmaterializados admitidos a negociação, no qual, uma inscrita a garantia no competente registo, porquanto “*la inmovilización de los valores empeñados, exclusivamente, dentro de los sistemas de negociación bursátil (...) no impide la transmisión contable extrabursátil*”, transmitindo-se, nesta última hipótese, as acções acompanhadas do ónus que sobre elas recaía.

<sup>1697</sup> Realça este aspecto, Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 542 e 543 (e, em termos aproximados, em Derecho Civil III cit. cit., pág. 694, ressalvando que a alteração dos poderes do proprietário sobre o bem onerado depende da garantia em questão, uma vez que o penhor, por pressupor o desapossamento do devedor, é um dos que mais faculdades limita, nomeadamente as de gozo).

<sup>1698</sup> Realça este aspecto Paulo Cunha, ob. cit., pág. 214, até porque a posse do bem – indispensável à manutenção da garantia - permanece no credor pignoratício.

<sup>1699</sup> Todavia, como bem ressalvam Rubino, Il pegno cit., pág. 252 e Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58., pág. 207, esta hipótese será rara “*porque não é fácil que alguém adquira uma coisa, que está empenhada e na posse do credor ou de terceiro*” (a não ser que se trate de penhor sem desapossamento). Este último Autor descarta, tendo em conta o reduzido valor prático da hipótese, a possibilidade – reconhecida por lei em matéria de hipoteca – de concessão ao terceiro adquirente de um bem onerado com penhor o direito de expurgar a garantia.

<sup>1700</sup> De acordo com outra perspectiva e como salienta Guillouard, ob. cit., pág. 158, o adquirente não terá, contra o credor pignoratício, mais direitos do que aqueles de que dispunha o devedor.

<sup>1701</sup> Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 244, enumera os valores mobiliários titulados como um dos casos a que tal regra se aplica, identificando esta como uma hipótese de transmissão passiva dos bens empenhados. Porém, mesmo nos ordenamentos em que vigore a regra da posse vale título, que a posição do credor pignoratício não sairá prejudicada pela alienação do bem empenhado, mesmo que o adquirente esteja de boa fé, desde que o credor pignoratício mantenha a posse do objecto da sua garantia – neste sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 252.

<sup>1702</sup> Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 101 e Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 108.

<sup>1703</sup> Rubino, Il pegno cit., pág. 252, admite, no entanto, que nem todas as obrigações do constituinte se transfiram para o adquirente do bem.

do bem em causa e deve mantê-la, sob pena de perda da garantia, até efectiva extinção da obrigação assegurada.<sup>1704</sup>

Outras duas consequências que decorrem da manutenção do bem empenhado na titularidade do constituinte da garantia dizem respeito aos efeitos das oscilações de valor de tal bem, por um lado, e ao risco de deterioração ou perda – total ou parcial – do objecto da garantia.<sup>1705</sup>

Relativamente ao primeiro aspecto, as eventuais perdas ou aumentos de valor da coisa verificados durante a vigência da relação pignoratícia, aproveitam, antes de mais, ao devedor, por ser ele quem se mantém como proprietário.<sup>1706</sup>

Por outro lado, o risco de perda ou deterioração – total ou parcial - daquele bem devido a caso fortuito ou de força maior, continua, pela mesma razão, a correr por conta do proprietário,<sup>1707</sup> sem que tal implique qualquer diminuição do montante da sua dívida para com o credor pignoratício.

Mesmo no caso do penhor de créditos, relativamente ao qual se duvida da respectiva natureza real, a cessão do direito empenhado em nada afecta a garantia pignoratícia, ou seja, ainda aqui opera o direito de seqüela:<sup>1708</sup> todavia, a invocação deste direito pressupõe a publicitação da constituição da garantia (através da notificação ao terceiro devedor ou da aceitação deste) e até, talvez, da própria cessão do crédito previamente empenhado.<sup>1709</sup>

---

<sup>1704</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 252, sustenta que o negócio de constituição de usufruto não será nulo, mas sim temporariamente ineficaz (excepto se o adquirente do direito estivesse de boa fé - isto é, ignorasse a existência do penhor – caso em que o negócio será anulável a seu pedido), podendo tornar-se eficaz se, entretanto, o penhor se extinguir e o proprietário retomar a plenitude das faculdades inerentes ao direito de propriedade.

<sup>1705</sup> Salienta estes dois aspectos Guillaouard, *ob. cit.*, pág. 158.

<sup>1706</sup> No mesmo sentido, Troplong, *ob. cit.*, pág. 115 (sem prejuízo do que se disse SUPRA acerca do direito do credor a ser indemnizado do valor das benfeitorias por ele realizadas).

<sup>1707</sup> Também Planiol, Ripert, Becqué, *ob. cit.*, pág. 108 e Cunha Gonçalves, *ob. cit.*, págs. 245 e 246, realçam este aspecto. Se tais factos ocorrerem, assiste ao credor o direito, nos termos já assinalados SUPRA de obter um reforço ou substituição do objecto da garantia.

<sup>1708</sup> Como defende Neves de Oliveira, *ob. cit.*, págs. 59 a 61, a admissibilidade da transmissão do crédito empenhado não pode conduzir a que o credor pignoratício seja despojado da garantia do seu crédito, ou seja, “a cessão do crédito afecto em penhor limita-se a produzir uma modificação subjectiva em relação a esse crédito não tendo impacto no conteúdo desse direito que se mantém inalterado (...) a prevalência do direito pignoratício que, como vimos, é oponível a terceiros credores pignoratícios, é, por identidade de razões, igualmente oponível ao novo titular do crédito (...) o cessionário fica sujeito às limitações do direito que o anterior titular tenha constituído, nomeadamente o penhor do crédito”. Por isso mesmo, não pode a cessão originar a extinção do crédito empenhado, pelo que será de excluir que o terceiro a quem o credor-empenhador haja cedido o crédito afecto em garantia possa opor a compensação com um crédito que eventualmente possua para com aquele mesmo credor-empenhador (argumentando que o devedor apenas pode opor ao credor pignoratício os meios de defesa de que dispunha antes da notificação da constituição do penhor). Em face do direito espanhol e mesmo na ausência de um regime específico para o penhor de créditos, García Vicente, *La prenda cit.*, pág. 97 e segs., esclarece que os eventuais cessionários de um crédito previamente empenhado terão que suportar o ónus que sobre aquele impende (analogamente, serão inoponíveis ao credor pignoratício as eventuais modificações das condições do crédito onerado – alargamentos do prazo para pagamento ou outras alterações contratuais - a menos que o devedor do crédito empenhado demonstre o desconhecimento da existência da garantia, por exemplo porque a constituição desta não lhe foi notificada).

<sup>1709</sup> Neves de Oliveira, *ob. cit.*, págs. 59 e 60, sugere a existência, em caso de cessão de um crédito empenhado, de um dever de publicitação a cargo do cedente, dando conta da existência de um ónus sobre o crédito cedido, fundamentando tal dever no princípio da boa fé. Como corolários deste dever de publicitação, incumbiria ao cedente a obrigação de comunicar a terceiros com quem celebre negócios relativos ao crédito afecto em garantia a existência desta e, por outro lado, de informar o cessionário acerca das limitações do crédito cedido. De acordo com García Vicente, *La prenda cit.*, pág. 98 e segs., a oponibilidade (ou seqüela) do penhor de créditos deve ser compaginada com o princípio da prioridade temporal (como critério de resolução do conflito entre dois ou mais direitos) e com a protecção dos terceiros de boa fé: ora, é com base nestes diversos critérios que deverão ser dirimidos os conflitos que

## 10 - Extinção do penhor<sup>1710</sup>

Podemos agrupar as possíveis causas conducentes ao aniquilamento do penhor em duas grandes categorias, quais sejam aquelas decorrentes da extinção da obrigação principal e as privativas do direito pignoratício.<sup>1711</sup>

Por outro lado, nem sempre o efeito extintivo é automático, decorrendo por vezes da própria lei a obrigação de cumprimento de determinadas formalidades em ordem à produção daquele efeito.<sup>1712</sup>

### 10.1 - Extinção da obrigação principal

Conforme referido a propósito do princípio da acessoriedade,<sup>1713</sup> a dependência do penhor face ao crédito garantido manifesta-se igualmente em sede de extinção da garantia, porquanto tal efeito é desencadeado, salvo alguns casos excepcionais, pela

---

poderão surgir entre o credor pignoratício e cessionários plenos do crédito previamente onerado (devendo, em regra, dar-se preferência ao direito do credor pignoratício – em homenagem ao princípio da prioridade temporal –, excepto se “*la cesión posterior se notifica antes al deudor del crédito cedido y este (ignorando excusablemente la cesión anterior, de buena fe por tanto) paga al posterior, su pago será liberatório. Sin perjuicio, claro es, de las eventuales acciones que puedan ejercer los cesionarios anteriores frente al cedente*”) e, ocorrendo a dação em penhor do mesmo crédito em garantia de mais de mais de um credor (embora, neste caso, a posição do segundo credor pignoratício seja muito desfavorável, porquanto não pode prejudicar o direito preferencial do primeiro credor pignoratício – salvo se notificar a constituição da sua garantia antes deste último –, razão pela qual o Autor entende que só fará sentido a constituição sucessiva de plúrimos penhores sobre o mesmo crédito na eventualidade de o primeiro deles não vir a ser executado, por exemplo porque a dívida se extinguiu por cumprimento – assumindo a configuração de penhor de um crédito futuro – ou, então, quando o montante do crédito empenhado supere o do crédito garantido, caso em que os penhores sucessivos poderão ter como objecto o remanescente).

<sup>1710</sup> Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 273, (em sentido convergente Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 281) distingue entre a extinção do direito de penhor propriamente dito – a que se faz alusão no texto – e a extinção da relação complexa de penhor. Para este Autor, a constituição do penhor é contemporânea do surgimento da relação complexa, mas já poderá acontecer que o direito se extinga mas a relação subsista (é com base neste raciocínio que o credor, mesmo depois de perdida a posse do bem empenhado e extinto o direito de penhor, possa, ao menos em algumas situações, exigir novamente a entrega do bem ou reivindicá-lo – aceita esta mesma consequência Ciccarello, *ob. cit.*, pág. 696).

<sup>1711</sup> No direito italiano, não existe uma norma específica enumerando as causas de extinção do penhor, pelo que estas são individualizadas através desta distinção entre causas próprias ou directas de cessação da garantia e as causas indirectas, que resultam do desaparecimento do crédito garantido (assim, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 282, acrescentando que outro meio de identificar tais causas consiste em aplicar analogicamente as previstas para a extinção da hipoteca).

<sup>1712</sup> Por exemplo, no direito brasileiro o art.º 1437.º do CCB a extinção do penhor só produzirá efeitos depois de averbado o cancelamento do registo (mesmo em face do direito anterior, Afonso Dionysio Gama, *ob. cit.*, pág. 76 e segs., justificava esta obrigação com a necessidade de tornar livre a coisa empenhada, podendo o devedor proceder ao cancelamento mediante a apresentação de um documento de quitação apresentado pelo credor, o mesmo direito cabendo ao adquirente do penhor, mediante a exibição do respectivo título, por via de adjudicação, compra ou sucessão: enquanto não se produzir o cancelamento, o penhor continua a valer contra terceiros), embora Sílvia Salvo Venosa, *ob. cit.*, pág. 582, advirta que tal requisito apenas condiciona a extinção da garantia face a terceiros, porquanto entre as partes o efeito extintivo se pode ter produzido em momento anterior.

<sup>1713</sup> Como se referiu anteriormente (cfr. n.º 6.3 do Capítulo I), as excepções à acessoriedade conduzem também à extinção do penhor em caso de cessão do crédito pignoratício com exclusão da garantia.



extinção da obrigação assegurada,<sup>1714</sup> a qual pode não coincidir com o seu vencimento.<sup>1715</sup>

Este efeito produzir-se-á independentemente do motivo que esteve na base dessa extinção, isto é, quer se tenha produzido pelo cumprimento da obrigação garantida,<sup>1716</sup> pelo seu incumprimento definitivo ou por qualquer outro modo de extinção das obrigações para além do cumprimento (cfr. art.º 730.º, alínea a), por remissão do art.º 677.º),<sup>1717</sup> em razão da nulidade da obrigação principal ou da renúncia a esta por parte do credor pignoratício.<sup>1718</sup>

---

<sup>1714</sup> Constituindo-se o penhor em garantia de um crédito futuro ou condicional, aquele extinguir-se-á quando não se verifique a condição ou se o crédito não vier a surgir (Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59 cit., pág. 33).

<sup>1715</sup> Como bem nota De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 262, muitas vezes o credor opta por não executar a obrigação garantida, apesar de esta se encontrar vencida, aceitando, por exemplo, uma renegociação da dívida e/ou dos prazos de pagamento. Inversamente, quando o penhor se encontre sujeito a registo, a extinção do crédito garantido não produz efeito similar relativamente à garantia enquanto tal facto não for averbado no registo e cancelada a garantia. Noutra plano e conforme salientam Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1553, quando o penhor garanta um crédito futuro, extinguir-se-á quando se frustrar a expectativa de surgimento desse crédito.

<sup>1716</sup> Excepto se ocorrer o pagamento através de sub-rogação, caso em que o penhor não se extingue, antes se transmitindo para o terceiro pagador (art.ºs 592.º, 594.º e 582.º), excepto se o bem empenhado for devolvido ao empenhante (caso em que o penhor se extingue, por força do art.º 677.º, em razão da restituição da coisa empenhada). Em termos análogos, o §1225 do BGB, afirma que o constituinte da garantia que não seja devedor e satisfaça o credor pignoratício, fica sub-rogado no crédito deste. Como refere Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 280, “*le payment avec subrogation, s’il a pour effet d’éteindre la créance à l’égard du créancier, la laisse subsister au profit du subrogé (...). Le subrogé bénéficie donc de la créance; il est, en quelque sorte, au lieu et place du subrogeant; et il dispose de toutes les sûretés qui garantissaient la créance. Le gage n’est donc pas éteint en dépit du payment intervenu (...). En principe, le solvens devrait être mis en possession du gage à la suite du payment, car le accipiens n’est plus, du fait même du payment, créancier. Le débiteur ne peut s’opposer à cette transmission. L’accipiens pourrait cependant conserver le gage à titre de tier convenu*». Por outro lado, se o pagamento não for integral e por força do já analisado princípio da indivisibilidade, o penhor subsiste, uma vez que, por mais irrisório que seja o valor em dívida, a garantia não se fracciona, permanecendo antes com a sua amplitude inicial (cfr., entre outros, Afonso Dionysio da Gama, ob. cit., pág. 74, concluindo, em conformidade, que em caso de pagamento parcial o devedor não poderá reclamar uma devolução proporcional dos bens empenhados).

<sup>1717</sup> Também de acordo com o §1252 do BGB, o penhor se extingue com a extinção do crédito em garantia do qual tenha sido constituído. De acordo com Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 29, se o crédito não estiver extinto, mas for possível opor-lhe uma excepção peremptória, o penhor não se extingue até ao momento em que tal excepção venha efectivamente a ser oposta: nesse momento, a operatividade da excepção relativamente ao crédito desencadeia o mesmo efeito com respeito ao penhor. De acordo com o regime vigente no direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 255, enumera como causas extintivas decorrentes da obrigação principal o pagamento (excepto quando ocorra com sub-rogação), a verificação do termo ou da condição resolutiva, a prescrição das acções destinadas a exigir o cumprimento da obrigação garantida, a compensação e a novação objectiva da obrigação principal (devendo distinguir-se consoante se trate de prorrogações da obrigação originária e as renovações após o vencimento: na primeira hipótese, “*es recomendable el pacto previo de extensión de la prenda a estos supuestos*”; na segunda e como estamos perante autênticas novações, estas “*conllevan la extinción de la prenda, de forma que habría de formalizarse una nueva prenda surtiendo efectos frente a terceros a partir de la nueva fecha de formalización*”), excepto existindo pacto expresse de conservação da garantia e a novação subjectiva (neste caso unicamente se a situação de terceiros não for agravada): para além destas causas, o Autor admite que no próprio título constitutivo da garantia se indiquem como causas extintivas da obrigação principal (e, por conseguinte, do penhor) a confusão (entre a pessoa do proprietário dos bens empenhados e do credor, seja porque este se torna proprietário daqueles, seja porque o terceiro adquirente dos bens empenhados se torna titular do crédito garantido com o penhor) ou a consolidação (quando o credor pignoratício sucede ao empenhante) da garantia.

<sup>1718</sup> Aborda estas duas causas específicas, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., págs. 358 e 359.

Porém, esta regra comporta (ou pode comportar) uma excepção, na medida em que o n.º 1 do art.º 861.<sup>o1719</sup> admite, havendo convenção das partes nesse sentido, que a novação produza a extinção do crédito originário, mas permita a subsistência das garantias que asseguravam o seu cumprimento, destarte consentindo que o penhor passe a assegurar uma obrigação diversa daquela em vista da qual havia sido constituído<sup>1720</sup> (exigindo-se, porém, quando a garantia houvesse sido prestada por terceiro, o seu consentimento – cfr. art.º 861.º, n.º 2), assim se operando mais um desvio ao princípio da acessoriedade.

Naturalmente que a garantia, mesmo depois de passar a assegurar um crédito novo, apenas o faz com as mesmas preferência e limites do crédito antigo.<sup>1721</sup>

Esta excepção poder-se-á justificar com o facto de, apesar de o motivo do surgimento do crédito novo ser a extinção do antigo, a nova obrigação constituir, na prática, um prolongamento da antiga, além de, não existindo esta regra, a própria utilidade da figura da novação ficar seriamente comprometida.<sup>17221723</sup>

---

<sup>1719</sup> Em termos análogos, vide os art.ºs 1232.º, 1235.º e 1275.º do CCI e 1278.º e 1279.º do CCF (muito embora os preceitos da lei gaulesa apenas façam referência aos privilégios e às hipotecas, o facto de a mesma se referir também ao privilégio do credor pignoratício – cfr. art.ºs 2073.º e 2074.º - justificará a colocação do penhor sob a alçada das normas relativas aos efeitos da novação) e, defendendo a mesma solução para o direito brasileiro Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 358 (sugerindo a manutenção do penhor, em caso de novação da obrigação garantida, se as partes expressamente acordem na transferência da garantia para o novo crédito). Existe, a este respeito, contudo, uma diferença importante entre o nosso regime, por um lado, e os ordenamentos italiano e francês, por outro: enquanto entre nós a lei trata do mesmo modo, para efeitos de manutenção das garantias em caso de novação, a novação objectiva e subjectiva, os outros dois ordenamentos mencionados tratam diferenciadamente a novação objectiva e subjectiva com alteração do credor (caso em que o penhor que asseguravam o crédito antigo só passarão a garantir o crédito novo se tal for acordado pelas partes) e a novação subjectiva com alteração do devedor (caso em que o penhor extinguir-se-á, salvo se os proprietários dos bens sobre os quais recaía o penhor consentam que estes passem a assegurar o cumprimento da obrigação assumida pelo novo devedor). A respeito do art.º 1232.º do CCI, Montel, Garanzia cit., pág. 747, sublinha que, em caso de novação objectiva, tal preceito consente ao credor reservar, em garantia do novo crédito, as garantias que asseguravam o crédito extinto.

<sup>1720</sup> Como já afirmámos no nosso Dos privilégios cit., pág. 42, em especial nota 47, a ressalva das garantias deve ser expressa, mas não necessariamente escrita (cfr. art.º 217.º), porquanto nem sequer a própria novação se encontra sujeita a tal formalismo (cfr. art.º 859.º). Todavia, aquela reserva deve ser formulada no momento da celebração do acordo novatório, sob pena de as garantias se considerarem extintas em função deste, não podendo depois ser reactivadas. Por outro lado e como também foi por nós avançado no mesmo local, operando-se a extinção apenas parcial, a indivisibilidade da garantia força a que esta assegure o cumprimento integral da obrigação originária e, sendo meramente provisória, o penhor subsistirá para prevenir um eventual ressurgimento da obrigação, por não fazer sentido a manutenção desta e a extinção da garantia.

<sup>1721</sup> Designadamente, o novo crédito apenas será garantido até ao limite do crédito anterior.

<sup>1722</sup> Com efeito, a extinção das garantias em caso de novação prejudica o credor, pois o crédito antigo poderia tornar-se incobrável, ainda que o novo crédito seja também assistido de penhor, uma vez que a garantia apenas se constituiria na data da novação, cedendo assim face a todas as garantias incidentes sobre o mesmo bem entre a data da constituição do crédito extinto e a produção de efeitos da novação – vide, a este respeito, Paulo Cunha, ob. cit., págs. 295 e 296, já por nós citado no nosso Dos privilégios cit., pág. 43 e nota 49. Justificação idêntica é fornecida por Gabrielli, Il pegno cit., pág. 282, ao afirmar que *“il fenomeno troverebbe spiegazione nella circostanza che al posto del credito estinto ne nasce un nuovo, che si modela in tutto sul vecchio”*.

<sup>1723</sup> Maiores dúvidas poderão suscitar as hipóteses de o penhor recair sobre um objecto indivisível propriedade de vários convededores ou sobre um bem de um terceiro. De acordo com Faggella, ob. cit., pág. 170, no primeiro caso o penhor mantém-se sobre o bem comum, por força do princípio da indivisibilidade, mas na venda o credor deve receber apenas a parte relativa ao convededor com o qual havia contratado a novação; no segundo, o penhor extingue-se em resultado da extinção do crédito principal, excepto quando o terceiro consinta na manutenção da garantia.

De certo modo, também constituem limitações à extinção do penhor por via acessória a impossibilidade de a confusão<sup>1724</sup> (art.º 871.º, n.ºs 1 e 2) e a compensação (art.º 853.º, n.º 2)<sup>1725</sup> prejudicarem terceiros.

<sup>1724</sup> Importa, todavia, distinguir a confusão entre as qualidades de credor pignoratício e de devedor, caso em que o penhor se extingue em consequência da extinção da obrigação assegurada (Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1555 e 1556), embora havendo penhor constituído a favor de terceiro sobre o crédito, a garantia subsista, se o interesse do credor pignoratício assim o impuser, nos termos do n.º 2 do art.º 871 (já Vaz Serra, Parecer cit. in BMJ n.º 59, págs. 27 e 28, admitia essa subsistência da garantia quando a manutenção da garantia se fundamentasse num interesse jurídico do proprietário: o exemplo aventado é o de o devedor dar um bem em penhor ao seu credor, vindo posteriormente a tornar-se herdeiro dele – assim se reunindo na mesma pessoa as qualidades de credor pignoratício e de devedor - mas tendo o devedor interesse na manutenção da garantia porque sobre o mesmo bem recaem direitos posteriores). Todavia, parece que o penhor não se extingue, tendo sido constituído em garantia de uma obrigação fideiussória e uma vez extinta esta por confusão entre o devedor principal e o fiador, pois a confusão não opera em prejuízo de terceiros como o credor pignoratício (assim Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 277 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 283, salvaguardando que a permanência do penhor não pode significar um prejuízo para o empenhante, pelo que se o fiador se houvesse obrigado em condições menos gravosas para o devedor principal, a obrigação apenas seria garantida nesses limites). Pelo contrário, na hipótese de, independentemente da extinção do crédito, se dar a confusão das qualidades de credor pignoratício e de proprietário do bem empenhado Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, pág. 27, entendia que o penhor não se extinguiria se o proprietário tivesse um interesse jurídico atendível na sua manutenção (por exemplo quando o penhor tenha uma preferência sobre outros direitos posteriores, como um usufruto ou outro penhor), além de a confusão não poder prejudicar direitos de terceiro (por exemplo, quando, num penhor de créditos, A empenhou a favor de B o seu crédito contra C para garantir um crédito de B contra D. A herda de B. O crédito contra D subsiste, mas o penhor, em princípio, extingue-se, salvo se A tem um interesse jurídico, não produzindo a confusão, porém, efeitos relativamente aos que tenham algum direito sobre o penhor), solução esta que veio a ser acolhida no n.º 4 do art.º 871.º, de acordo com o qual a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e proprietário da coisa empenhada não impede a manutenção do penhor, desde que o credor tenha nisso algum interesse e esse interesse justifique tal manutenção (defendia esta solução ainda sob o império do Código de 1867, Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 339), solução próxima da do direito alemão (nos termos do §1256. n.º 1, o penhor extingue-se quando o seu titular for o mesmo da propriedade da coisa empenhada, salvo se o crédito, em garantia do qual o penhor foi constituído, estiver onerado com direitos de terceiros. Também não se extinguirá o penhor, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito, quando o proprietário tenha um interesse atendível na manutenção do direito de penhor: de acordo com Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1556, sustentam que tal interesse atendível pode residir no facto de a coisa se encontrar onerada com outros direitos de penhor de graduação posterior ou quando o proprietário-credor pignoratício tenha intenção de transmitir o crédito acompanhado da garantia pignoratícia, mas, em qualquer dos casos, apenas quando subsista o crédito garantido; para além disso, quando o penhor deva subsistir, produzirá todos os seus efeitos e não apenas relativamente a terceiros), mas diversa da prevista no direito brasileiro (com efeito, o art.º 1436.º, IV, dispõe, *tout court*, que o penhor se extingue com a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor pignoratício e proprietário do bem empenhado, ressalvando apenas que operando-se a confusão unicamente quanto a parte da dívida, o penhor subsistirá por inteiro quanto ao restante). Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 286, ressalva do efeito extintivo a hipótese de um terceiro possuir um direito sobre o crédito garantido. Acerca da distinção entre estas formas de confusão, vide igualmente Paulo Cunha, ob. cit., pág. 220.

<sup>1725</sup> No entanto, esta protecção conferida ao terceiro limita-se à hipótese de o seu direito ter sido constituído antes de os créditos sujeitos a compensação se tornarem compensáveis (cfr. art.º 853.º, n.º 1). Como refere Antunes Varela, *Das obrigações cit.*, Vol. II, págs. 210, se o titular de um dos créditos alvo de compensação que tivesse anteriormente empenhado tal crédito “*pudesse considerar-se desobrigado em tais circunstâncias por compensação (...) a solução envolveria um injustificado sacrifício*” do credor pignoratício que anteriormente havia adquirido um direito sobre um dos créditos compensáveis. Para efeitos da preservação dos direitos de terceiros releva, não a declaração de compensação, mas o momento em que os créditos se tornam objectivamente compensáveis e, caso os direitos de terceiro se tenham constituído em data anterior a esta, a compensação será, não apenas ineficaz relativamente ao terceiro, mas pura e simplesmente inadmissível (nestes termos, Antunes Varela, *Das obrigações cit.*, Vol. II, pág. 211). Também por força da necessidade de salvaguarda dos direitos de terceiro, Faggella, ob. cit., págs. 167 e 168, sustenta que o terceiro constituinte do penhor poderá invocar a compensação se o devedor não

No entanto, relativamente ao primeiro dos institutos parecem ser de considerar algumas especificidades quando o penhor recaia sobre um crédito<sup>1726</sup> ou subsistam vários penhores sobre o mesmo bem<sup>1727</sup> (em especial, nesta segunda conjectura, quando

---

o fizer. Naturalmente que se a compensação extinguir apenas uma parte do crédito garantido, a garantia passa a assegurar a obrigação agora reduzida (Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 283). Por seu turno, o art.º 1250.º do CCI limita-se a dizer que a compensação não se verifica em prejuízo de terceiros que tenham adquirido um penhor sobre algum dos créditos compensáveis.

<sup>1726</sup> Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 154 (seguido por Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 286), constata a existência dessas regras especiais para o penhor de créditos, entendendo que a confusão entre as qualidades de credor pignoratício e titular do crédito empenhado que não seja o devedor do crédito garantido – mas sim o terceiro dador da garantia ou o terceiro adquirente – não conduz à extinção do penhor, desde que haja outros penhores sobre o mesmo bem com grau posterior; todavia, dando-se a confusão entre o terceiro devedor do crédito empenhado e o credor pignoratício, o penhor sobre o objecto do crédito permanece nas relações entre credor pignoratício e credor empenhante, não estando o primeiro obrigado a realizar a prestação ao segundo e tendo os direitos decorrentes do penhor face aos credores desse mesmo credor empenhante. Também entre nós, Colaço Canário, *ob. cit.*, págs. 67 e 68 (em termos análogos, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 168 e 169), distingue, a respeito da extinção por confusão do penhor de créditos, três situações distintas, embora assegure que em todas elas se produz o mesmo efeito de extinção da garantia: a reunião na mesma pessoa das qualidades de empenhador e credor pignoratício (em razão da falta de razão de ser da garantia) ou de devedor da obrigação principal e de credor figurativo (pelo facto de o devedor do crédito empenhado ser a mesma pessoa que irá beneficiar da garantia) ou, finalmente, das qualidades de devedor da obrigação principal e de empenhador (como consequência da extinção da obrigação principal). Mais detalhadamente, Pace, *ob. cit.*, págs. 135 a 138 (deixando de lado a hipótese mais simples, de confusão entre as qualidades de credor pignoratício e de devedor empenhante, caso em que a garantia se extinguirá em consequência da extinção do crédito principal), distingue consoante a confusão opere entre os dois devedores, empenhante e devedor do crédito empenhado (caso em que a extinção da relação de garantia é acompanhada da obrigação do devedor constituir um penhor de coisa, dado que “*se la confusione estingue il credito dato in pegno, essa non tocca però l’obbligazione del debitore (pignorante) di costituire un pegno di cosa su res debita, obbligo che è insito nella costituzione stessa del rapporto di pegno di crediti, e che si manifesta tutte le volte che il credito si estingue*”) ou entre o terceiro devedor e o credor pignoratício (nesta hipótese, o credor pignoratício não pode exercer um direito alheio contra si mesmo – pelo que cai o poder de substituição – mas mantém-se imutada a relação para com o empenhante, de modo que se a coisa objecto da prestação já existe no património do terceiro devedor, o empenhante adquire um penhor sobre tal coisa; se, ao invés, a coisa ainda não existe naquele património, o empenhante “*ha il dovere di preparare l’oggetto della prestazione sul quale, come creditore (o successore nel diritto), avrà il diritto di pegno*”).

<sup>1727</sup> Francesco Pellegrini, *ob. cit.*, págs. 187 a 193 - distinguindo igualmente entre a confusão das qualidades de devedor e de credor pignoratício (por exemplo no seguimento de uma sucessão hereditária), que apelida de confusão pessoal, e a confusão das qualidades de credor pignoratício e de proprietário do bem empenhado (a que dá o nome de confusão real) – considera que nas hipóteses de confusão pessoal a questão específica que se coloca é a de saber se, quando o credor - ou o terceiro - encarregue da custódia do bem empenhado se torne herdeiro do devedor, esse credor terá o dever de restituir o bem empenhado aos demais credores e, sobretudo, se o direito de preferência destes permanece suspenso até à efectiva devolução do bem (sendo pacífico que o crédito do credor relativamente ao qual se produziu a confusão se extingue e, por isso, apenas poderá reaver o objecto do penhor se pagar aos demais credores): ora, segundo o Autor, aquele dever existe e, face aos credores do *de cuius*, “*il privilegio debba rimanere fermo fino a quando duri il diritto alla separazione dei patrimoni o quello dell’erede alla rinuncia od accettazione a beneficio di inventario. La inazione dell’erede o dei creditori pignoratizi oltre tal termine estinguerebbe senz’altro il privilegio per la identificazione definitiva tra possessore del pegno e debitore*” (enquanto face aos credores do herdeiro “*i concreditori pignoratizi, non in tale qualità, ma come semplici creditori del defunto, sarebbero efficacemente difesi dalla separazione, la quale lascerebbe intatta la destinazione della cosa in sé stessa, come cosa ereditaria più che come pegno, al soddisfacimento dei debiti creditori*”). Já no que à confusão real diz respeito, ou seja, quando um dos credores pignoratícios adquire a propriedade do bem recebido em garantia, a questão prende-se com a possível subsistência do penhor face os demais credores em caso de anulação das causas de extinção da garantia (ou da própria obrigação garantida), propendendo o Autor para uma resposta afirmativa, na medida em que “*il diritto reale di pegno rimanga fermo a favore dell’acquirente ove la ragione fondamentale, esclusiva, della estinzione venga meno*”, sobretudo porque no caso da confusão real, uma vez que esta figura é “*nascente*

estas outras garantias sejam de constituição posterior à daquela relativamente à qual se verifica a confusão).<sup>1728</sup>

Noutra ordem de considerações, discute-se igualmente se a prescrição da dívida<sup>1729</sup> garantida pelo penhor poderá ser evitada pelo facto de o bem empenhado se encontrar em poder do credor.

Não se contando o prazo de não exercício do direito, para efeitos prescricionais, senão a partir do vencimento do crédito (pois até então não podia o credor exercer o direito de executar o bem recebido em garantia, conteúdo essencial do direito de penhor), verificando-se este a dívida prescreverá, nos termos gerais, uma vez decorrido o prazo legal sem que o credor pignoratício execute a coisa empenhada (extinguindo-se, acessoriamente, o direito de penhor).<sup>1730</sup>

---

*dalla coincidenza degli interessi. Ove codesta coincidenza venga meno (...) fermi i dititti del terzo possessore che abbia pagato o rilasciato”.*

<sup>1728</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 16, operam, por isso, uma distinção consoante existam sobre o bem empenhado outros penhores de grau anterior (caso em que o penhor se extinguiria por confusão, uma vez que o credor adquirente teria direito ao resíduo do produto da venda, mais como proprietário do que como credor) ou apenas existam penhores de grau posterior (caso em que o penhor não se extinguirá por confusão, em virtude do interesse do credor adquirente na sua manutenção para o fazer valer contra os credores posteriores) e acrescentando serem estas soluções transponíveis para a hipótese de o terceiro adquirente do bem se tornar credor (esta posição é subscrita por Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 672 e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 286) – em termos similares, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 138, entende que a extinção do penhor por confusão “*não se produzirá nas situações em que incidam sobre a coisa penhores de diferente grau (posterior), dado que nessa situação permanece o interesse do proprietário na sua conservação, de molde a poder opor o penhor aos credores pignoratícios posteriores*”. Em face do direito espanhol e para os casos de confusão entre as qualidades de credor pignoratício e proprietário do bem empenhado (confusão real), Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 369, esclarece que “*si existen sobre la cosa otras prendas de grado anterior, la prenda se extingue sólo en relación a la prenda en la que se ha producido la confusión. Y no se extingue si existen prendas de grado posterior, porque prevalece el interés del propietario en su conservación para poder oponerlo a los acreedores pignoratícios posteriores*”.

<sup>1729</sup> Questão diversa é a de saber se a o próprio direito de penhor poderá, ele mesmo, extinguir-se por prescrição: tendo em conta o disposto no art.º 298.º, a resposta afigura-se afirmativa (no mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 273, considerando que a prescrição poderá operar relativamente a qualquer direito real não compreendido no n.º 3 desse preceito, no qual não se encontra enumerado o penhor). O prazo de prescrição será o ordinário (20 anos – art.º 309.º), mas apenas começará a correr a partir da data do vencimento da obrigação garantida (pelas mesmas razões expostas a propósito da prescrição do crédito garantido). Em face do direito italiano admitem a prescrição automática do direito de penhor Faggella, ob. cit., pág. 148, Ciccarello, ob. cit., pág. 698 e Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 287, notando este último, porém, que esta apenas se produzirá quando a garantia (prescritível) assegure um crédito imprescritível ou quando o prazo de prescrição do crédito seja interrompido ou suspenso (fora estes casos, a prescrição do penhor coincidirá com a do crédito principal e será até uma consequência desta), enquanto Mirabelli, ob. cit., págs. 452 a 455, prefere falar da prescrição das diversas acções decorrentes do contrato de penhor (a saber, a acção de restituição do penhor, no prazo de 30 anos a contar da data da extinção do crédito garantido, excepto se o devedor proprietário usar da acção de reivindicação, a qual é imprescritível: porém, se o bem houver passado para o poder de um terceiro, a acção de reivindicação cede perante a posse de boa fé do terceiro e, em caso de má fé deste, a reivindicação deve ser exercida no prazo de 30 anos, data a partir da qual o terceiro adquire o bem por usucapião; pelo contrário, a acção do credor destinada a obter o pagamento do crédito assegurado não prescreverá enquanto o bem empenhado permanecer em poder do credor). No penhor de créditos, o penhor prescreve se o titular não leva a cabo quaisquer actos de exercício do direito ou pratique actos que interrompam a prescrição (Protetti, ob. cit., pág. 335). Contra, negando que a existência de uma prescrição autónoma do penhor, em razão da ausência de uma acção pignoratícia específica, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 15 e 16.

<sup>1730</sup> Neste sentido, Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 286 e 287, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 15, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 287, Faggella, ob. cit., págs. 170 e 171 (aceitando mesmo que o terceiro dador da garantia se possa valer da prescrição da dívida quando o devedor não o faça), Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 358 e Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, págs. 30 a 32 (concluindo não obstar à extinção do penhor por prescrição o facto de o devedor deixar o bem em poder do credor, mesmo após o vencimento

Por outro lado, importa esclarecer que o simples vencimento da obrigação garantida não produz necessariamente a sua extinção (e, por consequência, a da garantia que assegura o seu cumprimento), seja porque o credor não executa imediatamente a garantia (e não obtém assim pagamento), seja porque concede uma prorrogação do prazo para o devedor liquidar a dívida.<sup>1731</sup>

## 10.2 - Causas próprias do penhor

No que concerne às causas de extinção privativas do penhor, a lei<sup>1732</sup> (art.º 677.º) remete para os fundamentos de cessação da hipoteca (art.º 730, alíneas a)<sup>1733</sup> c), e

---

da dívida, por tal não significar reconhecimento desta e, por isso, não provocar a interrupção da prescrição). Contra, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 113, Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 65, Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 465, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 544, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 279 e Guillaouard, ob. cit., págs. 163 e 164 - afirmando este último que *“le débiteur ne peut pas se libérer de la dette par prescription tant que l’objet du gage demeure aux mains du créancier. En laissant cet objet dans la possession du créancier pour garantir le paiement de la dette, le débiteur reconnaît, d’une manière permanente, l’existence de la dette”*, concluindo, em conformidade, que a prescrição corre a favor do credor pignoratício a partir do momento do pagamento da dívida – e Henri Mazeaud, ob. cit., págs. 159 e 160, para quem a prescrição de um crédito garantido por penhor não corre enquanto o credor mantiver o bem em seu poder, uma vez que tal manutenção significa o reconhecimento permanente, por parte do devedor, da existência da dívida. Ao invés, quando o devedor não deduzir a excepção da prescrição do crédito o penhor perdura (excepto se a garantia houvesse sido prestada por terceiro, caso em que este conserva o direito de invocar a excepção e assim extinguir o penhor, mas permanecendo o devedor obrigado). Por outro lado, a constituição de um penhor, por parte do devedor, após a contracção da dívida assegurada, interromperá a prescrição, por representar um reconhecimento de dívida (semelhante interrupção não se dará, ao invés, pelo facto de o credor perceber os frutos do bem empenhado). Diversamente, poderá também prescrever o direito do credor à entrega do bem empenhado no seguimento da constituição da garantia, quando o credor deixar passar o prazo de prescrição sem requerer tal entrega.

<sup>1731</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 370 e 371, salientado, porém, que a concessão dessa prorrogação é considerada pela generalidade da doutrina como uma novação modificativa da obrigação inicial, pelo que as garantias não se extinguirão se a novação não agravar a posição de terceiros (nesta conformidade, o Autor sustenta que o credor só tenderá a aceitar tais prolongamentos quando existam garantias prestadas pelo próprio devedor, mas não por terceiros - a não ser que, nesta segunda hipótese, se estipule expressamente no contrato inicial de penhor o alargamento da garantia a eventuais créditos prorrogados, deste modo assegurando que a garantia mantém a sua data inicial de constituição). Também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 476, salienta que a renegociação da dívida – e a eventual concessão de um prazo suplementar para pagamento – apenas implica uma prorrogação idêntica da garantia se o constituinte for o próprio devedor (já não se for um terceiro, caso em que se exigirá o consentimento deste ou, se tal não acontecer, dever-se-á constituir uma nova garantia).

<sup>1732</sup> O CCF, mesmo após a reforma de 2006, não contem qualquer preceito enumerando as causas de extinção do penhor, mas Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 125, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 544, Simler e Delebecque, Droit civil cit., págs. 465 e 466, Jobard-Bachelier, ob. cit., págs. 65 e 66, Weil, ob. cit., pág. 103, apontam a extinção total do crédito assegurado, a devolução voluntária do bem ao empenhador, a perda da coisa empenhada (salvaguardada a possibilidade de a garantia sobreviver e passar a ter como objecto as indemnizações devidas em razão dessa perda) e o abuso do bem empenhado por parte do credor pignoratício (cfr. art.º 2082.º na versão originária do CCF, actualmente art.º 2344.º, n.º 1), acrescentando Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 266 e Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., págs. 78 e 79, a renúncia e a substituição ordenada no âmbito de um procedimento de insolvência e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 282, a destruição do bem empenhado. Também no direito espanhol não existe qualquer norma identificando os fundamentos da cessação do penhor, considerando Diez-Picazo, ob. cit., pág. 491, que tal sucederá quando se produzir a extinção da obrigação principal, quando o bem empenhado seja perdido ou destruído (excepto se este estava segurado, caso em que o penhor passa a recair sobre a indemnização paga pela seguradora) ou quando, depois de entregue ao credor, retorne ao poder do empenhador (sem prejuízo de o credor pignoratício poder provar que a entrega da coisa ao empenhador não ocorreu para reemitir o direito de garantia, mas antes por qualquer outra causa, como seja o uso momentâneo do bem ou a realização de reparações), acrescentando Puig

d))<sup>1734</sup>, acrescentando a restituição da coisa empenhada ou do documento que confira a exclusiva disponibilidade desta.

Desde logo, o credor pode renunciar<sup>1735</sup> à sua garantia, desde que o faça expressamente<sup>1736</sup> e obedecendo à forma prescrita para a constituição do penhor,<sup>1737</sup> sem

---

Brutau, ob. cit., pág. 46, a verificação do termo ou da condição resolutiva apostos à obrigação principal ou ao direito de penhor, bem como a aquisição por terceiro de boa fé da coisa empenhada como livre de encargos. Já Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 256, limita-se a fazer referência à possibilidade de renúncia, inclusivamente tácita, do credor à garantia, implicando a devolução dos bens onerados ao empenhante. Finalmente, Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 482, alude à extinção do crédito garantido, à perda da coisa, à renúncia do credor, à perda da posse do bem por parte do credor e a todas as causas de extinção dos direitos reais que não sejam incompatíveis com a natureza do penhor.

<sup>1733</sup> Esta alínea a) do art.º 730.º alude à extinção da obrigação garantida.

<sup>1734</sup> Com excepção da prevista na alínea b) do art.º 730.º - extinção por prescrição, a favor do terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação – em razão da sua manifesta inaplicabilidade ao penhor, não apenas por a norma em questão se referir apenas a bens imóveis, mas também por ser difícil a verificação da prescrição a favor de terceiro - uma vez que o bem se encontra, normalmente, em poder do credor - e por não haver registo da aquisição dos bens móveis (neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 697).

<sup>1735</sup> Normalmente ao falar de renúncia, referimo-nos ao acto unilateral através do qual o credor prescinde da sua garantia, sem que a obrigação garantida se ache cumprida – é a chamada renúncia abdicativa. Contudo, ao lado desta existe a convenção entre o credor e um terceiro, nos termos da qual o primeiro abdica da sua garantia em benefício do segundo, a denominada renúncia translativa (por exemplo, quando o credor pignoratício acorda com o adquirente de um bem onerado com a garantia a renúncia a exercer os direitos resultantes desta. Em regra, este acordo apenas extingue o direito de sequela do penhor – mantendo o credor o direito de preferência sobre o preço – até porque o mesmo será inválido quando inclua também a transferência da prevalência, pois tal representaria uma sub-rogação do adquirente na garantia desacompanhada do crédito, ou seja, uma transferência e não uma extinção da garantia – acerca desta distinção, vide Weil, ob. cit., págs. 502 e 515.

<sup>1736</sup> Admitem a renúncia tácita, pelo menos quando existam factos inequívocos nesse sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 285, Ciccarello, ob. cit., pág. 697, Realmonte, Il pegno cit., pág. 672, Protetti, ob. cit., pág. 330, Weil, ob. cit., pág. 516 (embora ressalvando que, como a renúncia não se presume, os factos que equivalham a renúncia devem apresentar um carácter não equívoco), Guillouard, ob. cit., págs. 11 e 129 e o art.º 1436.º do CCB (nos termos do qual a renúncia se presume quando o credor pignoratício consentir na venda particular sem reserva do preço, quando restituir o bem ao devedor ou anuir na sua substituição por outro - Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., págs. 580 e 581, alerta para a natureza relativa desta presunção, podendo ser afastada, por exemplo, demonstrando que a prestação de uma nova garantia visou apenas reforçar a segurança do credor). Já no Acórdão da Relação do Porto de 13/3/1997, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), julgou-se não constituir renúncia ao penhor, nem sequer tácita, o facto de o credor fazer valer o seu crédito, através de uma acção especial de venda do penhor, do desconto bancário das livranças subscritas pelo devedor e, simultaneamente, exercer o seu direito quanto aos avalistas das livranças em processo de execução comum. No aresto da Corte de Cassação Comercial de 18 de Fevereiro de 1997, citado por Stéphane Piedlièvre, Sûretés réeles – publicité foncière cit., pág. 252, foi censurada uma prévia decisão do Tribunal de Versailles, na qual os juízes haviam deduzido a renúncia do credor, com garantia sobre um estabelecimento comercial, da circunstância de este ter obtido um pagamento parcial do seu crédito: esta decisão é fortemente criticada pelo Autor por, no limite, “*empêcher le créancier d’accepter un paiement partiel, car il perdrait toute possibilité de faire ráliser sa sûreté*”, considerando inaceitável considerar que “*le créancier acceptant un paiement partiel renonce à se prévaloir d’un droit de suite*” (tanto mais que, no caso concreto, o bem onerado havia entretanto sido alienado a terceiro e o credor pignoratício já havia intimado este para pagar o montante do crédito ainda não satisfeito), até porque a renúncia a um direito apenas se pode presumir quando subsistam actos que permitam concluir, sem equívoco, ser essa a vontade do renunciante.

<sup>1737</sup> Na medida em que, como vimos, o negócio de constituição do penhor não se encontra, entre nós, submetido a qualquer requisito de forma, o mesmo valerá para a renúncia à garantia. Mesmo no direito italiano, no qual a forma escrita é imposta como condição de atribuição da preferência pignoratícia, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 15, aceitam a simples renúncia verbal. Nos termos do n.º 1 do §1255 do BGB, para a anulação do penhor por negócio jurídico basta a declaração do credor pignoratício, perante o empenhador ou o proprietário, de que renuncia ao direito de penhor (acrescentando, porém, o n.º 2 que se

necessidade de aceitação do devedor ou do prestador da garantia (art.ºs 730.º, alínea d) e 731.º),<sup>1738</sup> embora por vezes seja necessário o preenchimento de determinados requisitos, designadamente para o cancelamento dos penhores sujeitos a registo.<sup>1739</sup>

No que especificamente respeita ao penhor de créditos, o consentimento dado pelo pignoratício ao empenhador para que este proceda à cobrança do crédito outorgado em garantia, pode ser entendido como uma renúncia abdicativa, uma vez que origina a extinção do penhor (art.º 685.º, n.º 4).<sup>1740</sup>

Como negócio jurídico unilateral que é, a renúncia não carece da aceitação de outrem, muito embora deva ser dirigida ao empenhador (por ser este a contraparte no contrato de penhor).<sup>1741</sup>

Importa, contudo, sublinhar que a renúncia às garantias não faz presumir a remissão da dívida (art.º 867.º),<sup>1742</sup> produzindo como efeito o principal a degradação do crédito outrora garantido à condição de comum: todavia, há até quem admita que simples presença do bem onerado em poder do devedor, após a constituição do penhor, faz presumir a remissão da obrigação assegurada por aquela garantia.<sup>1743</sup>

---

a coisa dada em penhor estiver onerada com um direito de terceiro, será necessário o consentimento desse terceiro, consentimento este que deve ser notificado àquele em favor do qual ele ocorre e é irrevogável) – de acordo com este regime Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1553, entendem não ser necessária qualquer alteração da situação possessória do bem, nem tão pouco o consentimento do proprietário.

<sup>1738</sup> O art.º 677.º, ao remeter, em matéria de extinção do penhor, para as normas previstas para a hipoteca, determina, a nosso ver, a aplicação, não apenas do art.º 730.º (que enumera as causas de extinção), mas também do art.º 731.º (que alude aos requisitos a que deve obedecer a renúncia à hipoteca) - e mesmo do art.º 732.º, relativo à possibilidade de renascimento da hipoteca, depois de extinta), uma vez que estes dois últimos preceitos se encontram directamente relacionados com a extinção da garantia.

<sup>1739</sup> Por exemplo, para cancelar a inscrição de um penhor sobre acções escriturais e independentemente da causa que origina a extinção da garantia, será necessária a comprovação do consentimento do titular dos valores onerados ou, pelo menos, a acreditação do facto determinante da extinção, só depois se procedendo à restituição dos respectivos certificados de legitimação (vide infra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II) e, para o direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 475).

<sup>1740</sup> Neste sentido, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 42 (se, pelo contrário, o empenhador receber a prestação resultante do crédito empenhado sem autorização do credor pignoratício e sem prejuízo da responsabilidade contratual daquele, opera-se a sub-rogação real nos termos do n.º 1 do art.º 685.º, com a obrigação do empenhador empossar o credor pignoratício do bem objecto da prestação) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 167.

<sup>1741</sup> Salientam este aspecto Colaço Canário, ob. cit., pág. 67 (embora considerando o penhor extinto a partir do momento da manifestação de vontade do credor), Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 61 (qualificando o acto de renúncia como uma declaração recipienda), Protetti, ob. cit., pág. 330, Realmonte, Il pegno cit., pág. 672, enquanto Rubino, Il pegno cit., pág. 285, exceptua o caso de a renúncia estar inserida num negócio bilateral (por último Ciccarello, ob. cit., pág. 698, dá conta de uma opinião que aponta no sentido da necessidade de a renúncia ser aceite pelo empenhador, mas essa opinião enquadra a renúncia ao penhor na categoria da remissão a favor de outrem).

<sup>1742</sup> Embora, como é lógico, o credor também possa renunciar ao próprio crédito, através de remissão (cfr. art.º 863.º e segs.), originando assim a extinção da obrigação principal e da garantia, não se encontrando sequer esta remissão de qualquer formalidade especial, para além do consentimento das partes (n.º 1 do art.º 861.º). Resulta do confronto entre a renúncia à garantia e a remissão do crédito, ser a primeira é um negócio unilateral que não pressupõe o acordo do beneficiário, enquanto a remissão é um contrato, *in casu* entre o credor e o devedor. Desvalorizam esta distinção Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. II, pág. 150 (qualificando a remissão, de um ponto de vista económico, como uma renúncia a um direito de crédito), o mesmo fazendo, a título individual, o segundo destes Autores, in Direito das Obrigações, Vol. II, pág. 247 (definindo a remissão como uma renúncia com um nome especial, para os direitos de crédito, nomeadamente a fim de a distinguir da perda voluntária de um direito, caso em que a declaração do renunciante não tem como destinatário pessoa determinada).

<sup>1743</sup> É a posição de Medina de Lemus, ob. cit., pág. 146, baseando-se no art.º 1181.º do CCE, apesar de ressaltar a natureza relativa da presunção. Contra, expressamente, Mejias Gomez, La prenda cit. pág. 256 e, no direito brasileiro, Washington Monteiro de Barros, ob. cit., pág. 393 (entendendo que a simples



Também neste caso, à semelhança do que sucede quando ocorra a transmissão da garantia acompanhada do crédito, crédito e garantia dissociam-se. Todavia, ao contrário do que sucede na transmissão, nesta hipótese a garantia não passar a garantir nenhum outro crédito.

Apesar de a lei não o dizer expressamente, será de admitir a renúncia parcial à garantia, ao menos no sentido de o credor abdicar de exercer o direito pignoratício relativamente a determinados bens abrangidos pelo penhor ou a determinados devedores.<sup>1744</sup>

No entanto, nos ordenamentos em que vigore a protecção do terceiro adquirente de boa fé, parece que a renúncia não poderá ser oposta ao terceiro cessionário do penhor (garantia), sempre que este tenha recebido de boa fé a posse da coisa.<sup>1745</sup>

Em segundo lugar, o penhor também se dissolve, por ausência de objecto, em caso de perecimento da coisa<sup>1746</sup> sobre a qual a garantia incide (art.º 730.º, alínea c), por remissão do art.º 677.º).<sup>1747</sup>

Todavia e por força do carácter indivisível do penhor (cfr. art.º 696.º, por remissão do art.º 678.º), apenas o perecimento total determina a extinção do penhor ou, dito de outro modo, a subsistência de uma parcela do bem empenhado, por mais ínfima que seja, implica a manutenção da garantia, com o objecto reduzido à parte remanescente:<sup>1748</sup> quando tal suceda, a protecção do credor pode ser assegurada extinguindo a substituição ou reforço da garantia (cfr. art.º 670.º, alínea c)).

Mais ainda, mesmo o perecimento total do bem empenhado nem sempre acarretará a extinção da garantia, designadamente quando, após a verificação desse evento, haja lugar ao pagamento de uma indemnização, caso em que ao credor pignoratício é permitido exercer o seu direito de preferência sobre esse montante (art.º 692.º, n.º 1, aplicável ao penhor por remissão dos art.º 678.º).<sup>1749</sup>

---

entrega do bem onerado ao devedor não pode fazer presumir a renúncia ao próprio crédito garantido) e Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 75 (sustentando que “a entrega do objecto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, mas não a extinção da dívida”).

<sup>1744</sup> Neste sentido, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 2/2/1993, in CJ, 1993, I, pág. 35 e segs. (embora o aresto seja relativo à hipoteca, as considerações são extensíveis, por identidade de razão, ao penhor). Já Guillouard, ob. cit., pág. 219, admite a renúncia parcial num outro prisma, como abstenção do credor exercer o seu direito de garantia relativamente a determinados devedores.

<sup>1745</sup> Vide Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 368 e 369, apontando como um exemplo ainda mais radical da protecção do terceiro adquirente de boa fé o penhor de valores mobiliários escriturais, o qual não se deverá considerar extinto até ao momento em que se averbe o cancelamento da garantia (para o que será necessário a acreditação do consentimento do titular do penhor ou do facto determinante da extinção desse direito, bem como a restituição dos certificados anteriormente expedidos).

<sup>1746</sup> Em Itália Montel, Pegno cit., pág. 796, entende que o perecimento do bem empenhado não constitui uma causa autónoma de extinção do penhor, sendo antes enquadrável na categoria mais ampla da perda da posse por parte do credor pignoratício. Contra, Realmonte, Il pegno cit., pág. 671, Rubino, Il pegno cit., pág. 288.

<sup>1747</sup> Relativamente ao penhor de créditos, o perecimento do bem empenhado consiste na extinção do crédito dado em garantia, com as ressalvas acima expostas a respeito da protecção de terceiro em caso de extinção de créditos por confusão e compensação (neste sentido, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 153 e 154, seguido por Realmonte, Il pegno cit., pág. 671 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 284, concluindo que as mesmas regras valem para o penhor de usufruto).

<sup>1748</sup> Neste sentido, Faggella, ob. cit., pág. 146 e Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 392 e 393.

<sup>1749</sup> O mesmo regime se aplica às indemnizações devidas por força de expropriação ou requisição do bem empenhado e aos casos análogos (n.º 3 do art.º 692.º, solução igualmente defendida, quanto à expropriação e para o direito brasileiro, por Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 393). Tendo em conta a abrangência deste n.º 3, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 715, entende ser o efeito sub-rogatório aplicável a qualquer crédito de indemnização decorrente da perda ou deterioração do bem garantido. Este preceito também se refere à hipótese de, em vez de perecimento, se ter produzido uma simples deterioração ou perda de valor do bem empenhado: simplesmente, nestes últimos casos, não

Este art.º 692.º é apontado, ao menos na opinião de alguns, como um dos exemplos inequívocos da consagração legal da figura da sub-rogação real,<sup>1750</sup> passando o valor da compensação a ocupar o lugar do bem originariamente dado em penhor, por isso se admitindo que o credor pignoratício possa agir directamente contra o devedor da indemnização.<sup>1751</sup>

Não é, todavia, líquido se o direito anterior subsiste – apesar da transformação do seu objecto – ou, pelo contrário, se extingue, renascendo posteriormente um direito novo.

Da aparente limpidez do disposto no art.º 730.º, alínea c) - que salvaguarda do efeito extintivo a substituição do bem empenhado pela indemnização ou por outra quantia em caso de perecimento por facto não imputável ao credor – parece dever concluir-se que aquela ressalva operará mesmo quando medeie algum tempo entre o desaparecimento do objecto da garantia e o pagamento da indemnização ou a substituição do seu objecto, não se produzindo, pelo contrário, uma extinção e posterior renascimento da garantia (cfr. art.º 732.º), podendo até acrescentar-se que a adopção da posição contrária goraria a protecção do credor pignoratício, em caso de substituição do objecto da garantia (inspiradora dos art.ºs 692.º e 701.º), pois a sua preferência cederia perante outros direitos de terceiro porventura constituídos entre o nascimento originário da garantia e o seu renascimento.

Todavia, inclinamo-nos para o entendimento oposto,<sup>1752</sup> em consonância com o defendido a respeito da aplicação do art.º 701.º (que, aliás, é expressamente ressalvado, conjuntamente com o art.º 692.º, pela alínea c) do art.º 730.º), sustentando, assim, que a garantia se extinguirá com o perecimento e renascerá com o eventual surgimento da pretensão indemnizatória.

---

ocorrerá a extinção da garantia. Como já sustentámos noutro local (vide o nosso Dos privilégios cit., pág. 50, nota 74), se o montante da indemnização for usado para reparar a perda ou deterioração da coisa o efeito sub-rogação não operará, uma vez que o objecto da garantia se mantém intacto daí não resultando nenhum prejuízo para o credor (a mesma solução consta do art.º 2742.º do CCI e é defendida por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 47 e 48, em especial nota 762 - acrescentando dever ser atribuído ao juiz o poder de verificar se as quantias foram efectivamente aplicadas na reparação do bem).

<sup>1750</sup> Vide, por exemplo, Menezes Leitão, *Garantias cit.*, pág. 223 (alegando “*estar em causa essencialmente uma ideia de sub-rogação real*”), Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 204 (“*Trata-se aqui de um caso sub-rogação real em que o objecto da hipoteca passar a ser (portanto: subsequentemente) os créditos indemnizatórios*”) e Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, *ob. cit.*, págs. 197 e 198 (“*Esta transferência corresponde a uma sui generis sub-rogação real, na medida em que a preferência que incide sobre coisa determinada transforma-se numa preferência sobre prestação de coisa indeterminada (a indemnização) constituída em lugar daquela*”). Porém, não deixam de se suscitar algumas dúvidas, na medida em que não é sem reserva a afirmação que o credor pignoratício adquira um direito de preferência sobre o crédito de indemnização do empenhador, uma vez que o penhor tinha por objecto uma dada coisa e não se poder dizer que tenha querido abranger a indemnização - Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 39 (o Autor, apesar destas objecções, concorda com o teor do art.º 692.º). Tendo em conta estas dúvidas, discute-se qual a natureza do direito do credor de ser pago, com preferência, pelo valor da indemnização, nomeadamente se será um direito novo ou um penhor sobre o crédito à indemnização (acerca destas teorias, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 42). Para mais desenvolvimentos sobre as normas, como este art.º 692.º, que, ao menos aparentemente, reconhecem a aplicação do instituto sub-rogação no domínio do penhor, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>1751</sup> Vide, neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 715 e os Acórdãos da Relação do Porto de 31/1/1973 e de 21/12/1973, publicados, respectivamente, no BMJ n.º 224, pág. 229 e segs. e no BMJ n.º 230, pág. 167 e segs..

<sup>1752</sup> Aponta neste segundo sentido Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, pág. 250, “*o direito que incide sobre a nova coisa não é o direito antigo, mas um direito novo, pelo que, ainda nesse caso, a perda da coisa determina a extinção daquele direito (...) ainda que a lei nunca a mencionasse, sempre à perda da coisa teria de se atribuir o efeito extintivo do direitos, pois por virtude da sua ocorrência é posta em causa a afectação jurídica de bens própria dos direitos reais*”.

Um argumento adicional que poderemos invocar em abono da tese por nós defendida resulta do art.º 732.º, o qual, ao prever o renascimento da garantia em caso de anulação da causa extintiva da hipoteca ou de renúncia do credor à garantia, ressalva que tal renascimento apenas se produz, se já tivesse existido cancelamento da inscrição inicial, a partir da nova inscrição.

Desta norma poderá retirar-se o princípio de acordo com o qual quando a extinção da garantia tenha sido publicitada nos mesmos termos em que o foi a sua constituição, um eventual renascimento encontra-se condicionado à repetição daquelas formalidades, apenas renascendo a garantia desde esta última data: ora, isto significa, no caso da extinção do penhor por perecimento da garantia, que o efeito extintivo se produz com o desaparecimento do bem do poder do credor (ou do terceiro designado para a sua guarda), pelo que a garantia apenas nascerá a partir do momento em que tal empossamento se verifique ou, tratando-se de um penhor de créditos, sejam cumpridas as formalidades impostas para o seu surgimento (como sucede com a necessidade de notificar o terceiro devedor da indemnização).

De facto, este efeito sub-rogatório não se produz de modo automático, antes pressupondo que o credor pignoratício notifique o devedor da indemnização, dando-lhe conta da existência da garantia, pois só a partir desse momento o pagamento efectuado por este último ao seu credor não tem efeito liberatório (art.º 692.º, n.º 2).<sup>1753</sup>

Uma hipótese em que será, porventura, frequente a invocação deste preceito acontece quando o bem empenhado esteja segurado.<sup>1754</sup>

Um efeito análogo ao contemplado no art.º 692.º se produzirá quando, não obstante o desaparecimento do bem dado em penhor por causa não imputável ao credor, este exija ao proprietário daquele bem a substituição ou o reforço da garantia (art.º 701.º, n.ºs 1 e 2, aplicáveis ao penhor por força do art.º 670.º, alínea c))<sup>1755</sup>: caso não o

---

<sup>1753</sup> Ou melhor, se o devedor da indemnização pagar ao seu credor e, ainda assim, o credor pignoratício obtiver a satisfação do seu crédito, aquele pagamento tem efeito liberatório. Não o terá, pelo contrário, quando o credor pignoratício não tenha sido satisfeito. Nesta segunda hipótese, o devedor da indemnização poderá ser chamado a pagar uma segunda vez, podendo ressarcir-se, em seguida, junto do proprietário do bem empenhado do prejuízo daí resultante – assim, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 716. Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 42, justifica esta necessidade de notificação com a circunstância de o direito sobre a indemnização ser um direito de crédito e, por isso, se dever sujeitar às regras de constituição dos penhores com esse objecto. Diferentemente, no direito italiano (cfr. art.º 2742.º, n.º 2, do CCI) se o devedor da indemnização pagar ao seu credor no prazo de 30 dias a contar da data da perda ou deterioração, sem que haja oposição, considera-se liberado, entendimento este sufragado, embora com alguns desvios por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 45 e 46 (este Autor distingue consoante o objecto do penhor seja um bem sujeito a registo, caso em que o devedor da indemnização só pode pagar, após o vencimento do crédito garantido, ao credor pignoratício, excepto se, depois de notificado este último do perecimento, deixar passar 30 dias sem se pronunciar; se, pelo contrário, o bem empenhado não estiver sujeito a registo, propõe solução idêntica à do direito italiano, com a ressalva de, tendo o devedor da indemnização tido conhecimento da garantia, pois, nessa conjuntura, deverá notificar o credor pignoratício e apenas se este não se pronunciar no prazo de 30 dias se liberará pagando ao empenhador).

<sup>1754</sup> Neste caso são necessárias cautelas adicionais para salvaguardar o direito do credor pignoratício, designadamente impedindo que o crédito de seguro possa ser suprimido sem consentimento do credor pignoratício ou permitindo que o credor pignoratício liquide os prémios de seguro em dívida e responsabilizando o segurador, em caso de negligência ou de conluio com o segurado empenhador, pelo pagamento do prémio ao credor pignoratício - Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 48 a 50.

<sup>1755</sup> Invocando o preceito idêntico no Código de Seabra, o Acórdão do STJ de 12/11/1948, in BMJ n.º 10, pág. 289 e segs., decidiu que “ainda que o credor se perca, a garantia não desaparece nem se extingue, visto o credor poder exigir do lesador outro penhor ou o cumprimento da obrigação, desde que não tenha concorrido para aquele desaparecimento ou diminuição de valor”.

façam, poderá exigir o cumprimento imediato da obrigação ou, tratando-se de obrigação futura, constituir nova garantia sobre outros bens do devedor.<sup>1756</sup>

Já antes escarpelizámos este preceito, pelo que agora nos resta salientar que ele também se aplica à hipótese em que, ao invés do perecimento, a garantia simplesmente se tenha tornado insuficiente para garantia do crédito: porém, neste caso o penhor não se extingue, pelo que tal eventualidade não releva no presente âmbito.

Enquanto as demais razões justificativas da extinção não são exclusivas desta particular garantia, a restituição da coisa empenhada ou do documento que confira a sua exclusiva disponibilidade é privativa do penhor (art.º 677.º).<sup>1757</sup>

Salta à vista a razão de ser deste preceito: se a constituição e manutenção do penhor pressupõem o desapossamento do empenhante, a restituição do bem, por parte do credor pignoratício, ao seu proprietário deverá conduzir ao ocaso da garantia,<sup>1758</sup> o mesmo efeito se produzindo quando, tendo sido o bem entregue a um terceiro para custódia, este o devolva ao empenhante sem que se encontre extinta a obrigação garantida (uma vez que, também neste segundo caso, com a devolução do bem desaparece a situação de indisponibilidade do bem por parte do constituinte da garantia determinante da entrega do bem ao credor ou a terceiro).

Para além disso, a restituição do bem empenhado faz cessar a já de si rudimentar função publicitária da entrega desse bem ao credor (ou, pelo menos, o desapossamento do credor), permitindo que o empenhador dele disponha, sem que os terceiros se possam aperceber da existência da garantia, razão pela qual esta não lhes deverá ser oponível.<sup>1759</sup>

Debate-se, porém, se toda e qualquer restituição produz o fim da garantia pignoratícia ou, pelo contrário, haverá casos em que, não obstante a devolução do bem, o penhor poderá subsistir.

Desde logo, há que esclarecer se a restituição acompanhada da reserva expressa da subsistência do penhor desencadeia o aludido efeito extintivo, propendendo a doutrina nacional para uma resposta afirmativa.<sup>1760</sup>

---

<sup>1756</sup> Acerca da questão de saber se a preferência conferida por esta nova garantia retroagirá à data da constituição da garantia originária ou, pelo contrário, relevará apenas a data em que a nova surgiu, vide supra n.º 9.1.3 do Capítulo I.

<sup>1757</sup> Em termos idênticos, vide o §1253, n.º 1, do BGB, precisando que tal efeito se produzirá, quer a devolução seja efectuada ao proprietário, quer seja ao empenhador (por outro lado, nos termos do n.º 2 da mesma disposição legal, encontrando-se a coisa na posse do empenhador ou do proprietário, presume-se que ela lhe foi entregue pelo credor pignoratício, presunção esta que também se aplica quando o penhor se encontre na posse de um terceiro, cuja posse lhe tenha sido entregue pelo empenhador ou pelo proprietário, após a constituição do penhor). Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 14, 15 e 22, entendem que o penhor se extingue, em geral, pela prática de um acto contrário à sua constituição, isto é, a perda da posse do bem (tratando-se de penhor de coisas) ou a notificação ao terceiro devedor de um acto de liberação do vínculo (no caso do penhor de créditos).

<sup>1758</sup> Assim, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 62 e 63.

<sup>1759</sup> Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 206. Por ser assim, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1553 e 1554, entendem que por restituição, para este efeito, se deve considerar unicamente a devolução da posse voluntária e consciente, em resultado da qual o empenhante recupere perante terceiros a aparência de titularidade efectiva sobre o bem empenhado (negando, em conformidade, a perda da posse em caso de restituição, por equívoco, do bem empenhado, sem que o credor pignoratício saiba que o receptor é o empenhante ou um seu mediador possessório).

<sup>1760</sup> Designadamente Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 63 (por entender que, dessa forma, deixam de se alcançar os objectivos – publicidade face a terceiros e protecção do credor - que a entrega assegurava) e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 696. No direito alemão, o n.º 1 do §1253 do BGB declara como nula qualquer cláusula de reserva da continuidade do penhor apesar da entrega: porém, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1553 e 1554, admitem que as partes possam acordar na manutenção da garantia mesmo em caso

Noutro plano, é igualmente controverso se as restituições temporárias ao empenhador, nomeadamente as motivadas pela necessidade de efectuar reparações no bem empenhado para as quais o seu proprietário disponha de especiais qualificações, farão extinguir o penhor.

Apesar da existência de opiniões em contrário, designadamente na doutrina estrangeira, os Autores nacionais pronunciam-se maioritariamente no sentido de as restituições, ainda que temporárias, conduzirem à extinção do penhor,<sup>1761</sup> excepto se a devolução transitória for efectuada a terceiro.<sup>1762</sup>

---

de restituição do bem (devendo tal cláusula ser interpretada como impondo uma obrigação de reconstituição do penhor).

<sup>1761</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 65 (afirmando que “*De pouco ou nada serviria a necessidade de entrega ao credor, se este pudesse, embora com carácter passageiro, deixar a coisa em poder do empenhador*”, mas esclarecendo que o ónus da prova do carácter temporário ou definitivo da devolução impende sobre o credor, presumindo-se que a entrega significa renúncia ao penhor), Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., págs. 549 a 552, salientando ser a privação do empenhante dispor do bem onerado uma condição, não apenas da constituição, mas também de manutenção da garantia, entendendo, por isso, que a perda da posse gera inelutavelmente a extinção do penhor, embora acrescentando que “*logo que se reconstitua a situação de privação da possibilidade de disposição material da coisa pelo autor do penhor, aquele renasce*”, esclarecendo, porém, que tal renascimento, no fundo, consiste no surgimento de um novo direito, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 696 (afirmando que “*não é necessário que, com a restituição, se tenha em vista a extinção do penhor. Basta o simples facto da restituição, para que a garantia fique despojada de toda a sua eficácia*”, até por confronto com o art.º 871.º do Código de Seabra, que dispunha que a restituição da coisa empenhada significava a remissão do direito ao penhor, salvo se o credor provasse o contrário, ou seja, a própria lei admitia que, ao menos em certos casos, a devolução do bem ao constituinte poderia não implicar a perda da garantia. Pelo contrário, em face do actual art.º 677.º - nos termos do qual o penhor se extingue, sem mais, pela restituição da coisa empenhada ou do documento que confira a sua exclusiva disponibilidade – impõe-se a conclusão oposta) e Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 206 (apontando como exemplo de extinção o empréstimo de um anel empenhado ao empenhador para este ir a uma festa) e, na jurisprudência, o Acórdão da Relação de Coimbra de 30/1/2001, in CJ 2001, I, pág. 22 e segs. (no caso, a instituição bancária credora havia simplesmente devolvido a aplicação financeira ao seu proprietário para que este efectuasse uma assinatura em falta). Contra, Rubino, Il pegno cit., pág. 275 e segs., afirmando que a perda da posse não determinará a extinção do penhor quando for momentânea (considerando, por isso, que essa extinção ocorrerá em caso de perda involuntária, pois esta raramente será temporária; pelo contrário, tratando-se de restituição voluntária ao proprietário, o direito de penhor só não se extinguirá se a restituição for transitória e ficar estabelecida a obrigação de devolução da coisa ao credor mal se atinja o fim em vista do qual a coisa haja sido temporariamente restituída ao proprietário; se, por último, o credor entregar o bem a um terceiro, sem o consentimento do devedor, a extinção apenas não ocorrerá se a devolução a esse terceiro for momentânea – não se podendo considerar, em caso de devolução duradoura, tratar-se de uma hipótese de nomeação de terceiro depositário, uma vez que esta exige o consentimento do devedor). Também Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 309, sustenta que o art.º 1191.º do CCE (nos termos do qual, quando a coisa empenhada, depois de entregue ao credor, se encontre em poder do devedor, se presumirá remetida a obrigação principal), constitui uma presunção ilidível que, por isso, admite prova em contrário, nomeadamente demonstrando que a coisa se encontra em poder do devedor, a título temporário e com o consentimento do credor, para que aquele o repare (porque, por exemplo, é o único com conhecimentos para o efeito). Já Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 148, entende que o desapossamento do credor só não origina a extinção do penhor quando for momentâneo e tiver passado despercebido a terceiros (uma vez que sustenta que o elemento essencial da exigência de desapossamento reside na protecção destes últimos), circunstâncias essas que caberá ao juiz avaliar. Finalmente, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 69 e 70, consideram o penhor como extinto, apenas admitindo que o credor pignoratício possa fazer valer o seu direito de garantia relativamente a outro credor que tenha obtido uma penhora sobre o mesmo bem, sabendo do carácter temporário da restituição.

<sup>1762</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 66 a 68, apontando o exemplo da entrega a um terceiro a fim de este reparar o bem empenhado e indo mais longe ao admitir a não extinção em caso de entrega estável a terceiro, desde que o credor possa exigir o bem a esse terceiro. O mesmo se aplica se o credor se limitar a atribuir ao empenhador a posse do bem, de modo a que este não possa dispor materialmente do bem (caso contrário, haverá restituição e o penhor extingue-se). Sobre estas questões, vide igualmente n.ºs 9.1 e 10.2 do Capítulo I.

Ainda relativamente a esta forma de cessação do penhor, é objecto de disputa a questão de saber se também a perda involuntária da posse (particularmente quando seja consequência de furto ou de simples extravio) acarreta a extinção do penhor.<sup>1763</sup>

Uma resposta comum afirmativa a todas estas hipóteses de desapossamento do credor,<sup>1764</sup> pode radicar na necessidade de protecção dos direitos de terceiros (particularmente os constituídos após a perda da posse e antes de uma eventual recuperação da mesma por parte do credor pignoratício), os quais, desaparecido o mecanismo publicitário decorrente da entrega, se deparam com uma garantia oculta.<sup>1765</sup>

---

<sup>1763</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 73 e 74, aceita igualmente que, existindo uma excepção peremptória que possa ser oposta ao direito de penhor, o empenhador tenha o direito de exigir a restituição do bem empenhado e a consequente extinção do penhor, pois aquela excepção nega a eficácia deste direito (no mesmo sentido, vide o §1254 do BGB)

<sup>1764</sup> Mesmo aquelas em que exista uma reserva expressa de subsistência da garantia não obstante a restituição, uma vez que tal ressalva não será de molde a tutelar os interesses de terceiros, protegidos pela exigência de desapossamento.

<sup>1765</sup> Aceitam o efeito extintivo mesmo neste caso Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, págs. 69 e 70, pelo menos em relação a terceiros, pois o penhor fica privado de toda a publicidade, podendo aqueles ser induzidos em erro pela posse do bem pelo seu proprietário, entendendo ser mais merecedor de tutela o interesse desses terceiros face ao do credor pignoratício, sem prejuízo do direito deste último poder exigir novamente a entrega ao empenhador, mas cedendo este novo direito perante outros direitos de terceiros entretanto constituídos, advogando que *“em relação a terceiros, o penhor não deve ser eficaz, se a coisa está em poder do empenhador, mesmo que o credor a não tenha perdido voluntariamente. Voluntária ou involuntária a perda, o penhor fica sem a publicidade que a posse do credor lhe daria, o empenhador pode servir-se dela para enganar terceiros e o penhor não deve, portanto, ser eficaz em prejuízo deles. Merecem mais protecção esses terceiros do que o credor, muitas vezes negligente na guarda da coisa”*, concluindo que *“o penhor poderá acaso exigir de novo ao empenhador a entrega; mas, por exemplo, os direitos constituídos a favor de terceiros medio tempore subsistem, sem a preferência do penhor”* (todavia, parece que o Autor apenas aceita este efeito se a coisa voltar para poder do empenhador, mas já não se, saindo da posse do credor pignoratício, passar para o poder de terceiro). Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 206, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 245, nota 692 (afirmando que o efeito extintivo se produzirá tanto se a restituição voluntária, como involuntária), Oliveira Ascensão, Direitos reais cit. págs. 549 a 552 (em consonância com o seu entendimento que postula o desapossamento como condição, não apenas de surgimento, como também de manutenção do penhor, afirma que *“a cessação de uma situação de facto qualificativa é causa de extinção de direitos reais”*, até por analogia com o papel desempenhado pelo registo na hipoteca – publicitar da garantia face a terceiros - e com o efeito extintivo da garantia que o cancelamento do registo implica: em caso de reconstituição da situação de privação da possibilidade de disposição material da coisa por parte do empenhante, o penhor renasce, mas sem efeitos retroactivos, pois trata-se de um novo penhor. Apesar disso, o Autor considera não estar em causa a integração do penhor no seio dos direitos reais, por continuar a gozar da inerência e da sequela – quanto a este último aspecto, ele não estará presente quando a coisa ficar sujeita ao poder de disposição do empenhante porque, nesse caso, o penhor se extinguiu, mas *“a sequela manifesta-se sempre que estiverem em causa terceiros, que se colocarem em situação incompatível com aquele direito – nomeadamente por atingirem de qualquer maneira a posse do credor – sem que a possibilidade de disposição material por parte do autor do penhor se verifique”*) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 137 (alegando que *“caso o empenhador subtraia a coisa ao credor pignoratício poderá dispor dela a favor de terceiros, sendo inaceitável que o penhor fosse oponível a estes, pois não teriam qualquer publicidade relativa ao mesmo”*). Defendem igualmente o efeito extintivo do penhor nesta caso Weil, ob. cit., pág. 83, Piedlièvre, Les sûretés cit., pág. 180, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., págs. 86 e 87 (rejeitando quaisquer condutas através das quais, após o empossamento do credor pignoratício, o bem seja restituído a título precário ao devedor, tendo em conta a possibilidade de, desse modo, se defraudarem as expectativas de terceiros) e, sobretudo, Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 199, Troplong, ob. cit., pág. 102 (afirmando que qualquer perda da posse por parte do credor implica a perda da preferência pignoratícia, valendo como uma renúncia tácita ao seu direito) e Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 60 e 61 (declarando, sem mais, que a oponibilidade do penhor se encontra subordinada ao perdurar do mecanismo publicitário – o desapossamento, destinado a tornar cognoscível a terceiros a constituição do penhor - durante toda a duração da obrigação garantida). Contra, Rubino, Il pegno cit., pág. 275 e segs., conforme exposto acima, para quem não basta, em ordem a evitar a extinção do penhor, que a restituição seja involuntária, sendo ainda necessário que não tenha sido temporária (em termos idênticos, Salinas

Pelo contrário, um contra-argumento reside no facto de a orientação acabada de expor conduzir a uma inutilidade prática do recurso aos meios de recuperação da posse, porquanto mesmo quando o credor logre invocá-los com sucesso, tal não obstará ao ocaso do direito de garantia, permitindo unicamente a sua ressurreição, mas preterido por todas as que se constituam *medio tempore*, isto é, entre o momento da perda e o da recuperação da posse (ou seja, seria como a garantia houvesse sido constituída apenas neste último momento).

Mais grave ainda, se o terceiro houver adquirido a propriedade do bem onerado e uma vez assumido que o penhor se extinguiu com a perda da posse por parte do credor pignoratício, não lhe será, por isso, lícito invocar o direito de sequela face ao terceiro, cujo direito prevalecerá.

Tomando posição e assumindo que essencial para o nascimento (e manutenção) do penhor é a retirada do bem ao empenhante (e a consequente perda indisponibilidade por parte do constituinte), de modo a que os terceiros sejam advertidos da existência de um ónus sobre a dita coisa, será de excluir a manutenção do direito real de garantia quando o bem retornar ao poder do constituinte, em particular quando tal devolução tenha sido voluntariamente praticada pelo credor pignoratício, uma vez que, desse modo, se aniquila o efeito publicitário inerente ao surgimento do penhor (excepto, porventura, caso se encontrem preenchidos os requisitos legais da composesse, o que poderá representar uma alternativa interessante para as restituições temporárias).

Ora, atendendo à finalidade propagandística da entrega do bem ao credor ou a terceiro, não será descabido admitir que o direito real pode subsistir, apesar da perda voluntária<sup>1766</sup> da posse do bem por parte do credor (ou do sujeito encarregue da sua custódia), desde que a coisa não retorne ao poder exclusivo do empenhante, como sucederá quando passar para a posse de um terceiro, uma vez que para os demais interessados o que releva é o que bem não se encontre em poder do constituinte da garantia, podendo até imaginar-se que o bem se ache na posse do terceiro por lhe ter sido entregue para custódia.<sup>1767</sup>

---

Adelantado, El régimen cit., pág. 368, considerando existir uma mera presunção relativa no sentido de a perda da posse do bem por parte do credor implicar renúncia à garantia, presunção essa que será afastada “*si se pruebe que la pérdida era involuntaria o corta duración*”) e, para o direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1553 (assegurando que, em caso de perda involuntária da posse o penhor, o §1253 não se aplica e, por isso, o penhor não se extingue).

<sup>1766</sup> Deste modo, a situação de quaisquer sujeitos que venham a adquirir os seus direitos directamente do terceiro cujo empossamento houvesse ditado a extinção do penhor não é diversa da que enfrentam se o bem se encontrar na posse do credor pignoratício ou de um terceiro custodiante designado pelas partes, uma vez que qualquer destes sujeitos não pode, à partida, constituir direitos sobre o bem anteriormente onerado (e, do ponto de vista publicitário, em qualquer dos casos o bem não se encontra em poder do empenhante originário). Por outro lado, se o credor pignoratício entregou o bem a terceiro, por exemplo para efeitos de reparação, e este vier a reclamar direitos conflituantes com o do credor pignoratício sobre o bem previamente onerado ou dele dispuser, incumpe o negócio com base no qual aquela entrega havia sido efectuada, representando a eventual extinção do penhor um prémio para essa conduta.

<sup>1767</sup> Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 172 e segs., alega que alguns sustentam que “*la perdita del possesso del bene da parte del creditore non produce l'estinzione del diritto di pegno, se il possesso viene recuperato prima del fallimento (...) il recupero del possesso non comporta il sorgere di un nuovo diritto di pegno, bensì la permanenza di quello originariamente costituito*”. Todavia, na opinião do Autor e na medida em que a lei faz alusão unicamente ao momento da constituição do penhor, importa distinguir consoante a posse houvesse sido perdida a favor de um terceiro ou do próprio devedor: no primeiro caso, aceita a reconstituição do direito originariamente constituído, uma vez que “*non fa presumere l'estinzione della garanzia, potendosi ben giustificare, agli occhi dei creditori, quale consegna della cosa a un custode. In ogni caso, i creditori che avvertono che il bene non è più nel possesso del titolare del diritto di pegno per essere passato sotto il potere di fatto di un terzo non sono in alcun modo indotti a credere che su quel bene potranno in futuro soddisfarsi*”; no segundo, entende estarmos perante o surgimento de

Porém, quando se trate de um desapossamento forçado do credor pignoratício (em razão, por exemplo, da sua perda ou furto), a favor do empenhante ou de qualquer terceiro,<sup>1768</sup> a extinção do penhor não deverá verificar-se (podendo, por isso, o credor pignoratício reclamar a devolução da coisa onerada, ao abrigo do direito de sequela),<sup>1769</sup>

---

um novo direito, ainda que de conteúdo idêntico ao inicialmente criado, uma vez que o regresso do bem à disponibilidade material do devedor faz com que “*I creditori sono portati a confidare sul fatto che il bene sia di nuovo incluso nella garanzia patrimoniale generica del debitore*”.

<sup>1768</sup> Nesta hipótese pode utilizar-se o argumento de maioria de razão, pois não faria sentido que o penhor não se extinguisse, como vimos, aquando da entrega voluntária a terceiro e esse mesmo efeito não se produzisse em caso de desapossamento involuntário por parte do empenhante.

<sup>1769</sup> É esta a posição de Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 492 a 495, sintetizando que “*la transmisión posesoria de la cosa gravada es requisito constitutivo del derecho real de prenda. Nacido éste, la pérdida de la posesión de la cosa sólo implica la extinción del derecho si es voluntaria, mientras que, si no tiene tal carácter, el acreedor pignoratício está facultado para perseguir la cosa y recuperarla de donde se encuentre, precisamente con base en la naturaleza real de la garantía, si bien puede ocurrir que, en determinados supuestos, la acción real del acreedor no sea suficiente y tenga que ceder ante situaciones de una mayor protección*”. Todavia, o Autor não ignora a existência de um entendimento contrário, de acordo com o qual a perda da posse do bem empenhado origina, inexoravelmente, idêntico efeito relativamente ao direito real de penhor, fundamentando-se tal posição na ausência desse direito (uma vez que a atribuição ao credor das acções para reclamar ou defender o bem contra terceiro – art.º 1869.º, n.º 2, do CCE – apenas são exercitáveis contra o perturbador, mas não contra um terceiro que tenha adquirido o seu direito do legítimo proprietário, que entretanto houvesse recuperado a posse do bem previamente empenhado): ora, contrariando esta justificação, o Autor replica que a exigência de manutenção da posse (que, aliás, constava expressamente do projecto de Código Civil e não foi transposta para a versão final) exigida noutros ordenamentos (por exemplo, o francês e o espanhol), se destina a evitar a restituição do bem empenhado, por parte do credor pignoratício, ao devedor empenhante, em nada afectando o reconhecimento de um direito de sequela ao credor pignoratício (que lhe permite recuperar o bem em caso de perda involuntária da posse do mesmo), de modo que só o desapossamento voluntário determina a extinção do penhor. Partilha este entendimento Cordero Lobato, Comentario cit., pág. 2144. Defendem também a manutenção do penhor em caso de perda involuntária da posse, Guillaouard, ob. cit., págs. 121 e 122, justificando que a extinção da preferência pignoratícia em caso de perda da posse por parte do credor reside no facto de ser a posse do credor que publicita relativamente a terceiros a constituição da garantia e, cessando tal publicidade, os terceiros acreditariam legitimamente que os direitos do credor sobre o bem empenhado se teriam extinto: assim sendo, quando a perda da posse por parte do credor não tenha sido voluntária (como sucederá sempre que a coisa empenhada for por ele perdida ou esta lhe tenha sido roubada) e, ainda, se o credor a tiver entregue a um terceiro temporariamente, nomeadamente para que este proceda à sua reparação, tal efeito extintivo não se deverá produzir. Chegam aos mesmos resultados Simler e Delebecque, Droit civil cit., págs. 457 e 458, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 76 e 77 (acrescentando que também em caso de devolução do bem ao devedor em resultado de manobras fraudulentas deste, o credor não perderá a sua preferência pignoratícia e poderá reclamar a restituição do bem), Cabrillac e Mouly, ob. cit., pág. 534 (pese embora afirmarem que a norma legal, lida na sua pureza, conduziria a que qualquer restituição, mesmo que momentânea, implicaria uma causa de extinção do penhor, reconhecem a existência de decisões judiciais considerando que algumas devoluções temporárias ao devedor – mormente para efeitos do exercício, por parte deste, de direitos relacionados com o bem empenhado ou para proceder a reparações para cuja prática apenas o devedor se encontre habilitado – não produzem a perda da posse do credor, desde que justificados pelo interesse de ambas as partes), Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 240 (concluindo que o desapossamento involuntário – perda ou furto – não faz cessar a preferência pignoratícia, enquanto que competirá aos tribunais decidir – em função das circunstâncias do caso concreto – se o desapossamento temporário originará a perda da posse pignoratícia) e Hardel, ob. cit., págs. 52 e 53 (noticiando que a jurisprudência tolera um certo contacto do constituinte com o bem onerado, desde que tal não configure uma recolocação do bem na posse deste sujeito). Vide, ainda, a posição de Protetti, ob. cit., pág. 66 (para além de sustentar que o credor pignoratício não perderá a posse pelo facto de a entregar o objecto da garantia à entidade encarregue de proceder à respectiva alienação), para quem não se produzirá o desapossamento do credor se, entre o momento da entrega e a eventual penhor a deste, o credor ficar privado da posse material da coisa em razão de situações provisórias que não incidam sobre a relação pignoratícia e não se possa dizer que a coisa tenha regressado à posse do devedor (socorrendo-se, para isso, do argumento literal retirado do n.º 2 do art.º 2787.º do CCI, nos termos do qual o momento para



não apenas porque, podendo tratar-se de usurpadores, não merecem protecção superior à do credor pignoratício (como sucederia se o direito deste fosse postergado face do daqueles ou de outros a quem aquele terceiro posteriormente transmitisse direitos sobre o bem previamente onerado), como porque tal representaria, na prática, uma inutilidade efectiva dos meios de recuperação da posse – e do direito de seqüela - face a todos os que houvessem adquirido o seu direito entre a data da perda da posse e a sua recuperação.<sup>1770</sup>

Colocando a questão em termos mais amplos, em caso de extinção do direito e verificando-se a sua recuperação por parte do credor pignoratício desapossado, nomeadamente em resultado do exercício bem sucedido das acções pertinentes, questiona-se se o penhor originário sobrevive à perda temporária da posse ou, ao invés, se extingue e renascerá automaticamente com aquela restituição.<sup>1771</sup>

A diferença entre ambas as posições reside na solução a dar ao conflito com terceiros adquirentes de direitos entre a data da perda e da recuperação da posse por parte do credor pignoratício, favorável a este último no primeiro entendimento e àqueles

---

aquilatar da existência da posse pignoratícia – e por consequência do direito de preferência – será o da execução do bem) e de Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1875 e 1876 (distinguindo consoante a perda da posse por parte do credor tenha sido voluntária – caso em que o direito de penhor se extinguirá – ou, pelo contrário, “*cuando la falta de posesión del acreedor es sin su voluntad o contra la misma, su situación es similar a la de todo poseedor (...) y por ello subsistente el derecho de garantía, aunque transitoriamente carezca de la posesión de la cosa entregada*”). Particularmente complexa é a posição de Rubino, Il pegno cit., pág. 275 e segs., afirmando que a perda da posse não determinará a extinção do penhor quando for momentânea e voluntária (considerando, por isso, que essa extinção ocorrerá – salvo quando a posse seja recuperável - em caso de perda involuntária; pelo contrário, tratando-se de restituição voluntária ao proprietário, o direito de penhor só não se extinguirá se a restituição for transitória e ficar estabelecida a obrigação de devolução da coisa ao credor mal se atinja o fim em vista do qual a coisa haja sido temporariamente restituída ao proprietário; se, por último, o credor entregar o bem a um terceiro, sem o consentimento do devedor, a extinção apenas não ocorrerá se a devolução a esse terceiro for momentânea – não se podendo considerar, em caso de devolução duradoura, tratar-se de uma hipótese de nomeação de terceiro depositário, uma vez que esta exige o consentimento do devedor).

<sup>1770</sup> Adicionalmente, cabe realçar a não vigência entre nós do princípio da posse vale título, razão pela qual os terceiros adquirentes – quer o tenham obtido do empenhante ou do terceiro que tenha logrado a posse do bem previamente onerado – não poderão invocar a sua eventual boa fé para opor o seu direito ao do credor pignoratício.

<sup>1771</sup> É a posição de Rubino, Il pegno cit., pág. 282 e segs. para quem, se a coisa regressa ao poder do credor, o direito real de penhor originário se extingue, mas, em caso de recuperação da posse pelo credor pignoratício, renasce automaticamente com o semelhante conteúdo, muito embora não seja o mesmo direito de penhor primeiramente constituído (o Autor apoia-se na ausência da previsão expressa de uma acção destinada a recuperar o objecto empenhado, ao invés o que sucede com outros direitos reais, sintoma que o penhor se terá extinto com a perda da posse por parte do credor; na dificuldade em determinar a data a partir da qual se daria a extinção do penhor em caso de não interposição das acções de defesa da posse; e, por fim, porque as razões determinantes da extinção do penhor em caso de perda da posse por parte do credor pignoratício – nomeadamente a necessidade de protecção de terceiros - também valem para o caso de aquela ser recuperável), adoptada por Ciccarello, ob. cit., pág. 697. Em termos ainda mais abrangentes, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 15, sustentam que em todos os casos de perda da posse por parte do credor pignoratício (ou, no caso do penhor de créditos, notificação ao terceiro devedor da libertação do vínculo) o penhor se poderá reconstituir através de um novo empossamento (ou, no penhor de créditos, de uma nova notificação ao terceiro devedor), mas consideram duvidoso poder aceitar-se que o credor pignoratício nunca tenha perdido a posse do bem empenhado, concluindo que o penhor não se extingue se tiver sido recuperada a sua posse através das acções possessórias – pois entende estarem os terceiros credores do empenhador sujeitos a respeitar tais acções – mas já cessará caso o credor recupere a posse por força do exercício da acção de reivindicação (vide ob. cit., págs. 74 e 75). Também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 475, aceita que, no penhor de acções, a posse temporária dos títulos por parte do devedor (seja em resultado da subtracção das acções ao portador ou para exercer determinados direitos sociais) não implica inelutavelmente a extinção do penhor, considerando que a lei estabelece unicamente uma presunção *iuris tantum*.

terceiros de acordo com a primeira posição,<sup>1772</sup> não prejudicando, em qualquer caso, a preferência do credor pignoratício face aos credores cujos direitos se tenham constituído antes do desapossamento, uma vez que na data em que o direito daqueles surgiu estes não podiam ignorar, em razão da manutenção do desapossamento na data do respectivo surgimento, a existência do penhor.

Em nosso entender e tal como referido a propósito da extinção do penhor por perecimento do bem, este conflito deve ser resolvido em benefício dos terceiros, excepto na hipótese de extinção por perda involuntária da posse, em especial quando essa privação da detenção material se traduza na utilização de meios não pacíficos (caso em que, conforme salientado anteriormente, o penhor tão pouco se deve considerar extinto).

À imagem do que ocorre com a extinção do penhor por renúncia, a perda, por parte do credor pignoratício, da posse do objecto do penhor acarreta unicamente a extinção do seu direito, mas não deve implicar nenhuma presunção de extinção, por cumprimento, da obrigação garantida.<sup>1773</sup>

Todavia, quando estejamos perante penhores sem desapossamento - *maxime* quando a entrega tenha sido substituída por um mecanismo publicitário e não seja mais condição de validade da garantia -, esta causa de extinção não operará.<sup>1774</sup>

Existe, por último, uma causa de extinção do penhor legalmente prevista, mas restrita aos casos em que a garantia seja prestada por terceiro, qual seja a conduta do credor que obste à sub-rogação do terceiro nos direitos desse mesmo credor (art.º 717.º, n.º 1, aplicável por remissão do art.º 667.º, n.º 2).<sup>1775</sup>

Em circunstâncias normais, o cumprimento da obrigação por parte do terceiro garante determina a sub-rogação deste nos direitos do credor (cfr. art.º 592.º):<sup>1776</sup> ora, se o credor defraudar esta legítima expectativa do terceiro, os bens deste não devem

---

<sup>1772</sup> Entre nós, Menezes Leitão, *Garantias cit.*, pág. 206, nota 486, defende que, mesmo quando o credor possa, no seguimento de acção possessória ou de reivindicação, reconstituir o penhor, tal faculdade não prejudica os direitos de terceiros de boa fé entretanto adquiridos (no mesmo sentido, Romano Martinez, e Fuzeta da Ponte, *ob. cit.*, pág. 174). Também Oliveira Ascensão, *Direitos reais cit.*, pág. 549 e segs., parece inclinar-se no mesmo sentido, ao sustentar que o penhor renasce, mas sem efeitos retroactivos, pois trata-se de um novo penhor. No direito anterior, Guilherme Moreira, *ob. cit.*, pág. 338 (“*se a restituição da coisa empenhada foi feita voluntariamente pelo credor e o devedor fez qualquer contrato com terceiros em virtude do qual estes adquiriram um direito sobre a coisa penhorada que seja incompatível com o direito de penhor, o credor não poderá, embora prove que a restituição da coisa dada em penhor não significava a remissão do direito ao mesmo penhor, anular esse contrato*”).

<sup>1773</sup> Como salienta Guillouard, *ob. cit.*, págs. 155 e 156.

<sup>1774</sup> Assim para o direito francês pós reforma de 2006, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, págs. 511 e 512.

<sup>1775</sup> Defendendo a mesma solução, apesar de ausência de norma expressa nesse sentido no direito italiano (o art.º 2869.º apenas se aplica, ao menos directamente, às hipotecas), Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 285, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 16 e Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 672 (por outro lado, nos termos do art.º 1240.º do CCI, o credor que tenha renunciado a uma determinada garantia prestada por um terceiro, em troca de uma contrapartida, deverá imputar o montante recebido na liquidação da dívida garantida). Reclamando norma análoga para o direito espanhol, Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, págs. 448 e 449.

<sup>1776</sup> Como observa Vaz Serra, *Direito de satisfação cit.*, págs. 6 e 7, “*o dono de coisas empenhadas para garantia de dívida alheia não está pessoalmente obrigado a pagar ao credor. Pode, porém, satisfazer o crédito, competindo-lhe um direito de satisfação ou resgate. (...) O direito de satisfação ou resgate, se exercido, tem como consequência subrogar-se o proprietário da coisa empenhada nos direitos do credor*”. Todavia, como ensina o mesmo Autor, o crédito e a garantia transferem-se para o proprietário tal e qual existiam na esfera jurídica do credor, podendo, por isso, o devedor opor ao proprietário as excepções que detinha contra o credor (apenas com as limitações decorrentes das relações entre proprietário e devedor).

permanecer adstritos ao cumprimento da obrigação, devendo antes extinguir-se o penhor prestado por terceiro.<sup>1777</sup>

Caberá investigar se, para além dos motivos de cessação da garantia regulados na lei, não haverá outras circunstâncias cuja verificação determine o mesmo efeito: em nossa opinião a resposta será afirmativa.<sup>1778</sup>

De entre estas, salientamos, antes de mais, a colocação fora do comércio jurídico<sup>1779</sup> do bem sobre o qual recaía a garantia, na medida em que, verificado este circunstancialismo, o objecto se torna insusceptível de direitos privados.<sup>1780</sup>

Já suscita mais dúvidas avaliar se a transformação material do bem empenhado produzirá a extinção da garantia ou, pelo menos, se constituirá uma causa autónoma de supressão do penhor, tendo em conta que a transformação acarretará, ao menos em regra, o perecimento da coisa.<sup>1781</sup>

Por outro lado, a configuração da modificação material do bem como uma causa de cessação do penhor colocaria nas mãos do devedor uma forma simples de iludir o efeito de garantia, bastando-lhe para tal proceder à respectiva transformação.<sup>1782</sup>

Também depõe contra o erigir da transformação da coisa como causa de extinção da garantia a possibilidade, a que já se fez referência, de sub-rogação real do objecto da garantia.

Conjugando todas estas considerações concluímos que, das duas uma: ou, por efeito da sub-rogação real, a garantia se transfere para o novo objecto; ou, não se produzindo tal resultado, a consequência será a extinção da garantia por perecimento da coisa, excepto se for possível identificar a coisa actual como a antiga, embora transformada, ou quando se verifique o circunstancialismo previsto no art.º 692.º.<sup>1783</sup>

---

<sup>1777</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 738, apontando como exemplo de uma conduta do credor enquadrável neste preceito a renúncia, por parte do credor, a outras garantias de que eventualmente dispusesse para assegurar o mesmo crédito. Em termos idênticos, em face do direito italiano, Rubino, Il pegno cit., pág. 274.

<sup>1778</sup> No mesmo sentido, vide o nosso Dos privilégios cit., págs. 57 a 61 e, no direito brasileiro, Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 582 (acrescentando ao elenco legal os casos de decurso do prazo – na hipótese de penhor a termo – a verificação da condição resolutiva, a reivindicação do bem por parte de terceiro e a anulação da obrigação garantida). Defendem que constitui também causa de extinção do penhor o abuso do bem empenhado por parte do credor pignoratício, após constatação judicial desse abuso – Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 125.

<sup>1779</sup> Nos termos do art.º 202.º, n.º 2, consideram-se fora do comércio jurídico as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, como sejam as coisas do domínio público e aquelas que, por natureza, sejam insusceptíveis de apropriação individual.

<sup>1780</sup> Embora a situação seja rara, não é de excluir a hipótese de um bem não passível de direitos privados reentrar no comércio jurídico e, quando tal suceda, parece-nos ser configurável o ressurgimento da garantia (no mesmo sentido, relativamente aos privilégios creditórios, o nosso Dos privilégios cit., pág. 57, embora não desconhecendo posições contrárias, nomeadamente no direito italiano, sustentando a impossibilidade de renascimento da garantia ainda que o objecto readquira a sua natureza primitiva, salvaguardando apenas a hipótese de a mudança ser meramente transitória, caso em que se produzirá apenas uma simples suspensão dos direitos sobre a coisa: a nosso ver, esta última posição apresenta o inconveniente relacionado com a dificuldade em determinar se a passagem do bem para o domínio público – embora atenuada pelo facto de o Código das Expropriações distinguir as figuras da expropriação e da requisição - ou qualquer outra colocação fora do comércio jurídico é ou não transitória).

<sup>1781</sup> Por exemplo, quando o penhor incidisse sobre matérias primas destinadas a ser transformadas.

<sup>1782</sup> Todavia, no caso do penhor tal risco é menor, face a outras garantias, uma vez que, ao menos em regra, o bem permanece em poder do credor.

<sup>1783</sup> Em sentido semelhante, vide o nosso Dos privilégios cit., pág. 58. Já Faggella, ob. cit., pág. 146, distingue, na esteira do direito romano, consoante a coisa resultante da transformação continuasse a pertencer à mesma espécie da coisa transformada ou, pelo contrário, se transmutava numa coisa de espécie diferente, assegurando que na primeira hipótese a garantia se mantinha, enquanto na segunda se deveria considerar extinta.

Outro potencial fundamento de extinção da garantia reside na imobilização do objecto do penhor, cabendo dissociar a incorporação do bem móvel num imóvel da simples afectação ao serviço de um imóvel (a chamada imobilização por destino). Na primeira hipótese, as coisas móveis apenas perdem a sua qualidade quando forem consideradas partes integrantes de um imóvel, isto é, se unidas materialmente a um prédio com carácter de permanência (art.º 210.º, n.º 1, alínea e) e n.º 3)<sup>1784</sup> e, em tal caso, a garantia cessa, mesmo que o imóvel pertença ao mesmo devedor do crédito outrora garantido.<sup>1785</sup> Na imobilização por destino, a coisa móvel afecta, ainda que duradouramente, ao serviço de outra não perde a sua natureza móvel (art.º 210.º, n.º 1),<sup>1786</sup> pelo que tal circunstância em nada afecta a subsistência do penhor.

Pode colocar-se, todavia, nestes casos de imobilização do objecto do penhor, um entrave adicional decorrente da necessidade de hierarquizar a garantia pignoratícia com outras que, porventura, subsistam sobre o bem imóvel ao qual o móvel empenhado se veio a associar.<sup>1787</sup>

Discute-se também se a extinção do direito do empenhador, com base no qual foi constituída a garantia, produzirá idêntico efeito relativamente ao direito de penhor, especialmente quando aquela extinção produza efeitos *ex tunc* e seja eficaz com respeito a terceiros adquirentes.<sup>1788</sup>

Analogamente, o exercício frutífero da reivindicação, por parte do proprietário não empenhante, do bem onerado origina a cessação do penhor e, inversamente,

---

<sup>1784</sup> Caso contrário, conservam a sua natureza mobiliária, eventualmente qualificadas como coisas acessórias (art.º 210.º, n.º 1), mas em nada afectando a subsistência da garantia.

<sup>1785</sup> No mesmo sentido relativamente aos privilégios creditórios, vide o nosso Dos privilégios cit., págs. 58 e 59, bem como a doutrina aí citada (especialmente na nota 105) e, em especial, Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 365 (afirmando que o credor detentor da garantia mobiliária perderá a sua garantia se a incorporação do móvel no imóvel for de tal modo que não se possa repor a individualidade daquele sem comprometer este). Também a respeito da imobilização se coloca a questão da admissibilidade de renascimento da garantia, nomeadamente quando a coisa readquirir a sua primitiva natureza móvel, à qual se deve dar resposta afirmativa, à semelhança e pelos mesmos motivos invocados a propósito das demais causas de extinção.

<sup>1786</sup> Além de o bem imobilizado por destino não ser abrangido, salvo estipulação em contrário, pelos negócios jurídicos que tenham por objecto a coisa principal (art.º 210.º, n.º 2).

<sup>1787</sup> Jacques Ghestin e outros, *Droit commun cit.*, págs. 365 e 366, resolvem este conflito em favor da hipoteca, por entenderem que a colocação ao serviço do imóvel será a chave para resolver este conflito. É nosso parecer que, das duas uma, ou o penhor se extingue (em razão do bem sobre que recaía perder a sua autonomia) ou, ao invés, conservando esta autonomia e uma vez que os negócios – como a hipoteca – que tenham por objecto a coisa principal não abrangem, salvo estipulação em contrário, as coisas acessórias (até porque estas não existiam, *qua tale*, no momento da constituição da garantia hipotecária), sobre elas não pode incidir a hipoteca, destarte afastando qualquer conflito com a garantia pignoratícia.

<sup>1788</sup> Neste sentido, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 59*, págs. 59 e 60, (apontando como exemplos a anulação do contrato de aquisição do direito do empenhador, com a verificação da condição resolutiva aposta a esse contrato ou com o exercício do pacto de resgate na venda a retro), defendendo, contudo, não se dar a extinção do penhor quando o direito do empenhante cesse com efeitos apenas *ex nunc* (como nos casos de resolução do contrato por incumprimento ou de rescisão, pois tais actos não podem prejudicar os direitos adquiridos por terceiros), na esteira de Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 286. Já Faggella, *ob. cit.*, págs. 146 e 147, entende que a extinção do direito do empenhador sobre a coisa empenhada origina a extinção do penhor (acrescentando produzir-se o mesmo efeito quando o bem empenhado for objecto de reivindicação frutífera por parte de terceiro). Estas mesmas conclusões são defensáveis em face do nosso direito actual, tendo em conta que, tanto a declaração de nulidade, como a anulação do negócio têm efeito retroactivo – devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente (art.º 289.º) – e, por outro lado, apesar de tal regime ser aplicável, salvo estipulação em contrário, à resolução do contrato (art.º 433.º, n.º 1), nomeadamente quanto aos efeitos retroactivos (salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução – art.º 434.º, n.º 1) neste último negócio ficam, excepto em casos excepcionais respeitantes a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, salvaguardados os direitos de terceiros (art.º 435.º, n.ºs 1 e 2).

naqueles ordenamentos em que vigore a protecção do terceiro adquirente de boa fé (e em que, por isso, aquela reivindicação enfrenta maiores obstáculos), a aquisição da propriedade *a non domino* livre de encargos acarreta igualmente a extinção do penhor.<sup>1789</sup>

Em termos paralelos, também a verificação da condição ou termo resolutivos apostos ao direito de penhor conduzirá, ao menos na opinião de alguns, à extinção da garantia.<sup>1790</sup>

Naturalmente que, ocorrendo a venda executiva do objecto do penhor, o comprador adquirirá o bem livre de qualquer direito real de garantia, ou seja, o penhor extingue-se, ou melhor, transferir-se-á para o produto da venda do bem sobre o qual a garantia incidia (art.º 824.º, n.ºs 1 e 3).<sup>17911792</sup>

Em termos rigorosos, dando-se a venda executiva haverá que equacionar até que ponto a garantia se extingue ou, ao invés, estaremos perante (mais) um exemplo de consagração legal da sub-rogação do objecto do penhor, em que a garantia, inicialmente incidente sobre um determinado bem, passa a recair sobre uma quantia em dinheiro: atendendo ao teor literal do art.º 824.º, n.º 3, esta última conclusão tenderá a prevalecer.<sup>1793</sup>

Quando a garantia seja concedida por terceiro, a modificação do devedor da obrigação assegurada sem o consentimento daquele, originará, na opinião de alguns, a extinção da garantia prestada por terceiro.<sup>1794</sup>

Importa, por último, salientar que se a causa extintiva da obrigação ou a renúncia do credor ao penhor for declarada nula ou anulada ou ficar por outro motivo sem efeito, o penhor renascerá (art.º 732.º).<sup>1795</sup>

---

<sup>1789</sup> Assim, para o direito alemão, Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1552.

<sup>1790</sup> Assim, Rubino, Il pegno cit., pág. 286, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 16, Realmonte, Il pegno cit., pág. 672 e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 282.

<sup>1791</sup> Defendendo a extinção do penhor em caso de aquisição da coisa livre de encargos, vide, por todos, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 61. Em termos análogos, o §1247, n.º 2, do BGB, dispõe que os penhores sobre as coisas extinguem-se, mesmo que fossem conhecidas do adquirente e, no direito brasileiro, Silvio Rodrigues, ob. cit., pág. 356 (declarando que a garantia se extingue em caso de adjudicação judicial, remissão – entendida como a prerrogativa concedida ao devedor empenhante de evitar a penhora de um determinado bem, pagando a quantia exequenda, mais os juros e as custas do processo - ou venda particular – a qual só é admissível havendo estipulação contratual nesse sentido - do bem onerado). Com esta solução “*tem-se em vista salvaguardar os vários interesses de todos os interessados na execução, desde o comprador – que preferirá adquirir o bem livre de qualquer ónus ou encargo – ao exequente – que, desta forma, poderá obter uma soma mais avultada que lhe permitirá, com maior probabilidade, obter a satisfação do seu crédito – e ao próprio executado que, assim, poderá obter uma maior amortização do montante em dívida*” (cfr. o nosso Dos privilégios cit., págs. 167 e 168)..

<sup>1792</sup> Nos termos do n.º 1 do art.º 157.º do Código de Procedimento e Processo Tributário, a execução fiscal movida contra o devedor pode reverter contra terceiros adquirentes daquele devedor (quando os bens deste sejam insuficientes e se trate de dívida assegurada por garantia real), a não ser que a transmissão tenha ocorrido em processo a que Fazenda Pública devesse ser chamada a deduzir os seus direitos, o que poderia configurar uma excepção à regra da caducidade das garantias no seguimento da venda judicial. Acontece, porém, que o Fisco será chamado à generalidade dos processos executivos (cfr. art.º 864.º, n.º 3, alínea c), do CPC), pelo tal excepção tem um âmbito de aplicação limitado.

<sup>1793</sup> Neste sentido, também, Lebre de Freitas, A acção executiva cit., pág. 338, falando de uma “*sub-rogação objectiva*”.

<sup>1794</sup> Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 707, alegando que a menor solvabilidade ou seriedade do novo devedor são motivos mais do que suficientes para que o terceiro garante se possa opor à modificação do devedor da obrigação principal.

<sup>1795</sup> O art.º 677.º, ao remeter, em matéria de extinção do penhor, para as normas previstas para a hipoteca, determina, a nosso ver, a aplicação, não apenas do preceito relativo às causas de extinção (art.º 730.º), mas também de outras normas conexas, como as relativas à renúncia à garantia (art.º 731.º) e ao seu renascimento (art.º 732.º).

Porém, e como decorre do já citado art.º 732.º, o renascimento da garantia não produzirá efeitos automáticos, isto é, não basta a invalidação da causa de extinção do penhor, sendo ainda imperiosa a reconstituição da garantia, o que implica, caso o penhor se encontre sujeito a registo, que apenas renascerá após nova inscrição (tal como sucede com a hipoteca – art.º 732.º) e se, eventualmente, se trate um penhor comum, a garantia ressurgirá no momento do empossamento do credor ou de terceiro<sup>1796</sup> ou, tratando-se de penhor de créditos, da sua notificação ao devedor do crédito empenhado.<sup>1797</sup>

E não produz também efeitos retroactivos, apenas operando o renascimento a partir do momento em que se produza a anulação da causa extintiva da garantia (rectius, a sua reconstituição, nos termos acabados de expor), destarte salvaguardando os direitos (nomeadamente de garantia) constituídos por terceiros *medio tempore*, de modo que o direito renascido será preterido em face de todos aqueles constituídos entre o momento da extinção da garantia e o seu posterior renascimento.<sup>1798</sup>

À primeira vista, da leitura do art.º 732.º parece resultar que a possibilidade de renascimento apenas actuará relativamente aos fundamentos de extinção das garantias previstos nas alíneas a) e d) do art.º 730.º - ou seja, a extinção da obrigação garantida e renúncia por parte do credor pignoratício.

Todavia e conforme já sustentado a respeito da perda da posse do bem por parte do credor pignoratício (e, noutra âmbito, a respeito dos privilégios creditórios),<sup>1799</sup> advogamos a susceptibilidade de ressurreição de uma garantia, ainda quando a sua extinção se tenha produzido por qualquer das causas não previstas na lei<sup>1800</sup> e mesmo quando se houvesse dado por perecimento da coisa (art.º 730.º, alínea c)) - admitindo a hipótese, porventura exotérica, de ressurgimento do bem – ou de novo empossamento do credor temporariamente desapossado da coisa empenhada (art.º 677.º), nos casos em que aquele desapossamento tenha originado a extinção da garantia.

Assim e à guisa de conclusão, diremos que em todas as hipóteses de extinção do penhor em que o bem empenhado venha a readquirir a sua configuração inicial – no caso de colocação fora do comércio de imobilização, transformação ou, mais raramente, perecimento do bem - ou venham a cessar as causas de anulação da garantia<sup>1801</sup> – nas hipóteses de extinção da obrigação garantida ou de renúncia do credor - nada se oporá à ressurreição da garantia, desde que tais condicionalismos ocorram antes da execução do património do devedor, sem prejuízo da protecção de terceiros resultante da aplicação do art.º 732.º.

De facto, recaindo o penhor sobre um bem determinado, “*o momento determinante para avaliar se esse bem corresponde ou não à categoria considerada pelo legislador é o da execução do património do devedor – quando se tornam*

---

<sup>1796</sup> Já assim em face dos privilégios creditórios, também eles dispensados de registo, o nosso Dos privilégios cit., pág. 56.

<sup>1797</sup> Para aqueles outros penhores para cuja constituição se efectue de modo diverso, será a partir da observância desse mecanismo que a garantia se considerará ressuscitada.

<sup>1798</sup> Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 753.

<sup>1799</sup> Vide o nosso Dos privilégios cit., pág. 61, nota 116).

<sup>1800</sup> Nem se diga que o renascimento das garantias apenas opera relativamente às causas de extinção previstas na lei (cfr. art.º 730.º), porquanto, não tendo o legislador consagrado outras causas, não poderia, por maioria de razão, ter previsto a possibilidade de renascimento em caso de desaparecimento de qualquer um desses motivos.

<sup>1801</sup> Na eventualidade de o penhor se ter extinto em resultado do bem sucedido exercício da acção de reivindicação por parte do verdadeiro *dominus* do bem onerado, a garantia poderá renascer se, porventura, se vier a verificar que o verdadeiro proprietário era o empenhante e não o autor da acção de reivindicação.

*operativas as garantias - , sendo irrelevantes as vicissitudes porque esse bem tenha passado desde o momento da constituição até essa data”*.<sup>1802</sup>

## Capítulo II - Inadequação do regime tradicional do penhor às actuais exigências da vida económica

Depois de escaupelizado o regime civilístico do penhor, estamos agora em condições de avaliar em que medida o mesmo se apresenta desfasado da realidade.

Esse desfasamento assenta, primordialmente, na manutenção da exigência de desapossamento do empenhante como condição de validade da própria garantia, na inadmissibilidade de substituição do objecto onerado na pendência da relação pignoratícia e na interdição, aparentemente absoluta, das convenções que prevejam a transferência da propriedade do bem onerado para o credor em caso de incumprimento da obrigação garantida (normalmente englobadas sob o chapéu das convenções comissórias).

---

<sup>1802</sup> Cfr. o nosso Dos privilégios cit., pág. 61. Em termos semelhantes Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 290, considera que o momento relevante para averiguar da existência da preferência “è quello del pignoramento o della dichiarazione di fallimento, poiché fino a quando queste situazioni, e questi atti, non si verificano il creditore, che sia munito di un titolo valido e idoneo (...) può sempre costituire o ricostituire il pegno, facendosi consegnare o riconsegnare, in caso di perdita del possesso, la cosa oggetto del diritto reale di garanzia”. A própria posição de Rubino (ob. cit., pág. 273) a que já se fez referência (distinguindo entre a extinção do direito de penhor propriamente dito e a extinção da relação complexa de penhor, com a possibilidade de a extinção daquele não obstar à subsistência desta, admitindo, em conformidade, que o credor, mesmo depois de perda a posse do bem empenhado e extinto o direito de penhor, possa, em caso de perda recuperável, exigir novamente a entrega do bem ou reivindicá-lo) não deixa de comungar deste entendimento, embora restrito a uma das possíveis causas de extinção do penhor.

Adicionalmente e embora esta não seja uma contenda respeitante exclusivamente ao penhor, nem tão pouco as garantias em geral, importa também esmiuçar a problemática da determinação do crédito assegurado e do bem empenhado, atendendo a que, conforme se aludiu anteriormente, tal problemática assume contornos particulares no que toca ao penhor, em razão da natureza não solene do negócio de constituição (até porque a mesma entronca numa outra, respeitante à eventual obrigatoriedade, pretensamente decorrente do princípio da especialidade, de o bem onerado ser uma coisa certa e determinada, o que colocaria em risco a viabilidade de um penhor sobre bens fungíveis e sobre universalidades).<sup>1803</sup>

## 1 - A necessidade de desapossamento

### 1.1 - Inconvenientes do desapossamento e outras formas de assegurar a indisponibilidade do bem empenhado

A necessidade de desapossamento do devedor – e correspondente empossamento do credor ou de um terceiro ou, eventualmente, a criação de uma situação de comosse – imposta pelo regime geral do penhor comporta diversos inconvenientes.

Desde logo, a aceleração do ritmo das trocas comerciais é dificilmente compaginável com um sistema de garantia mobiliárias que exija o desapossamento e a entrega do bem a outrem,<sup>1804</sup> ao ponto de alguns afirmarem que tal modo de criação do penhor constitui uma exigência obsoleta.<sup>1805</sup>

Por outro lado, a exigência de desapossamento conduz a que uma parte significativa do património do devedor não possa ser utilizado como garantia dos financiamentos necessários à sua actividade profissional<sup>1806</sup> ou pessoal.

Com efeito, quer numa economia predominantemente agrícola,<sup>1807</sup> quer numa economia de cariz essencialmente industrial,<sup>1808</sup> a obrigatoriedade de o empenhante ser

---

<sup>1803</sup> Relativamente a este último aspecto, vide infra n.º 1.1 do Capítulo IV.

<sup>1804</sup> Saliencia este aspecto Annalisa Liuzi, Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli, in Rivista Critica del Diritto Privato, 1992, pág. 63 e segs., acrescentando que se afigura anacrónico configurar o sistema das garantias reais à luz dos institutos clássicos.

<sup>1805</sup> Aludem ao carácter obsoleto do desapossamento Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 44 e Melissa Magnano, L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità, La giurisprudenza civile comentata, ano 18, n.º 5 (Set/Out 2002), II, pág. 576.

<sup>1806</sup> Sublinha este aspecto relativamente aos bens que integram o património social da empresa Annalisa Liuzi, ob. cit., pág. 64, nota 34.

<sup>1807</sup> Focam este aspecto relativamente às empresas agrícolas Francesca Dell'Anna Misurale, ob. cit., pág. 73 e segs. e Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 99 e segs. (concordando que “*Le cose mobili facenti parti dell'azienda agricola non avrebbero potuto mai essere tolte e allontanate dal fondo, perché senza di esse qualsiasi lavoro agricolo non sarebbe stato possibile*”, porquanto “*privare l'agricoltore del possesso e quindi dell'uso degli animali, degli attrezzi agrari, in sintesi, delle scorte vive e morte, avrebbe significato disarticolare, disorganizzare l'azienda agraria, distrugendola addirittura*”). Já Maiorca, ob. cit., págs. 74 a 78, contesta que o carácter fungível da generalidade dos bens móveis que integram uma exploração agrícola seja de molde a excluir a sua empenhabilidade, pelo que advoga a criação de “*un idoneo sistema di pubblicità, una particolare pignorabilità convenzionale dei singoli beni, superando il requisito del possesso nel creditore (...) può rispondere a una necessità dell'industria agraria (...) che l'instrumentum e in genere gli oggetti di dotazione non vengono separati dal fondo pur potendo restare vincolati in garanzia*” (para além dos instrumentos existentes no presente, o Autor pugna ainda pela empenhabilidade dos produtos futuros da exploração agrícola, como os frutos ou as colheitas, cuja identificação resultaria da própria coisa mãe – bem imóvel – que permaneceria em poder do devedor).

<sup>1808</sup> Relativamente às empresas industriais, Francesca Dell'Anna Misurale, ob. cit., pág. 76 e segs. e Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 27 (destacando que uma disciplina baseado no desapossamento “*finisce col sottrarre praticamente gran parte del capitale aziendale ad ogni possibilità di venire utilizzato come*



privado dos bens que usa como instrumentos de trabalho impede-o de obter financiamentos para prosseguir tais actividades.<sup>1809</sup>

O mesmo se diga das mercadorias ou matérias primas relacionadas com a actividade produtiva do empenhante, bens estes que não podem ser retirados do controlo físico do empresário, dada a sua indispensabilidade para o processo produtivo,<sup>1810</sup> sob pena de toda aquela actividade ficar comprometida.

Por outro lado, a imposição do desapossamento coíbe igualmente a empenhabilidade dos produtos sujeitos a um processo de laboração, impedindo que a garantia se prolongue para os bens resultantes dessa transformação ou para dos créditos resultantes da sua alienação,<sup>1811</sup> uma vez que qualquer destas duas últimas realidades

---

*oggetto di garanzia mobiliare, a fronte del sempre piú massiccio bisogno di finanziamenti dell'attività produttiva, si rivela estremamente arcaica e insufficiente”).*

<sup>1809</sup> Gino Magri, ob. cit., pág. 18, enumera um conjunto vasto de bens que, por serem destinados à produção e/ou constituírem a principal ou única fonte de rendimento do devedor, dificilmente poderão sair das suas mãos (focam também este aspecto Gabrielli, Spossessione e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali, in *Il Fallimento*, 2002, 9, pág. 933 - embora considere que a necessidade de desapossamento “*sia coerente unicamente con le esigenze di un'economia precapitalistica, nella quale il principale, se non l'unico, indice di sicurezza del credito e di circolazione del diritto di garanzia rea legato al meccanismo della traditio e del possesso*” – e de Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 223, alertando que a diminuição da capacidade de produção do empenhante se acaba por repercutir negativamente na própria economia nacional).

<sup>1810</sup> Assim, Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 11, concluindo que o penhor, em razão da necessidade de desapossamento, “*appare per sua natura inidoneo alla costituzione di garanzie sulle merci da parte dell'imprenditore*”, circunstância esta “*contradittoria con l'esigenza dell'imprenditore medesimo di mantenere la disponibilità delle merci su cui ha concesso la garanzia*”, Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 156 e 157 (atestando que, deste modo, as garantias que exigem o desapossamento do devedor apenas serão utilizáveis “*nelle rare ipotesi in cui le imprese possono rinunciare alla libera disponibilità di merci, materie prime e prodotti finiti per l'intera durata del prestito*”, como sucederá em caso de stocks excedentários relativamente às necessidades de curto prazo, ou de empresas cujo ciclo produtivo seja sazonal - nas quais as mercadorias são normalmente armazenadas por um longo período e a laboração do produto ocorre com uma grande antecipação relativamente à sua entrega aos clientes – ou de mercadorias importadas, com respeito às quais não parece difícil criar uma situação de comosse entre o credor e o empenhante) e Gabrielli, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, in *Rivista di Diritto Civile*, 1999, I, pág. 19 e segs. (realçando que do desapossamento decorre a impossibilidade de utilizar as mercadorias destinadas a transformação ou os bens de que o constituinte se serve no exercício da sua actividade). Neste contexto, Henri Alterman, *Gage sur marchandises et sur logiciel*, in n.º special da *Rev. Jur. Comm.*, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 17 e segs., tendo em conta necessidade de desapossamento inicial e permanente do bem onerado, sublinha que a possibilidade de constituição de penhor sobre mercadorias (bem como de substituição dos bens originários) encontra-se restrita à criação de um situação em que o devedor, apesar de não desapossado, não possa dispor isoladamente dos bens onerados (não bastando, para o efeito, o arrendamento do espaço ao credor por parte do devedor, sendo antes imperiosa a entrega das chaves ao credor, a vigilância do local e a aposição de cartazes no local dando conta do arrendamento) e à entrega dos bens a um terceiro (hipótese legalmente prevista e que, para mais, permite a constituição de plúrimas garantias sobre os mesmos bens), seja um armazém geral, seja um terceiro detentor profissional: nesta última hipótese, o terceiro deverá receber um mandato do credor com indicação das operações que poderá executar (v.g., substituição dos bens inicialmente existentes), consentindo o devedor que o terceiro ocupe as suas instalações onde se encontram armazenadas as mercadorias até que o credor liberte o terceiro das suas incumbências (para além do mais, o credor pignoratício poderá enfrentar a concorrência do vendedor das mercadorias com cláusula de reserva de propriedade, mas o Autor relata que os tribunais tendem a impor ao alienante o ónus de demonstrar a má fé do credor pignoratício, dispensando o credor pignoratício da demonstração de ter procedido a todas as *démarches* destinadas a verificar se as mercadorias obtidas em penhor não se encontravam previamente abrangidas por uma cláusula de reserva de propriedade).

<sup>1811</sup> Assim, Gabrielli, *Spossessione cit.*, pág. 933, concluindo, a propósito das matérias primas e dos bens sujeitos a laboração, que o desapossamento é “*contraddittorio con l'esigenza dell'imprenditore medesimo di non sottrarre quei beni al processo produttivo e al ciclo economico-finanziario dell'impresa*”, implicando uma imobilização desses bens e originando “*l'improduttività della res*

não só não existem no momento da constituição da garantia, como a sua dação em penhor – em razão da necessidade de entrega – se afigura inviável.

De um modo geral, por isso, a exigência de desapossamento compromete, porventura em termos absolutos, a concessão em garantia dos bens que compõem o chamado capital circulante das empresas, assim vedando o acesso a financiamentos necessários para a prossecução do objecto social por parte daqueles que tenham investido uma grande parcela dos seus proveitos na actividade da empresa.<sup>1812</sup>

O próprio estabelecimento comercial, ao menos naqueles países cuja legislação não preveja mecanismos alternativos ao desapossamento para a constituição de um penhor com semelhante objecto, pois, na pureza dos princípios, a sua oneração implicaria a concessão da gestão do mesmo ao credor pignoratício ou a terceiro.<sup>1813</sup>

Por último, a necessidade de entrega do bem a terceiro e a natureza real do contrato de penhor comprometem, porventura definitivamente, a oneração pignoratícia de bens futuros, do mesmo modo que a exigência de conhecimento da identidade dos créditos a onerar e dos seus devedores (de modo a que lhes seja notificada a constituição da garantia) entravam o nascimento de um penhor sobre créditos ainda não existentes no momento do surgimento da garantia.

Neste contexto, o desapossamento, ao subtrair grande parte do acervo empresarial da possibilidade de dação em penhor, acaba por excluir do acesso ao crédito vastos sectores empresariais, os quais, na falta de significativos valores imobiliários, se vêm impedidos de prestar outro tipo de garantia,<sup>1814</sup> tanto mais que o desapossamento se

---

*costituita in garanzia è contraria ad ogni ragione económica, la quale impone, sia nell'interesse del creditore garantito, sia nell'interesse del costituente, che il bene non fuoriesca dal circuito economico e produttivo, e, perfino, che ne sia possibile la sostituzione nel tempo, fino a quando il rapporto di credito non si sia estinto*). Vide, ainda, as considerações análogas do mesmo Autor in, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 19 e segs., de Giovanni Stella, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, 2003, pág. 3 (salientando o interesse do credor em permitir a substituição dos bens vinculados por outros equivalentes ou a sua transformação, sem prejuízo da manutenção da garantia, sem efeitos novatórios) e de Clementina Scaroni, *Le garanzie rotative*, in *La nuova giurisprudenza civile comentata*, Ano 15, n.º 6 (Nov/Dez 1999), págs. 409 (solicitando, por isso, a criação de “*modelli di garanzia che persistano nel tempo a prescindere del mutare dell'oggetto sul quale insistono, di una garanzia con oggetto variabile che non comporti, ad ogni sostituzione del bene gravato, la rinnovazione del contratto che la costituisce*” que, do mesmo passo, permitam que o bem onerado continue a ser utilizado pelo devedor na sua actividade produtiva).

<sup>1812</sup> Realçam este aspecto, Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno* cit., pág. 155 (reclamando, por isso, a criação de garantias que “*consentono all'imprenditore-debitore di conservare il possesso e permettono la prosecuzione dell'attività di trasformazione e lavorazione, dato che il diritto di garanzia grava su un complesso di beni unitariamente considerati e continuamente sostituibili rendendo possibile l'alienazione e la ricostruzione delle scorte, in modo da non interrompere il normale ciclo produttivo*”), Melissa Magnano, ob. cit., pág. 576 (argumentando que a necessidade de desapossamento torna impossível a colocação em penhor dos bens do estabelecimento de que o devedor normalmente se sirva, das mercadorias destinadas a transformação e ainda dos produtos e créditos resultantes da respectiva transformação ou venda, sugerindo, por isso, o recurso às garantias flutuantes, as quais “*oltre a consentire l'ordinaria continuazione dell'attività dell'impresa, esonerano la banca creditrice da onerosi obblighi di amministrazione e custodia dei beni e comportano, pertanto, la diminuzione dei costi delle operazioni di finanziamento*”).

<sup>1813</sup> Relativamente ao estabelecimento comercial, Giovanni Stella, ob. cit., pág. 3, escreve que “*ha trovato raramente applicazione proprio perché la necessità dello spossessamento implicherebbe il cambio di gestione dell'azienda medesima*”.

<sup>1814</sup> Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 27, Francesca Fiorentini, *Garanzie reali atipiche*, in *Rivista di Diritto Civile*, n.º 46 (2000), pág. 255, Gabrielli, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, Ano 13, n.º 4 (Dez. 1995), pág. 647 e segs. e Serafino Gatti, *Il credito* cit., pág. 173 e segs. (este último concluindo que “*l'ambito di applicabilità del pegno si riduce alle merci che si possono facilmente depositare in magazzini senza sottoporle a particolari di lavorazione. In questi casi è possibile consegnarle al creditore o costituire un compossesso*”).

apresenta inapto para a constituição em penhor de bens não susceptíveis de apreensão material, bens estes cujo número e importância têm vindo a aumentar exponencialmente.<sup>1815</sup>

Para cúmulo, o desapossamento nos termos legalmente previstos, além de inibir o devedor empenhante de usar o objecto onerado de que é proprietário, nem sequer permite, salvo acordo do empenhante ou quando tal seja indispensável à conservação do bem (art.º 671.º, alínea b)), o respectivo uso por parte do credor, circunstâncias estas conducentes à consideração da coisa onerada como “*um bem morto*”.<sup>1816</sup>

Diga-se, ainda, que o suposto intuito de pressão ao cumprimento associado ao desapossamento – induzindo o devedor a pagar depressa para recuperar a posse do bem - é muitas vezes duvidoso, podendo contrapor-se que deixando a posse do bem ao seu proprietário e permitindo-lhe prosseguir a sua actividade produtiva se concede o maior incentivo para extinção do débito contraído.<sup>1817</sup>

Por último, mesmo quando o devedor cumpra a obrigação garantida e apesar de a lei impor ao credor a imediata restituição do bem (art.º 671.º), pode ter dificuldades para recuperar o bem empenhado, uma vez que o credor (ou o terceiro encarregue da guarda do bem) pode incumprir tal obrigação, obrigando o empenhante a recorrer às vias judiciais para recuperar o bem que lhe pertence.<sup>1818</sup>

Paralelamente, esta situação é igualmente perniciosa para o credor, pois este poderia legitimamente contar com os rendimentos provenientes da actividade profissional do devedor, rendimentos estes seriamente comprometidos com a dação em penhor de alguns dos instrumentos que servem de suporte àquela actividade.<sup>1819</sup>

O desapossamento do empenhante causa ainda outros prejuízos para o credor, porquanto este deve arcar com as despesas inerentes à custódia do objecto da garantia (pese embora o direito de ser indemnizado de algumas benfeitorias, nos termos do art.º 670.º, alínea b)).<sup>1820</sup>

Para além disso, não raras vezes não dispor das condições físicas necessárias para o armazenamento dos bens empenhados, nem possui as aptidões indispensáveis para prover à respectiva conservação, motivos estes o que impelem a recorrer a terceiros para prover à conservação do bem, repercutindo depois os custos da concessão do financiamento para o empenhante.

Atendendo à necessidade premente de financiamento à sua actividade por parte das empresas e dos pequenos empresários, a impossibilidade de a garantia mobiliária

---

*del debitore e del creditore mediante deposito in magazzini generali o in locali dell'imprenditore, purchè sia rispettato il principio dell'esclusiva disponibilità dei beni da parte del debitore*”).

<sup>1815</sup> A este respeito, Francesca Dell'Anna Misurale, ob. cit., pág. 86 e segs., cita como exemplos os instrumentos financeiros desmaterializados, as informações e os modelos de comunicação ou distribuição comercial.

<sup>1816</sup> A expressão é de Ferrara, ob. cit., pág. 129, utilizada também por Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 99 e por Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 223 e segs..

<sup>1817</sup> Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 120 e 122.

<sup>1818</sup> Destaca este aspecto, J. Ph Lévy, Coup d'oeil historique d'ensemble sur les sûretés réelles, in *Revue d'Histoire du Droit*, n.º 55 (1987), pág. 247, considerando que, pelo menos nalguns casos, “*le mieux était de conserver, sans outre formalité, la possession au débiteur*”.

<sup>1819</sup> Foca os prejuízos que advêm para o credor, Fabrizio Maimeri, Trust e pego, in [www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso\\_2002](http://www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso_2002) e este aspecto em particular Paolo Piscitello, *Costituzione in pego* cit., pág. 156 e Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 22, nota 5 (expondo que “*la detenzione del pego delle merci da parte della banca costituisce (...) un procedimento non sempre conveniente alla pratica mercantile e in definitiva anche all'interesse bancario, poiché, in tal modo, si sottraggono le merci alla circolazione e si priva il commerciante, per tutta la durata del pego, della possibilità di valersi di questi suoi mezzi di scambio e quindi di poter realizzare le merci e, vendendole, di ritrasformarle in quel denaro che gli è necessario per la estinzione del suo debito bancario*”).

<sup>1820</sup> Mencionam este aspecto Gino Magri, ob. cit., pág. 17 e Mirabelli, ob. cit., pág. 417.

por excelência, em razão do seu modo de constituição, poder incidir sobre um leque tão vasto de bens, pode mesmo afirmar-se que o desapossamento constitui um entrave ao próprio desenvolvimento económico.

Não surpreende, por isso, que as críticas ao regime tradicional do penhor – e ao sistema de garantias reais em geral<sup>1821</sup> - se tenham multiplicado nos diversos ordenamentos onde o desapossamento do empenhante permanece como formalidade dominante para a constituição da garantia (como sucede com o português, espanhol, italiano, alemão e francês, este último antes da reforma de 2006), sendo praticamente unânime a súplica por intervenções legislativas no sentido da adaptação da rigidez daquele regime às novas realidades,<sup>1822</sup> embora haja sectores onde tal exigência se faz

---

<sup>1821</sup> Vide, entre muitos outros, Annalisa Liuzi, ob. cit., pág. 64, nota 34 (constatando que “*i meccanismi rigidamente formali della garanzia reale rispondono alle esigenze tipiche di un’economia precapitalistica, ove l’unico indice di circolazione è legato al meccanismo della tradizione e del possesso*”, mas nitidamente desadequado “*rispetto alla realtà degli scambi e alle sue esigenze economico-funzionali*”, concluindo que a tendência aponta no sentido de “*uscire dalle strettoie della necessaria consegna della res, per intensificare l’ormai continuo e costante affermarsi, sia nelle operazioni economiche che nelle scelte legislative, di figure di pegno senza spossessamento*”), Luca Enriques, Il pegno di patrimoni oggetto di gestione mobiliare, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1993, pág. 759 e segs. (falando da “*obsolescenza della rigida disciplina delle garanzie reali, ed in particolare del pegno, in relazione alle esigenze delle imprese, e più in generale dell’economia*”, em particular no que respeita à imposição do desapossamento e de um documento com data certa contendo suficiente indicação do bem empenhado e do crédito garantido como condição de validade do penhor), Serafino Gatti, Il credito cit., pág. 204 (pronunciando-se a favor de “*un generale processo di rinnovamento delle tecniche giuridiche in materia di garanzie*”), Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 167 e segs. (falando de “*una rilevante domanda di strumenti giuridici caratterizzati da maggiore duttilità, rispetto a quanto offerto dalla disciplina della tradizionale garanzia possessoria*”, capazes de “*superare la necessità del ricorso al pegno tradizionale con spossessamento*”, notando que as únicas garantias sobre bens móveis que não pressupõem o desapossamento do constituinte são as hipotecas mobiliárias, cujo âmbito de aplicação, porém, se encontra limitado aos navios, aviões, automóveis e às rendas do Estado), Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 1 e 115 (admitindo que “*oggi, nella moderna vita degli affari e dei traffici, non si può più restare ancorati all’insegnamento classico che per la costituzione del pegno su cose mobili esige necessariamente il materiale trasferimento della cosa al creditore (...) il mondo produttivo non conosce fetici giuridici e reclama incessantemente nuove tecniche legislative*”, realçando que diversos projectos de “*penhore a domicilio*” foram chumbados por força das dificuldades jurídicas da figura, manifestando o desejo que “*si arrivi anche da noi alla creazione di una forma di pegno che non esiga lo spossessamento del debitore e che tuttavia rafforzi la posizione del creditore, con l’ausilio di adeguate forme di pubblicità*”), Fabrizio Maimieri, ob. cit., pág. 3 e Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 255 e segs. (afirmando que “*il sistema delle garanzie reali tipiche ha pesantemente subito la rigidità che connota la disciplina codicistica della responsabilità patrimoniale e si è rivalato incapace di seguire il passo del mutamento dei tempi*” - nomeadamente por força da manutenção de determinados dogmas, como o da *par conditio creditorum* ou da tipicidade e do *numerus clausus* dos direitos reais de garantia – “*sembrano aver eliminato a priori, per il principio dell’autonomia privata, qualsiasi possibilità di accesso al settore del diritto delle garanzie reali, creando così i presupposti per il progressivo divaricarsi di una scollatura, già esistente e profonda, tra staticità dei modelli giuridici e dinamicità della realtà economica*”).

<sup>1822</sup> Vide, por todos, Gabrielli, *Autonomia cit.*, pág. 648 e segs.. Depois de dirigir diversas críticas ao desapossamento, o Autor advoga a criação de garantias sem desapossamento, que simultaneamente consintam o seu prolongamento para os produtos decorrentes da transformação ou os créditos decorrentes da venda dos bens inicialmente onerados (propondo, como alternativa, o uso da propriedade fiduciária e da venda com reserva de propriedade com fins de garantia, à imagem do que sucede no direito alemão, concluindo que, neste ordenamento, a primeira figura é preferencialmente utilizada para os créditos e a segunda para as mercadorias) e Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 176 (salientando a incapacidade do ordenamento italiano para dar resposta às exigências de “*finanziamento esterno dell’impresa e nella scarsa attenzione del legislatore e degli interpreti alle rapide trasformazioni delle strutture sociali ed economiche*”, designadamente no que respeita à “*possibilità di una estensione delle garanzie in questione ai prodotti derivanti dalla trasformazione delle merci operata dall’imprenditore ed ai crediti di cui diventa titolare dopo la loro vendita*”).

sentir com especial acuidade, como sejam o crédito agrícola<sup>1823</sup>, o industrial e comercial,<sup>1824</sup> e o crédito dos vendedores relativamente ao preço de alienação.<sup>1825</sup>

A razão de ser das críticas assume especial contundência atendendo a que, em diversas ordens jurídicas, o penhor “*costituisce l’unico strumento idoneo a creare convenzionalmente una garanzia sui beni mobili*”.<sup>1826</sup>

Em face deste panorama, a evolução parece apontar no sentido da procura de novos instrumentos de garantia mobiliária (designadamente através do alargamento das garantias mobiliárias a créditos e a bens futuros) em resultado da autonomia privada<sup>1827</sup> ou da intervenção do legislador.<sup>1828</sup>

Não admira, por isso, que na generalidade dos ordenamentos europeus se tenha assistido ao surgimento de diversas garantias prescindindo da exigência de desapossamento do empenhante, algumas por iniciativas nacionais, outras decorrentes de imposições europeias, muito embora essa intervenção assumia diferentes modalidades em cada um dos países.<sup>1829</sup>

---

<sup>1823</sup> Dentro do crédito agrícola, Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 295 e segs., distingue entre os credores pelo fornecimento de bens destinados directamente à produção - sementes, adubos, insecticidas, aluguer de máquinas e gastos de cultivo – para os quais seria suficiente a instituição de um penhor comum (com desapossamento do devedor) e sobre os frutos da correspondente colheita. Pelo contrário, os credores titulares de créditos relativos ao preço de aquisição (ou ao financiamento para essa aquisição) de máquinas e material agrícola deveriam gozar de uma garantia não possessória sobre tais bens, ao passo que os créditos destinados a obras de risco (v.g. saneamento) poderão ser assegurados através de uma hipoteca sobre o próprio imóvel. Não obstante, a lei espanhola de 1917 sobre penhor agrícola não se “*preocupo de limitar los acreedores y los créditos susceptibles de gozar de la garantía de la prenda agrícola sin desplazamiento*”, o que significa que esta garantia pode abranger todos os créditos anteriormente mencionados, entendendo o Autor que deveria ser igualmente permitida a oneração de colheitas futuras.

<sup>1824</sup> Surgindo como exemplo paradigmático a necessidade, sentida em todos os ordenamentos, mas consagrada expressamente apenas em alguns, de uma garantia sobre o próprio estabelecimento comercial ou industrial (sem prejuízo de eventuais garantias específicas sobre alguns dos elementos que o compõem).

<sup>1825</sup> Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 298, defende que, em face do direito espanhol, não existe necessidade de criar uma garantia não possessória para garantir estes créditos, uma vez que os mesmos gozam já de um direito de preferência por força do art.º 1922.º do CCE

<sup>1826</sup> Assim para o direito italiano, mas com plena aplicação no ordenamento luso, Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 10 (vide também, pág. 16 e segs.). O mesmo Autor acrescenta que, por força do princípio da proibição das garantias ocultas, a lei obriga a que a constituição do penhor obedeça a determinados requisitos.

<sup>1827</sup> No direito italiano, o papel da autonomia privada tem sido restringido em nome da tutela dos demais credores do empenhante e da *par conditio creditorum* (contudo, Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 57 e segs., sugere que o salvamento da empresa – através do seu financiamento - justifica uma diversa perspectiva, olhando para as relações entre credores preferentes e quirografários na óptica do aumento da capacidade produtiva da empresa). Todavia, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 256 e segs., ressalva que se aos privados não é permitido criar novas garantias reais, “*possono tuttavia adattare la funzione di garanzia del negozio costitutivo del pegno alle particolarità dell’operazione economica in concreto, possano cioè produrre gli effetti della garanzia reale tipica attraverso l’impiego di tecniche contrattuali parzialmente diverse da quelle previste dal formante legale*”, como sucede com os penhores *omnibus* ou rotativos.

<sup>1828</sup> Alude a este aspecto Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 10 e pág. 27 e segs.. De acordo com o Autor e perante o cenário traçado, restariam, em tese, três vias alternativas: ou a exclusão de um número considerável de empresas dos canais de financiamento; ou o alargamento do crédito pessoal (eventualmente com intermediação estatal); ou, finalmente, a procura de novas garantias mobiliárias: excluídas as duas iniciais (a primeira por razões óbvias, a segunda pelo risco de insolvência dos devedores e pela aversão à intervenção estatal), restava naturalmente esta última.

<sup>1829</sup> É sintomático que já em 1904 (!) Gino Magri, ob. cit., págs. 18 e 19, enumerasse um conjunto de normas (a maioria das quais vigentes em ordenamentos estrangeiros) consagrando penhores sem desapossamento, sendo este substituído por “*altra formalità, diretta allo stesso scopo di produrre la conoscenza del rapporto nei terzi, del tutto analoga a quella che vale per l’ipoteca; vale a dire la*

Todavia, a busca de um mecanismo sucedâneo da entrega do bem ao credor, mas que salvaguarde os interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral, não constitui uma tarefa simples, o que não deixa de contribuir para a permanência, ainda hoje, do desapossamento do devedor como condição do surgimento do penhor.<sup>1830</sup>

As possíveis alternativas passam pela ampliação do âmbito de aplicação da hipoteca mobiliária,<sup>1831</sup> - garantia que prescinde do desapossamento do constituinte e que é tradicionalmente acantonada aos navios, aeronaves e, porventura, automóveis, opção esta não isenta de limitações<sup>1832</sup> - pela criação de penhores sem desapossamento do constituinte,<sup>1833</sup> pelo recurso à figura denominados “dos privilégios creditórios convencionais”<sup>1834</sup> ou ao uso da propriedade com fins de garantia.<sup>1835</sup>

---

*iscrizione o trascrizione del diritto su di un registro apposito tenuto da pubblici ufficiali, del cui contenuto è lecito ad ognuno prendere notizia*”, salientando especialmente o penhor de estabelecimentos comerciais. Dá conta desta mesma tendência Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 19 e segs., alegando que o penhor sem desapossamento encontra raízes no direito romano (no qual já se admitia, ao menos ocasionalmente, que o bem onerado permanecesse em poder do constituinte da garantia), tendo sido posteriormente alargada no Século XIX aos penhores que incidam sobre produtos agrícolas, pecuários, manufacturados, minérios e mesmo sobre as actividades industriais em geral.

<sup>1830</sup> Destaca este aspecto Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 798 e segs., alertando para que “*el Registro de muebles no puede aspirar en manera alguna a sustituir a la posesión de un modo tan completo y absoluto como lo ha sustituido el Registro de la Propiedad en materia de inmuebles; en materia de muebles corporales será siempre el Registro el que ocupe un lugar secundario, en tanto la posesión representará un papel principal*”, entendendo que o registo apenas pode substituir a publicidade possessória relativamente aos bens imateriais ou não corpóreos (por serem insusceptíveis de posse). A solução proposta pelo Autor, na sendo do art.º 9.º do UCC norte-americano, é a de utilizar o registo em complemento à situação possessória, de modo que “*la parte que desea tomar o retener un derecho de propiedad sin posesión debería suportar la carga de solucionar el problema de la propiedad aparente*”, assim reduzindo os riscos para terceiros e para a própria segurança do comércio jurídico.

<sup>1831</sup> De acordo com Antonio Fontana, Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 Luglio 1985, n.º 401, in *Qadrimestre – Rivista di diritto privato*, n.º 1 (1991), págs. 61 e segs., a principal questão que se coloca no domínio das garantias reais é o de “*porre a disposizione dell'autonomia privata strumenti in grado di assicurare la tutela del credito lasciando tuttavia al debitore il possesso del bene gravato*”, augurando, por isso, uma ampliação, na medida do possível, da hipoteca, uma vez que esta garantia permite conciliar estes dois aspectos.

<sup>1832</sup> Antonio Fontana, ob. cit., pág. 62 e segs., depois de criticar a excessiva cautela do CCI de 1942 no que diz respeito à enumeração dos bens móveis susceptíveis de hipoteca mobiliária, considera que esta garantia poderá ter um alcance mais vasto, mas, realisticamente, assume que “*su questa via non si potrà spingere molto oltre*”, não apenas por causa dos requisitos necessários para a inscrição (“*implicando una descrizione dell'oggetto, è fondata sulla sua identificazione, e non è quindi nemmeno concepibile per tutti quei beni che siano privi di una qualche caratteristica di forma, peso, volume od altro, la quale consenta di distinguerli fra loro, come suole accadere per la maggior parte dei prodotti di serie*”), como pelos custos associados a esta forma de publicidade (tornando a garantia demasiado onerosa relativamente a bens de valor modesto), deste modo se justificando que a maior parte dos bens móveis continuem a ser não registados, nem registáveis. Por outro lado, para Vallet de Goystisol, ob. cit., págs. 268 e 269, nota que o recurso a esta figura requer a identificação objectiva do bem onerado, pois só assim se poderá garantir o direito de sequela do credor – o que exclui do seu âmbito os bens de “*imperfecta identificación registral (...) que no pueden identificarse en sí mismos, sino únicamente recurriendo al lugar o al almacén donde se encuentran depositados, ya que no tienen rasgos propios e individuales dentro de los comunes de la especie, suficientes para llevar a su pleno cumplimiento el requisito de la especialidad*” (concluindo que atribuir direito de sequela a uma garantia sobre bens desta natureza poderia prejudicar intoleravelmente terceiros adquirentes de boa fé, “*a quines faltaron datos seguros para conocer el gravamen*”).

<sup>1833</sup> De acordo com Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 256 e segs., estes penhores sem desapossamento podem criar-se através do recurso a formas atenuadas de tradição do bem, como sejam a tradição simbólica (traduzida, por exemplo, na entrega das chaves do local onde os bens se encontram armazenados) ou à constituição do devedor como depositário do bem onerado (de forma que “*el dueño de la cosa pignorada transmite su posesión a título de prenda y recibe su tenencia, como depositario*”, ou seja, o credor “*la deposita en poder del deudor; este, por lo tanto, se encuentra ligado con el acreedor*”).

Porém, nenhuma destas opções é isenta de escolhos, conforme se comprovará mais pormenorizadamente pelo exame da evolução dos vários direitos.

Desde logo, os ordenamentos da Europa continental, no qual se enquadra o português, tendem a verberar ou, pelo menos, condicionar o uso da propriedade com fins de garantia.

Por outro lado, a criação de garantias não possessórias enfrenta, ao menos para determinadas classes de bens, a dificuldade em encontrar alternativas credíveis para o desapossamento material do constituinte,<sup>1836</sup> sobretudo porque a ele são normalmente associadas diversas funções, as mais importantes das quais são a publicitação da garantia (a que está inerente a tutela de terceiros) e a protecção do credor.<sup>1837</sup>

---

*con dos contratos, uno es el de prenda, outro el depósito que de la prenda hace el acreedor*) ou, finalmente, à figura do constituto possessório (*“en el que la tradición se opera por el reconocimiento que hace el que enajena de tener de allí en adelante la cosa a nombre de otro”*). Para além disso, a publicidade possessória pode substituir-se pela colocação de marcas e sinais distintivos nos bens empenhados (eventualmente combinada com uma forma de tradição simbólica), pelo recurso à figura do *status loci* (isto é, estabelecendo uma conexão material entre um determinado local e o objecto vinculado, de modo que *“La cosa queda en posesión del deudor, pero en un lugar en el que domina el acreedor – como, por ejemplo, el propietario en su casa aun estando alquilada – o bien en el lugar donde ha tenido su origen el crédito privilegiado (crédito refaccionario, créditos por gasto de cultivo con respecto a los fructos), o donde se han domiciliado los bienes – prenda domiciliada”*) ou recorrendo à inscrição no registo como complemento do *status loci* ou do depósito dos bens em poder do devedor (de modo que, enquanto se mantenha aquela situação ou o depósito, o credor dispõe do direito de perseguir tais bens nas mãos de terceiros, embora esta publicidade *“no se proyecta concretamente sobre los bienes, individualizándolos, sino sobre una determinada situación de los mismos”*). Todavia, relativamente à manutenção do bem em poder do devedor a título de depósito, esta hipótese enfrenta diversos obstáculos: desde logo, a exigência legal de entrega do bem ao credor ou a terceiro (obstáculo esse insuperável, excepto quando a própria recorra ao expediente do depósito do bem nas mãos do devedor, como sucede com a lei espanhola do penhor agrícola de 1917), bem como a ausência de publicidade que uma semelhante forma de constituição acarreta (a não ser que a lei substitua a publicidade possessória por outro mecanismo idóneo para o efeito, como a aposição de marcas, o *status loci* ou um registo).

<sup>1834</sup> Previstos, por exemplo, nas legislações francesa e italiana, de acordo com as quais a manutenção da garantia fica sujeita à manutenção do bem num dado *status loci*, podendo até conferir ao credor mais do que uma simples preferência para pagamento. Todavia, como salienta Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 270 e segs., estes privilégios são de fonte contratual, embora a lei enumere taxativamente os bens sobre os quais tal garantia pode ser constituída.

<sup>1835</sup> García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 174 e segs., depois de destacar os inconvenientes do desapossamento, nomeadamente no que concerne aos bens utilizados pelo constituinte da garantia para a sua produção ou transporte, para o constituinte, para o credor e para a própria economia nacional, assegura que tais inconvenientes poderão ser supridos através do recurso à propriedade com fins de garantia ou, em alternativa, fazendo apelo às garantias reais tradicionais, mas *“recurriendo a un sistema adecuado de publicidad, que no esté basado en la publicidad real possessoria”* (não sem reconhecer que esta última hipótese suscita questões de compatibilização entre a necessidade de tornar efectiva a garantia real não possessória – designadamente através de concessão de um direito de sequela – e a exigência de não entorpecer o tráfego comercial – assegurada, pelo menos nalguns ordenamentos, através da aparência possessória e da regra da posse vale título, assim dispensando os adquirentes de direitos de consultar os requisitos a cada aquisição: o Autor, tomando como exemplo o ordenamento espanhol, advoga que a protecção dada a este segundo aspecto deve sofrer, no caso das garantias mobiliárias não possessórias, uma limitação, sob pena de *“convertir en ilusorias las garantías”*).

<sup>1836</sup> Chama a atenção para este facto Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 12 e segs., pois, embora reconheça a necessidade de a colocação em garantia de determinados bens prescindir da alteração da sua situação possessória, estima que *“C’est du choc de ce besoin et de la nécessité contradictoire de la dépossession du débiteur qu’est né l’un des problèmes les plus graves de notre époque sur le plan de la vie des affaires, le problème du gage sans dépossession, ou celui de l’hypothèque mobilière”*, questionando mesmo o Autor se não estaremos perante um regresso ao processo evolutivo do direito romano que culminou na transformação do penhor em hipoteca.

<sup>1837</sup> Acerca das funções desempenhadas pelo desapossamento, vide supra n.º 5.1.1 do Capítulo I.

Relativamente à primeira, o surgimento da posse como meio publicitário em sede mobiliária e a ausência de um mecanismo publicitário cabal e universal (análogo ao registo para os bens imóveis) para grande parte dos bens móveis, pode até conduzir a que se duvide se encontra acolhimento neste domínio o princípio da publicidade dos direitos reais, entendido como necessidade de cognoscibilidade por parte de terceiros de tais situações reais.<sup>1838</sup>

Tal circunstância deve-se, não apenas à dificuldade de identificação registal da generalidade dos bens móveis, mas ainda à menor importância historicamente atribuída a esta categoria de bens, que também contribui para a ausência de um sistema publicitário completo em matéria mobiliária,<sup>1839</sup> facto para o qual concorrem ainda um conjunto de outras razões, embora se possa legitimamente duvidar da pertinência e actualidade de quase todas elas.<sup>1840</sup>

---

<sup>1838</sup> Aludem a este princípio, entre nós, Mota Pinto, ob. cit., pág. 119 e segs. (atribuindo-lhe o significado de “*dever a constituição ou a transferência de qualquer direito real revestir notoriedade, ser acessível ao conhecimento geral*”, na medida em que “*Não é conveniente que os actos mediante os quais adquiririam direitos possam vir a ser destruídos por ilegitimidade de quem lhes fez a alienação – para tal devem esses actos ser públicos, fornecer a possibilidade de um conhecimento geral, para que seja conhecida a situação jurídica das coisas*”) e Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 304 e segs. (alertando para o facto de “*sendo um direito erga omnes, o direito das coisas deve ser conhecido ou cognoscível das pessoas que virtualmente ele afecta, designadamente de terceiros (...) é óbvio que o aspecto externo do direito real tem de exigir uma publicidade suficiente para se dar a conhecer a terceiros um fenómeno que lhes diz respeito*”) e, no direito italiano, Ferrara, ob. cit., pág. 52 e segs. (realçando que a publicidade dos direitos reais satisfaz exigências de certeza e facilidade do comércio jurídico, bem como de protecção de terceiros). Todavia, o primeiro Autor reconhece que a publicidade dos imóveis (e de alguns móveis, cujo valor e possibilidade de identificação o permitam) será assegurada através do registo predial, enquanto relativamente ao móveis a publicidade poderá ser alcançada de diversos modos alternativos, como sejam a exigência que a transferência da propriedade dos bens acarrete necessariamente a tradição do mesmo, a regra da posse vale título: todavia, o próprio Autor admite que no nosso ordenamento não se encontra consagrada nenhuma destas alternativas, embora aceite que existe “*apenas um direito real em que a lei atribui à posse, à transferência da coisa, um papel fundamental, de tal maneira que o direito real não surge se, a tradição – referimo-nos ao penhor*”.

<sup>1839</sup> Ferrara, ob. cit., pág. 57 e segs., acrescenta que a não vigência do princípio para a generalidade dos bens móveis assenta no reconhecimento tardio da necessidade de criação de um sistema publicitário (cuja consagração remonta apenas ao direito germânico, no qual a publicidade relativamente aos bens móveis era assegurada pela posse, “*Gewere*”, cuja perda voluntária não concedia ao proprietário – independentemente da boa ou má fé do terceiro adquirente – o direito de reivindicação, nem tão pouco a perda involuntária, a qual motivava apenas a aplicação das penas de furto ao prevaricador), motivado pela menor importância dos bens móveis (de modo que “*il poco valore dei mobili non doveva opporsi alla loro rapida circolazione, ponendo invece delle norme a garanzia dei loro acquirenti, per non essere disturbati nel loro pacifico possesso*”, como sucede com o princípio da posse vale título). O Autor, porém, contesta esta ausência de um sistema publicitário para os bens móveis, contrapondo que “*per talune specie di esse è non solo possibile, ma utile e feconda di conseguenza giuridiche (...); la quale potrà adempiere una funzione corrispondente a quella che ha per il commercio immobiliare, dano sicurezza ai trapassi e tutela ala buona fede dei terzi*”.

<sup>1840</sup> Ferrara, ob. cit., pág. 69 e segs., contesta diversos destes argumentos, como sejam a irrelevância económica dos bens móveis (apontando como exemplos que desmentem esta ideia os navios, aviões, automóveis e os valores mobiliários, considerando um anacronismo a preponderância da propriedade imobiliária sobre a mobiliária), a circunstância de serem susceptíveis de produção e reprodução indefinida (o que não é válido para todos os móveis, como sucede com as máquinas de fabrico complexo), a sua fácil deterioração e destruição (contrapondo não poder sustentar-se que “*le cose mobili abbiano una esistenza di così breve durata, che siano delle meteore che appaiono e spariscono nell’orizzonte del diritto*”) e, finalmente, o não terem um sede fixa, o que tornaria impossível centralizar no mesmo local o registo contendo os vínculos inerentes a cada um dos bens móveis (reconhecendo tratar-se de uma dificuldade, mas que poderá ser solucionada, em termos análogos ao que acontece com as pessoas físicas que, apesar das suas constantes deslocações, possuem um domicílio legal fixo). Em face do exposto, o Autor conclui que a ausência de um sistema de publicidade mobiliária se justifica por razões de “*semplice opportunità e convenienza, non di rigorosa logica giuridica*” e, *de iure condito*, a instauração de tal sistema deve



É neste contexto que o único mecanismo publicitário adoptado pela generalidade das legislações relativamente aos bens móveis foi o da posse dos mesmos, realizando aquilo a que se convencionou chamar publicidade de facto, com especial ênfase no domínio do penhor, na medida em que tal empossamento do titular do direito surge como condição do nascimento da garantia.<sup>1841</sup>

Ora, para fazer face aos inconvenientes sublinhados do desapossamento, o registo surge, teoricamente, como o mais apropriado substitutivo daquele, embora nem sempre seja possível assegurar a plena oponibilidade da garantia face a terceiros.<sup>1842</sup>

Não surpreende, por isso, que mesmo quem advogue a imperatividade da publicitação das garantias, mormente como condição de oponibilidade, e constate ser o

---

fundar-se numa classificação das diversas coisas móveis, de modo a isentar desse formalismo as coisas de escasso valor, aquelas que devam estar sujeitas a uma rápida circulação que não se compadeça com este tipo de formalismo e as de difícil ou impossível identificação (tendo em conta a relação entre a publicidade e o princípio da especialidade).

<sup>1841</sup> Funcionando a posse como garantia de segurança do seu direito por parte do possuidor, de modo que o titular de um direito que não seja, simultaneamente, possuidor corre o risco de ver, nos países onde se encontra consagrada a regra da posse vale título, o seu direito limitado ou alienado em favor de um terceiro de boa fé (todavia, o Autor chama a atenção para a circunstância de este princípio apenas legitimar a aquisição a non domino por terceiros de boa fé que tenham obtido a posse do bem adquirido, mas não que o possuidor não proprietário possa alienar validamente um dado bem, uma vez que “*Non è il possessore che è legittimato ad alienare validamente la cosa di cui è in possesso, ma sono i terzi di buona fede che sono legittimati ad acquistarla validamente, da chi se ne trova in possesso*”) – Ferrara, ob. cit., pág. 69 e segs., resumindo que este tipo de aquisição *ex lege* exige a verificação cumulativa de quatro pressupostos: posse do alienante, transferência da posse do alienante para o adquirente, boa fé do adquirente (traduzida na ignorância de falta de titularidade do direito por parte do alienante) e não se tratar de bens furtados ou extraviados.

<sup>1842</sup> Com efeito, nalguns casos a oponibilidade plena da garantia não pode ser assegurada, uma vez que a existência da garantia apenas se torna cognoscível aquando da primeira alienação, como sucede “*Cuando el primer adquirente enajene de nuevo los bienes por él adquiridos, la fungibilidad de frutos, ganados y aperos que quedarán desarticulados de la finca productora y del propietario pignorante, motivara que el registro ya no pueda precisar dato alguno suficiente para adquirir al adquirente*” - Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 277), pelo que a solução mais comum é admitir que as garantias sem desapossamento registadas apenas possam ser opostas a terceiros adquirentes de má fé, sem prejuízo de eventuais sanções penais contra o devedor que tenha alienado como livre o bem onerado (embora Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 281, conteste mesmo esta repercussão da garantia, afirmando que, para o terceiro, é “*insoportable tener que enterarse, cada vez que se adquiriera una cosa, de su historia, de su situación legal y de las inscripciones de que había sido objeto en Registros que muchas veces estarían situados a grandes distancias del lugar donde se verificaba la nueva adquisición*”). Também a oponibilidade das garantias não possessórias constituídas através da colocação de marcas nos bens onerados a terceiros de boa fé será de descartar, pois das duas uma: ou as ditas marcas estariam colocadas no próprio objecto e a sua retirada poderá (além de deteriorar o objecto) ser impossível e, então, “*De no quitarlas resultará que el objeto, al pasar de mano a mano, dará lugar a sospechas que lo hagan desmerecer y colocará al que lo haya adquirido legítimamente en una situación poco agradable, ya que un anterior propietario, cuyo nombre conste en el objeto, podrá reivindicar de mala fe*”; se, pelo contrário, as marcas não são colocadas directamente no objecto “*será muy fácil hacerlas desaparecer al transmitir el objeto, con lo que toda la garantía desaparece*”. Finalmente, o sistema que combina o registo com a manutenção dos bens num determinado *status loci* parece também não consentir um direito de sequela completo ao credor titular de uma garantia sem desapossamento (por acarretar uma suspeita generalizada sobre todos os bens cuja transmissão e oneração obedeça a esta formalidade, assim paralisando o comércio jurídico). Em suma, “*por exigencias del comercio jurídico, la llamada prenda sin desplazamiento no puede oponerse a terceros adquirentes de buena fe. No puede exigirse de modo general al que pretende adquirir bienes muebles – salvo algunas classes de éstos – la previa obligación de examinar el registro. Ni la noticia de éste presupone el conocimiento de la identidad de los bienes adquiridos y gravados. Es éste un dato muy difícil de constatar; especialmente resulta casi imposible si el vendedor y el pignorante no coinciden, es decir, en las segundas o ulteriores enajenaciones*”.

registo o mecanismo mais adequado para o efeito,<sup>1843</sup> reconheça a existência de limites à eficácia *erga omnes* daquele registro, especialmente quando neste se encontram sujeitos a inscrição apenas os ónus e não igualmente o direito de propriedade.<sup>1844</sup>

Com esta limitação, o registro apresenta vantagens para terceiros. sejam potenciais credores do empenhante, sejam outros potenciais adquirentes de direitos sobre os bens empenhados, especialmente se for de acesso livre, destarte tornando cognoscível a garantia a todos os potenciais interessados.

Cumpra, todavia, realçar que nem todos estes registros comungam da mesma natureza publicitária, porquanto alguns deles não são públicos, no sentido em que a sua consulta não se encontra facultada a qualquer interessado, como sucede, por exemplo, com os registros de alguns valores mobiliários.<sup>1845</sup>

Sendo públicos, naturalmente que a protecção que conferem ao seu titular e, paralelamente, a informação que propiciam a terceiros, contribuem para reforçar a segurança do direito registado a protecção de terceiros titulares (presentes, mas sobretudo futuros, de direitos conflituantes com a garantia registada).

Quando assim não for, diversas reservas se levantam relativamente à publicidade conferida por tal modo de constituição do penhor, designadamente no que respeita à menor tutela dos direitos de terceiros que pretendam adquirir direitos sobre os bens

---

<sup>1843</sup> Fernández del Pozo, La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. María Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 104, descarta os efeitos publicitários do desapossamento (não apenas porque a posse de um bem diz pouco acerca da respectiva propriedade – tantas são as vezes em que os bens de alguém são desfrutados por outrem a título de comodato ou locação –, mas também porque não torna a posição dos terceiros menos onerosa, uma vez que estes terão que visitar o credor para constatarem os bens que se encontram em sua posse), da escritura (por serem um documento notarial secreto), da aposição de marcar ou sinais físicos (por só alertar os que estabelecem contacto visual com o bem e poderem ser facilmente destruídos pelo devedor) e do *status loci* (pois o devedor poderá eliminar essa conexão). Por isso, o Autor defende a criação de um registro de ónus, com uma identificação clara dos bens registáveis (embora não circunscrita aos bens perfeitamente determináveis, mas abrangendo igualmente universalidades, bens futuros e créditos, até porque conclui pela necessidade de assegurar a plena utilização de toda a riqueza patrimonial para a obtenção de crédito, razão pela qual considera anacrónica a enumeração de bens oneráveis contido na lei espanhola da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento) e dos ónus a inscrever (incluindo as judiciais e legais), funcionando o registro como condição de oponibilidade da garantia (ou até como condição de validade inter partes) e com um sistema baseado na titularidade dos direitos inscritos (para além de informatizado e de fácil acesso).

<sup>1844</sup> De facto, quando seja adoptado o sistema do registro de ónus, uma vez que, não sendo inscritos os factos relativos à propriedade, “*Los titulares de la carga/gravamen inscrito no adquieren, desde luego, por la inscripción de aquéllas, una posición inatacable frente al verdadero dueño de la cosa mueble: no hay adquisición a non domino por la inmatriculación porque no hay posesión tutelable del adquirente*” (Fernández del Pozo, ob. cit., pág. 109) e, face a terceiros adquirentes e porque o bem continua no comércio, o credor pignoratício poderá não dispor de um direito de sequela contra terceiros de boa fé (é o que sucede, no direito espanhol, com o penhor sem desapossamento). Este último aspecto, leva o Autor a considerar que os bens não susceptíveis de perfeita identificação conduzem a que as garantias que sobre eles incidam se encontram amputadas do direito de perseguição, o que não constitui qualquer contra-senso (pois “*En protección de la seguridad del tráfico puede declararse la absoluta inoponibilidad de la situación inscrita face al adquirente de buena fe de la cosa gravada; sobre todo cuando ésta no es de perfecta identificabilidad (...) ello no entraña necesariamente la negación de la condición de registrables de tales bienes porque la oponibilidad residual de tales cargas y gravámenes puede exigir un instrumento de publicidad*”). Tendo em conta estas premissas, o Autor propõe um sistema baseado na perfeita oponibilidade das garantias registadas sobre bens perfeitamente identificáveis, mas não daquelas que recaiam sobre bens destinados a revenda, universalidades (sobretudo quando é concedida ao empenhante a facultade de alienar os bens que as integram no decurso da sua normal actividade), sendo a protecção do credor assegurada, nestas hipóteses, através da oponibilidade em caso de aquisição por parte de terceiro de má fé ou fora do giro comercial normal e, por outro lado, mediante a extensão da garantia a bens ou créditos que se sub-rogam, enquanto objecto da garantia, aos bens originariamente empenhados.

<sup>1845</sup> Acerca destes registros, vide infra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II.

onerados (duvidando-se de pertinência de uma eventual presunção de má fé dessas aquisições, quando conflituem com os direitos registados) e, inversamente, à menor segurança que conferem ao credor pignoratício.

Mas o registo cumpre também a função, ordinariamente atribuída ao desapossamento, de reforço da tutela do credor, pois aumenta a consistência do seu direito (especialmente porque, nos ordenamentos em que vigore a regra da posse vale título, a inscrição registal eliminará a boa fé dos terceiros adquirentes de direitos sobre o bem empenhado incompatíveis com o do credor pignoratício:<sup>1846</sup> aliás, sob este prisma os interesses do credor são mais bem tutelados no caso do registo do que de desapossamento, uma vez que no penhor possessório o seu direito é tendencialmente preterido face aos dos terceiros possuidores de boa fé, assim relativizando a segurança conferida pelas garantias mobiliárias possessórias (pelo menos quando não exista um sistema de publicidade que afaste a boa fé daqueles terceiros).<sup>1847</sup>

Uma outro *handicap* do registo decorre da circunstância de este apenas poder funcionar com respeito a bens que consintam a sua individualização, ou seja, o registo apenas logrará substituir a publicidade possessória relativamente a bens que possuam uma suficiente identificabilidade<sup>1848</sup> ou, noutros termos, quando se trate de bens perfeitamente identificáveis, não perecíveis, substancialmente estáveis na sua composição e não facilmente ocultáveis<sup>1849</sup> (ou, noutra formulação, aqueles que possuam um valor económico razoável, tenham uma existência duradoura e apresentem uma individualidade própria dissociável de outros objectos).<sup>1850</sup>

---

<sup>1846</sup> Deste modo tornando as aquisições de direitos posteriores ao registo inoponíveis ao credor (ou seja, caso se trate de um outro credor do empenhante, o seu direito cede perante o do credor pignoratício; caso se trate da aquisição da propriedade e mesmo que este terceiro tenha sido investido na posse do bem empenhado, o direito do credor pignoratício prevalecerá, uma vez que o adquirente será considerado de má fé, pois “*non può esistere buona fede nell’acquirente della cosa pignorata, quando la esistenza del diritto di garanzia è a tutti legalmente nota*” – Gino Magri, ob. cit., pág. 21).

<sup>1847</sup> Com efeito, uma admissão genérica da prevalência do direito do terceiro adquirente face ao credor garantido – com a inerente ausência de sequela do direito deste último – poder tornar totalmente ilusória a garantia do credor.

<sup>1848</sup> Vallet de Goytisolo, ob. cit., págs. 214 e 215, destaca que um bem possui a primeira característica quando se possa individualizar, sem exigência de especiais conhecimentos, “*de entre las demás cosas de su mismo género, preferentemente mediante una matrícula, perfectamente organizada, que recoja el género completo y numere todos sus ejemplares junto a sus correspondientes características*”, enquanto a importância económica resulta de o comércio jurídico não “*quedar perjudicado porque se imponga como una necesidad el examen del correspondiente registro de cargas*”, apontando as aeronaves como o protótipo do bem que preenche ambos os pressupostos.

<sup>1849</sup> Enumera estes requisitos Fernández del Pozo, ob. cit., págs. 100 e 101 (já Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 83, entendem que a generalidade dos bens móveis, atenta a sua normal natureza fungível e a sua fácil capacidade de deslocalização “*escapan a la posibilidad de una determinación precisa que permita construir sobre ellos un verdadero Registro de la Propiedad*”).

<sup>1850</sup> Destaca estas características Ferrara, ob. cit., pág. 139 e segs., sugerindo que o sistema de publicidade a criar para os bens móveis abranja a situação jurídica integral deste tipo de coisas – ou seja, incluindo as transferências da propriedade e a constituição de ónus – sendo organizada de acordo com o princípio da especialidade, de modo a que “*La condizione della cosa mobile deve essere esteriormente riconoscibile da tutti gli interessati, in modo che i terzi in modo rapido e semplice possano conoscere l’appartenenza di essa e la libertà da pesi e vincoli o il contenuto di questi*”. Guillouard, ob. cit., págs. 94 a 96, sugere que, para contratos de penhor cujo objecto fossem bens de valor reduzido, manter-se-ia a entrega como mecanismo de constituição da garantia (assim obviando aos custos e deslocações impostos pelo registo); quando o objecto do penhor atingisse uma determinada quantia (e sempre que se tratasse de empenhar créditos), a constituição do penhor far-se-ia através da inscrição da garantia num registo público (acrescentando que esta inscrição poderia ser efectuada nas circunscrições administrativas, assim evitando deslocações custos às partes). Propõem um critério ligeiramente diferente Aynès e Crocq, Les sûretés cit., pág. 200, apenas excluindo da obrigação de registo aqueles penhores que recaiam sobre bens móveis corpóreos comuns (ou seja, os que não estão sujeitos a matrícula ou sejam de difícil localização)

Por último, não se descarta a circunstância de os custos acrescidos inerentes à sujeição a registo da constituição da garantia desincentivarem o recurso a esta alternativa quando o valor do bem onerado e/ou da obrigação garantida seja relativamente elevado, razão pela qual tal formalidade apenas se apresente adequada para a colocação em penhor de bens cujo valor económico seja suficiente para justificar tal formalidade restritiva da livre circulação dos bens<sup>1851</sup>

Com base nestas premissas, serão susceptíveis de publicidade, designadamente de publicidade registal, entre outros, os navios, aeronaves, automóveis e maquinaria utilizada na actividade comercial<sup>1852</sup> ou outros dotados de uma configuração que os aparte dos seus congéneres como jóias, quadros ou outras obras de arte de valor assinalável.

Para além disso, importa considerar que a própria organização do registo não se apresenta pacífica, existindo várias soluções possíveis, contrapondo-se, essencialmente, os registos de titularidade ou propriedade e os apenas de ónus.<sup>1853</sup> a opção por um ou outro destes sistemas gera efeitos diversos, nomeadamente quanto ao conflito do titular dos direitos inscritos com direitos de terceiros.<sup>1854</sup>

Não espanta, neste contexto, que para os bens não sujeitáveis a registo se tenham buscado alternativas à necessidade de entrega do bem ao credor pignoratório e ao

---

<sup>1851</sup> Como bem notam Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 82 e segs., a generalização dos bens susceptíveis de penhor sem desapossamento sujeitos a inscrição no registo, ao impor aos adquirentes desses bens a consulta do registo antes da aquisição de qualquer direito sobre esses bens corre o sério risco de conduzir a paralisia do mercado.

<sup>1852</sup> Ferrara, *ob. cit.*, pág. 375 e segs., depois de constatar que a publicidade já abrange as categorias enumeradas, com excepção das máquinas, sugere que, quanto a estas, seja criado um registo, do qual devem constar, não apenas as transferências de propriedade, como também a constituição de ónus sobre aquele tipo de bens (relativamente, porém, aos bens que integrem um estabelecimento agrícola, nomeadamente as sementes e as colheitas, o Autor defende não ser possível separá-los, para efeitos de constituição de uma garantia autónoma, do imóvel ao serviço do qual se encontram e sem os quais a produção se torna impossível, concluindo no sentido da “*inscindibilità degli strumenti di lavoro dal fondo, del divieto della loro asportazione e vendita forzata, della inutilità di una trascrizione del privilegio, che non esclude la buona fede dei terzi*”, devendo os credores procurar garantir os seus créditos onerando os lucros da exploração agrícola).

<sup>1853</sup> Alude às diversas forma de organização do registo Luis Fernández del Pozo, *ob. cit.*, pág. 97 e segs.. O Autor distingue, dentro dos registos de titularidade, os registos de propriedade simples (normalmente utilizados para os bens móveis equiparados aos imóveis, como navios e aeronaves) e o de certificado de título (em que a titularidade de um bem se incorpora num título, normalmente transmissível) e, no âmbito dos registos de ónus, os sistemas de inscrição do acordo (no qual o que é registado é o negócio de constituição da garantia) e o modelo de registo das operações garantidas (idealizado pelo art.º 9.º do UCC norte-americano), para além de destacar a ausência de publicidade registal que caracteriza determinados ordenamentos (de que o direito alemão constitui o exemplo paradigmático) e de noutros se misturarem garantias não possessórias sujeitas e não sujeitas a publicidade registal (como é o caso francês). O sistema americano, visto por alguns como uma panaceia milagrosa, é alvo de críticas no que respeita à pouca informação que o registo fornece a terceiros (uma vez que o documento destinado à inscrição – *financing statement* – contém apenas indicações genérica, obrigando os terceiros a indagar junto do devedor para obter informações adicionais e que mesmo o *security agreement* não obedece ao princípio da especialidade, quer no que respeita às obrigações garantidas – admitido cláusulas similares às omnibus – quer no que concerne ao objecto da garantia), contrapondo que as novas tecnologias permitem soluções técnicas mais eficientes e com menores custos para o terceiro, dispensando-o de indagações adicionais.

<sup>1854</sup> Com efeito, nos sistemas de registo de titularidade – ao qual o bem acede aquando da primeira inscrição de propriedade – o titular de um direito inscrito pode opô-lo a terceiros, mesmo de boa fé e mesmo nos sistemas onde vigore o princípio da posse vale título, uma vez que os efeitos legitimadores do registo se sobrepõem à boa fé dos terceiros. Pelo contrário, quando estejamos perante um mero registo de ónus ou encargos, a necessidade de protecção dos terceiros decorrente da não inscrição dos factos atinentes à propriedade do bem determina, normalmente, a prevalência da regra da posse vale título, até porque seria porventura desproporcionado exigir-lhes a consulta do registo quando estejam em causa bens de diminuta importância (sobre este assunto, Fernández del Pozo, *ob. cit.*, pág. 101 e segs.).

próprio registo, passando (para além da possibilidade de entrega a terceiro ou da criação de uma situação de composses) pelo recurso à tradição simbólica (ou seja, de um documento que represente a coisa dada em garantia e confira ao credor a sua exclusiva disponibilidade) ou ao constituto possessório (consentindo que o bem permaneça em poder do empenhante, o qual não raras vezes é equiparado, após o nascimento da garantia, a um depositário).<sup>1855</sup>

Porém, qualquer destes caminhos não só não assegura a cognoscibilidade do penhor face a terceiros (especialmente no caso do constituto possessório, uma vez que o bem já se encontrava e continua em poder do empenhante), como, pelo mesmo motivo, coloca em risco a segurança do credor.

Por estes motivos, sobretudo como forma de reforçar a consistência da garantia, são normalmente impostas restrições à actuação do empenhante relativamente ao bem dado em garantia, as quais passam pela inibição de disposição do bem, sem o consentimento do titular do penhor<sup>1856</sup> e pela cominação de sanções – nalguns casos criminais – contra os actos de diminuição ou dissipação do objecto da garantia.

Outra solução aventada passa pela aposição de marcas físicas em tais bens, dando nota da constituição da garantia, assim publicitando a garantia e constituindo em má fé os potenciais posteriores adquirentes de direitos sobre os mesmos bens (os quais não podem, legitimamente, desconhecer a existência do penhor),<sup>1857</sup> tendo tal mecanismo logrado consagração legal nalguns países (pelo menos em complemento com outros, como acontece com o penhor sobre material e *outillage* do direito francês).

Com efeito, a legitimidade deste mecanismo para efeitos de constituição do penhor – pelo menos para determinado tipo de bens - deriva da publicidade inerente ao mesmo, assim como do reforço da posição do credor dele decorrente, cumprindo os

---

<sup>1855</sup> Sobre estes meios alternativos de constituição do penhor, vide supra n.º 5.1.1 do Capítulo I.

<sup>1856</sup> Por vezes, a própria lei assegura essa indisponibilidade, como sucede no caso dos valores mobiliários escriturais, os quais, uma vez constituída a garantia, ficam bloqueados e não podem ser objecto de negociação (sobre este assunto, vide infra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II).

<sup>1857</sup> Sempre de acordo com Ferrara, ob. cit., pág. 97 e segs., tais marcas podem assumir as mais diversas formas (timbres de fogo nos animais, de carimbos nos livros das bibliotecas ou a colocação de cartazes), mas apenas serão susceptíveis de excluir a boa fé dos terceiros adquirentes desde que a marca seja idónea para chamar a atenção dos terceiros (nomeadamente pelo local onde é colocado e pelas suas dimensões) e apta a significar que o possuidor não é titular do objecto (sendo ainda necessário considerar o local da aquisição e a pessoa do adquirente), concluindo que “*non basta l'esistenza delle marche ad escludere la buona fede, ma bisogna provare che l'abbiano effettivamente esclusa*” até porque a boa fé se presume. No que especificamente respeita aos direitos reais de garantia, o Autor nega que tais marcas possam servir para indicar a existência de tais direitos, pois “*non potrebbe aversi pegno, perchè occorre il trasferimento del possesso della cosa al creditore o a un tezo per lui: non l'ipoteca, perchè occorre l'iscrizione in pubblici registri*” (ora, salvo melhor juízo, o que se pretende demonstrar é precisamente se a aposição de marcas físicas pode ou não substituir, para efeitos de constituição do penhor, a entrega do bem ao credor pignoratício). Admitem, ao menos *de iure condendo*, a legitimidade deste mecanismo, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 133, Guillouard, ob. cit., pág. 107, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 61, Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 121 e 122 (“*per ovviare all'inconveniente dell'immobilizzazione degli oggetti proponeva che si concedesse il prestito su pegno, lasciando questo in potere del pignorante, il quale però, desse garanzia di provata onestà e si adattasse a lasciare apporre su di esso un marchio speciale (...) Questo sistema può considerarsi molto simile alla forma di pubblicità materiale prevista da talune legislazioni e consistente nell'applicazione di una placa sui beni costituiti in pegno*”), Hardel, ob. cit. págs. 117 e 118 (exemplificando com a separação das mercadorias de outras análogas através da colocação das mesmas em potes diferentes, indicando as que se encontravam oneradas e, por outro lado, com a colocação de etiquetas rotulando os produtos onerados: todavia, o Autor esclarece que a jurisprudência assinala que tais mecanismos “*doivent être assez nettes pour ne laisser aucun doute à quiconque sur la réalité du nantissement opéré*”) e Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 43. Contra, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés cit., pág. 535.

desideratos principais normalmente associados ao desapossamento material do devedor.<sup>1858</sup>

Por último, um outra via alternativa à entrega do bem ao credor reside no recurso ao chamado *status loci*, isto é, estabelecendo que a colocação ou manutenção dos bens em determinado local implica a sujeição dos mesmos a um direito real de garantia, normalmente da titularidade do proprietário de tal local (implicando, pelo contrário, a deslocação do bem para local a respectiva extinção, o que, continuando o bem em poder do empenhante, não será difícil de concretizar).<sup>1859</sup>

O leque de instrumentos utilizados (ou utilizáveis) para dar vida a um penhor (ou melhor, a garantias mobiliárias não possessórias) parecem infindáveis, não faltando soluções mais ou menos estapafúrdias, praticadas em algumas regiões, como sejam a permanência dos bens empenhados em poder do devedor, com o compromisso assumido por um terceiro de vigiar a laboração dos mesmos (a chamada cláusula “*tengo in potere*”) ou a colocação em penhor de cabeças de gado mediante a entrega ao credor de um recibo do registo dessas cabeças,<sup>1860</sup> ao ponto de alguns aceitarem que a verificação de determinadas circunstâncias relativas os objectos a onerar dispensa, para efeitos de constituição do penhor, mesmo a oposição de sinais distintivos.<sup>1861</sup>

---

<sup>1858</sup> Nesta conformidade, Maiorca, ob. cit., pág. 62 e segs., realçando que a publicidade será até mais evidente que a resultante dos próprios registos (apenas consultados por sujeitos diligentes), enquanto que o reforço da segurança do devedor decorre da criação de má fé para os terceiros adquirentes de direitos sobre os bens empenhados: daí que o Autor conclua “*Il sistema del marchio avrebbe infatti il suo principale campo di applicazione riguardo a cose pertinenti all’agricoltura e ad altre industrie: cose che sono per lo più destinate a una certa stabilità e inamovibilità. Nè sarebbe, d’altra parte, da escludersi che a un contrassegno sulla cosa pignorata presso il debitore, si associ anche una qualsiasi altra forma di individuazione e relativa registrazione pubblica*”. O Autor, ob. cit., pág. 69, dá mesmo conta da existência, nos direitos suíço e austríaco, de garantias constituídas através da impressão de marcar de fogo nos animais empenhados, embora assumindo algumas reservas quanto à impossibilidade de alienar os bens onerados consagrada em qualquer das duas legislações).

<sup>1859</sup> Alude a esta alternativa, Ferrara, ob. cit., pág. 100 e segs., concretizando que, quando assim é, o *status loci* funciona como uma forma de publicidade, na falta da qual o direito não surge, operando a deslocalização do objecto a extinção do direito (em termos análogos ao que sucede com a perda da posse do bem empenhado por parte do credor, que também determina a extinção da garantia).

<sup>1860</sup> Alude a estas duas figuras Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 74 e 75, concretizando que a primeira, utilizada na região da Puglia para o penhor de amêndoas descascadas, prevendo-se que o terceiro recebesse as chaves do local onde os bens se encontravam e assumisse as obrigações de um depositário (não lhe sendo lícito proceder à sua entrega ao empenhante senão com autorização do credor); quanto à segunda, praticada na Sicília, socorria-se do ficheiro anagráfico dos animais previsto na legislação local, no qual deveriam ser inscritos, após a oposição de uma marca de fogo, todos os animais bovinos e equídeos (embora a Autora questione se esta garantia não constituirá uma hipoteca mobiliária). Também Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 11 e segs., dá conta de práticas consuetudinárias (que normalmente consistem na concessão de empréstimos contra a apresentação de determinados documentos, que não títulos de crédito) que desembocam na concessão de garantias pignoratícias imperfeitas “*in quanto il pegno o non è costituito nel rispetto delle norme di legge o assume aspetti non condivisi dalla dottrina*”: entre estas operações contam-se os empréstimos atribuídos contra a apresentação do certificado de registo dos animais empenhados ou do citado um documento “*tengo in potere*” ou, finalmente, contra a dação em penhor de bens sujeitos a controlo e depósito alfandegário (através da notificação às entidades aduaneiras do acto de constituição em penhor),

<sup>1861</sup> Maiorca, ob. cit., pág. 63 e segs., alude aos bens que se encontrem ao serviço de um imóvel ou de uma exploração industrial com carácter de estabilidade, uma vez que “*si tratta di casi in cui vale lo stesso presupposto di fatto della sicurezza di un creditore che abbia iscritto una ipoteca fondiaria. Ancor qui, per un lato, è attuata la possibilità del controllo sull’oggetto del pegno e, per altro lato, è mantenuto il possesso nel debitore, salvaguardandosi la fondamentale necessità di conciliare le esigenze del credito con quelle dell’economia familiare (fondi urbani) o agricola (fondi rustici) o industriale (aree edilizie, opifici, ecc.)*”.

Depois de traçado este panorama geral dos inconvenientes do desapossamento do constituinte do penhor e das principais vias alternativas de constituição de garantias mobiliárias não possessórias, importa dissecar quais as soluções adoptadas, a este respeito nos diversos ordenamentos.

## 1.2 - Análise das soluções de direito comparado

### 1.2.1 - Itália

Por exemplo em Itália, as intervenções têm sido meramente ocasionais,<sup>1862</sup> sem um fio condutor,<sup>1863</sup> incidindo apenas sobre determinadas categorias de bens, sem afectar a manutenção da exigência de desapossamento como princípio geral,<sup>1864</sup> sendo o sistema italiano de garantias mobiliárias considerado demasiado formalista e pejado de normas proibitivas.<sup>1865</sup>

---

<sup>1862</sup> Essencialmente no que se refere ao penhor de presuntos, cuja dação em penhor se efectua através da aposição de um sinal e de uma inscrição no registo (Francesco Magni, *Il pegno omnibus e il pegno flutuante o rotativo*, in *Le garanzie rafforzate del credito* (organização de Vincenzo Cuffaro), UTE, Torino, 2000, pág. 383, salienta que se trata de compatibilizar a necessidade de obtenção de crédito por parte do industrial – oferecendo em garantia bens alvo de transformação -, sem o privar da continuação do processo produtivo sobre esses mesmos bens) e ao penhor sobre instrumentos financeiros desmaterializados e/ou integrados num sistema de gestão centralizado (acerca desta última categoria de bens e do modo de constituição de penhor sobre eles, vide infra n.º 1.2.8.5 do Capítulo II).

<sup>1863</sup> Ou, como afirma Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 159 e 160, “*Nell’ordinamento italiano è assente una disciplina organica che (...) consenta la costituzione di garanzie sui beni aziendali. Gli interventi del legislatore volti a favorire le garanzie sui beni aziendali sono stati per molto tempo frammentari e settoriali e soprattutto non hanno mirato ad una riorganizzazione complessiva della disciplina delle garanzie mobiliari*”. Neste contexto e no que especificamente respeita às garantias sobre mercadorias e matérias primas, Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, pág. 46 e segs., “*A tale ordinamento sono strane, sia l’esistenza di un’articolata pluralità di garanzie sulle merci, sia l’estensione di tale garanzie ai prodotti ottenuti con la trasformazione delle merci operata dall’imprenditore, nonchè, in ultimo, ai crediti di cui l’imprenditore stesso diviene titolare in seguito alla loro vendita*”.

<sup>1864</sup> Assim, Annalisa Liuzi, *ob. cit.*, pág. 64, nota 34, dá conta que o ordenamento italiano, ao contrário de outros (*maxime* do francês e, principalmente, do germânico) não havia conseguido aligeirar a exigência de desapossamento do devedor. No mesmo sentido, Luca Enriques, *ob. cit.*, págs. 759 e 760 (salientando que as intervenções legislativas no sentido da supressão do desapossamento eram apenas sectoriais, ora respeitando apenas a determinados bens, como os presuntos - vide a Lei n.º 401, de 24/7/1985 – ora quanto a bens integrados em sistemas de gestão centralizada, como alguns instrumentos financeiros) e Fabrizio Maimeri, *Trust cit.*, págs. 2 e 3 (reforçando que o ordenamento italiano se mantém fiel à regra da necessidade de desapossamento do devedor, existindo excepções limitadas – sobretudo relativamente aos títulos desmaterializados ou alvo de uma gestão centralizada, não nascida “*da un’esigenza di modificare il meccanismo dello spossessamento, bensí della presa d’atto (...) del progressivo venir meno della materialità dei titoli*” – que apenas confirmam a regra, conduzindo esta situação a uma “*rarefazione dell’utilizzo, nell’ambito dei rapporti di impresa, della garanzie pignoratorie e da quella particolare operazione di credito che su di essa si basea, vale a dire della anticipazione bancaria*”).

<sup>1865</sup> Qualifica o sistema italiano nestes termos Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 305 e segs., destacando, de entre os aspectos formais, os requisitos impostos como condição de validade, oponibilidade e execução das garantias e, no que concerne às normas proibitivas, os limites à autonomia privada que das mesmas decorre. Exemplo acabado deste *status quo* é o regime civilístico do penhor, “*anchilosato dal requisito dello spossessamento, grazie al quale esso viene confinato nella prassi ai beni cosiddetti di secondo grado e particolarmente alle azioni di società, ai crediti e ad altri strumenti finanziari, a tutti beni, insomma, che rappresentano la ricchezza goduta ed utilizzata in altre forme, e rispetto ai quali, per conseguenza, il requisito dello spossessamento rappresenta un’impaccio di grado minore*” (apresentando-se, desta forma, em contradição com a cada vez maior abertura à empenhabilidade de bens não identificáveis individualmente) e sujeito a forma escrita, com data certa, como condição de atribuição do direito de preferência (e da correspondente identificação do objecto empenhado e do crédito garantido, limitando a primeira o penhor de coisa futura e o efeito rotativo da garantia e condicionando, a

Para além dos valores mobiliários e do penhor financeiro (embora este último tenha resultado, como se sabe, do imperativo de transposição de directivas comunitárias),<sup>1866</sup> o diploma sectorial mais inovador (no que tange à supressão do desapossamento) é a Lei 24 de Julho de 1985, n.º 401, relativa à constituição de penhor sobre presuntos com denominação de origem controlada - posteriormente alargado aos produtos lácteos de fabricação caseira de origem e de longa cura<sup>1867</sup> - no qual se afastam dois dogmas do regime do penhor, o desapossamento (uma vez que os bens permanecem poder do empenhante durante todo o processo de fabricação) e a impossibilidade de prolongamento, sem efeitos novatórios, da garantia para o produto resultante da metamorfose a que estes se encontram submetidos no âmbito de um processo de transformação ou laboração.

---

segunda, a tutela de posteriores créditos do mesmo credor: deste modo, a utilização das extensões horizontais e verticais da garantia, praticadas no ordenamento alemão, tornam-se inviáveis). Todavia, a Autora não deixa de enumerar alguns aspectos positivos da evolução recente, como sejam o reconhecimento legal da securitização (que, embora limitado aos créditos, consagra um reconhecimento das transferências com fim de garantia e, por outro lado, põe fim a qualquer dúvida relativamente à licitude da cessão de créditos em garantia) e de algumas modalidades de *trusts*. Também Rojo Ajuria, *La unificación del derecho de las garantías mobiliarias. La experiencia del derecho comparado*, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 63, considera o sistema italiano, até por comparação com o francês e, sobretudo, o alemão, muito avesso à introdução de novas figuras não enquadráveis na tradicional dicotomia penhor/hipoteca, nomeadamente a institutos de natureza fiduciária (com fundamento, essencialmente, na violação da proibição do pacto comissório).

<sup>1866</sup> Albina Candian, *La directiva num. 2002/47 en materia de garantías financieras: el futuro de las garantías reales mobiliarias en Europa*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 236, escreve que o modelo tradicional italiano – baseado por princípios mais ou menos rígidos, como a proibição do pacto comissório e a invalidade das garantias fiduciárias – é afastado no domínio financeiro, o que fará perigar os pilares essenciais do modelo tradicional.

<sup>1867</sup> Através da Lei de 27 de Março de 2001, n.º 122, que introduziu modificações na lei que regula os sectores agrícola e florestal - Giuseppe Martino, *ob. cit.*, pág. 51 (este Autor auspicia que esta norma, embora de carácter sectorial, possa representar “*l’incipit di un nuovo atteggiamento del legislatore, che, confermando la possibilità di costituire un pegno prescindendo dallo spossessamento, riconosce una tendenza tanto diffusa (a livello europeo e statunitense) quanto necessaria*”). A mesma esperança era já evidenciada por Antonio Fontana, *ob. cit.*, pág. 98 e segs., advogando a aplicação de um regime análogo ao dos presuntos – em particular na parte em que derroga a indispensabilidade do desapossamento do devedor - para os frutos em processo de maturação, para a secagem das pescas, para o curtimento das peles e, em geral, para todos os produtos que exijam um período de permanência em locais especialmente apetrechados para o efeito (vinhos, queijos, etc.), mas não sem que o Autor alertasse para o risco de, desse modo, favorecesse a criação de “*microsistemi, col rischio che solo i produttori riuniti in potenti (...) corporazioni riescano ad ottenere dalla classe politica, ovviamente in cambio dei loro voti, una legge fatta su misura per loro*” (a alternativa passaria rever o regime do penhor constante do CCI no sentido de deixar às parte a liberdade de proceder ou não ao desapossamento do devedor e impondo-lhes o recurso a meios publicitários idóneos, mas sem imposição de nenhum em particular) e por Serafino Gatti, *Il credito cit.*, pág. 201 e segs. (embora alertando para o risco da multiplicação de fragmentação normativa e estabelecendo um limite no caso em que exista uma dificuldade de identificação da matéria prima ou do produto transformado, nomeadamente quando os bens sofram transformações tais que se tornem uma unidade incidível com outros materiais, como sucede com a fusão de metais, a confecção de vestuário ou nas linhas de montagem). Também Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 96, nota 147, enumera outros bens cujo processo de transformação requer a manutenção em locais especialmente equiparados e/ou preparados, como sejam os queijos, os vinhos, a secagem do pescado ou a curtição de peles (advogando, em conformidade, o alargamento do regime previsto para os presuntos a estes bens). Por último, o mesmo Antonio Fontana, *ob. cit.*, págs. 99 e 100, conclui que este diploma introduziu uma nova classificação de bens (mais relevante e actual do que aqueles que apartam os bens móveis e os sujeitos e não sujeitos a registo), distinguindo entre os bens de cuja disponibilidade o devedor se possa ou não privar (incluindo nestes últimos os afectos à sua actividade profissional e muito embora reconhecendo que esta classificação apresenta algum grau de subjectividade).



Nos termos deste diploma, a garantia pode surgir através da aposição, por iniciativa do credor pignoratício e em qualquer fase de laboração,<sup>1868</sup> de um especial sinal na coxa do presunto,<sup>1869</sup> juntamente com a inscrição nos registos anualmente criados<sup>1870</sup> - publicidade esta que assume natureza constitutiva<sup>1871</sup> - ocorrendo a extinção em termos semelhantes.<sup>1872</sup>

---

<sup>1868</sup> Como esclarece Antonio Fontana, ob. cit., págs. 82 e 83, a fase de laboração começa com a aposição, nos termos da legislação específica, de uma marca inicial na carne suína (embora o Autor admita até o contrato de penhor seja acordado em momento anterior à entrada da carne no estabelecimento do devedor, ficando, neste caso, a sua eficácia suspensa até à colocação daquela marca) e termina com a colocação de uma outra marca que confere a denominação controlada.

<sup>1869</sup> Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 158 e Il pegno anomalo cit., pág. 19 e Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, Commento alla legge 24 Luglio 1985, n.º 401, in Nuove Legge Civile Comentate, n.º 9 (1986), pág. 545. De acordo com estes Autores, a publicidade é assegurada através do sinal a colocar no objecto dado em garantia e que, nos termos do decreto ministerial que veio desenvolver o regime legal, deve conter uma tinta indelével e deve permitir a individualização do credor (através de uma sigla de identificação – e das várias operações a levar a cabo – através da indicação de um número progressivo).

<sup>1870</sup> Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 158 e Il pegno anomalo cit., pág. 19 e Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 545, asseguram que o credor, no momento da colocação do timbre, deve proceder à inscrição da garantia no registo conservado pelo devedor, um para cada credor. Para além disso, o credor deve assegurar-se que se trata de produtos que já apresentem a denominação de origem exigida por lei, para o que deve verificar, através dos livros obrigatoriamente detidos pelo empenhante, a consistência das partes objecto de penhor, assegurando a inscrição da garantia nesses mesmos livros (esta inscrição – que deve fazer alusão à data em que foi efectuada, ao nome do credor pignoratício e ao número progressivo da operação – assume especial relevância pois, face a terceiros, pode constituir prova da data do surgimento da garantia - ao contrário do que sucede com a simples aposição do sinal no presunto e com o registo individual de cada credor – até porque tais livros encontram-se sujeitos a controlo por parte das organizações de produtores). Em suma, como salientam Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., págs. 545 e 546, existem dois registos, um, individual, para cada credor (que constitui um mero documento particular, detido por cada um dos devedores); e outro decorrente das leis sobre presuntos a denominação controlada, assumindo este último uma relevância especial, pois dele constam as indicações relativas aos diversos credores com garantias sobre o mesmo bem, assim como à propriedade do mesmo (até porque, como salienta Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 99, nota 152, este segundo registo, ao contrário do primeiro, não é um mero documento privado e, por isso, pode servir de prova da certeza da data da constituição da garantia face a terceiros). Porém, estes dois registos – e em particular este último – não partilham integralmente das características dos registos públicos, uma vez que não são detidos e geridos por instituições públicas (mas sim pelo devedor e pela sua organização interna ainda que, no caso do segundo, sob a supervisão das organizações de produtores), nem são de acesso público (pois nenhuma norma obriga o devedor a facultar a sua consulta a qualquer interessado, até porque pode ser do interesse do devedor não tornar público o seu grau de endividamento) – destaca este aspecto Antonio Fontana, ob. cit., págs. 78 e 79.

<sup>1871</sup> Sobre este assunto, vide Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 23, nota 42. Como afirma Antonio Fontana, ob. cit., págs. 80 e 81, na ausência do cumprimento de tais formalidades a garantia não surge, nem sequer entre as partes (contudo e no que se refere ao registo, o mesmo Autor reforça que a natureza não pública do mesmo – vide nota anterior – faz com que o credor desta garantia, ao invés do que sucede com as hipotecas, não tenha um direito potestativo à inscrição do seu ónus - uma vez que, apesar de, tanto a aposição da marca, como a anotação no registo, tenham lugar “*a cura del creditore pignoratizio (...) una certa collaborazione del debitore sarà pur necessaria. Abbiamo visto, infatti, che sia i prosciutti in corso di stagionatura, sia i registi, si trovano presso il suo stabilimento. Quanto meno, egli dovrà dunque consentire al creditore l’accesso in loco, ed esibirgli i registri stessi*” - mas apenas um direito de crédito que tem por objecto uma prestação *de facere* por parte do devedor, cujo incumprimento originará a perda do benefício do prazo por parte deste). Sendo certo que, quanto à sua eficácia inter partes, esta decorrerá da aposição da marca indelével na coxa do porco e da inscrição no registo, importa determinar se, atenta a ausência de desapossamento, para a garantia produzir efeitos face a terceiros – nomeadamente a outros credores do empenhante – será necessária a observância dos requisitos formais, designadamente o documento escrito com data certa contendo a suficiente indicação do crédito e do objecto empenhado, a que a lei civil subordina a atribuição do direito de preferência (responde negativamente Serafino Gatti, Il credito cit., págs. 189 e 190, alegando que este diploma prevê uma especial forma de publicidade para tornar oponível a terceiros a existência de um ónus sobre um bem em processo de transformação, tanto

O surgimento deste regime inovador é explicado pela específica natureza do *quid* onerado,<sup>1873</sup> merecendo, pelo seu cunho renovador, algumas considerações adicionais.

Desde logo, o seu âmbito de aplicação é duplamente restringido, quer quanto ao objecto da garantia,<sup>1874</sup> quer relativamente ao devedor da obrigação assegurada (*rectius*,

---

mais que inscrição no registo preenche os requisitos exigidos pela lei geral para essa mesma oponibilidade). Por último, cabe recordar que o cumprimento das formalidades publicitárias não convalida uma eventual invalidade do título para constituição da garantia (assim, Antonio Fontana, ob. cit., pág. 83).

<sup>1872</sup> Ou seja, através da anulação do registo da garantia (a cargo do credor) e da marca colocada no bem empenhado (nos 3 dias após o pagamento do débito). Apesar de a lei não o dizer expressamente, parte da doutrina assegura que, tendo em conta a ratio do preceito (eliminação do ónus e recuperação da livre disponibilidade do bem por parte do seu proprietário), estas obrigações do credor subsistem em qualquer caso de extinção da obrigação principal e não apenas do cumprimento desta. Para além desta, duas outras dúvidas surgem: se o prazo de 3 dias para proceder à anulação da marca será válido também para a anotação no registo que, em termos lógicos, deverá preceder a anulação daquela marca (parecendo, por isso, que em tal prazo deverão ser efectuadas as duas operações); e, por outro lado, se ao credor poderão ser imputadas responsabilidades pela não atempada realização destas formalidades (admitindo-se que sim, desde que o devedor demonstre que tal omissão lhe provocou danos) - acerca destas questões, vide Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 24, nota 43. Outras causas de extinção, privativas desta garantia, são a perda das qualidades subjectivas, quer de produtor que o devedor deve possuir, quer do objecto onerado, uma vez que tais características se deverão manter até ao final do processo de transformação dos presuntos e da execução de garantia (neste sentido, Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., págs. 546 e 547, sustentando que quando “*venga meno il sigillo e le cosce di maiale già individuate non possono più trasformarsi in prosciutti a denominazione d’origine tutelata, si estingue anche il pegno su di esse costituito*”, sem prejuízo da possibilidade de, encontrando-se o bem onerado coberto por seguro, o qual não é obrigatório neste caso, as somas devidas pelo segurador deverem ser pagas ao credor garantido, nos termos do art.º 2742.º do CCI).

<sup>1873</sup> Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 19, o produto em questão, diferentemente do que sucede com outros, “*richiede la conservazione in appositi locali presso l’impresa sotto la sorveglianza continua di personale specializzato e preclude in tal modo la consegna al creditore o al terzo che realizzi quell’impossessamento che è coessenziale alla natura reale del contratto di pegno*” (todavia, mesmo para estas outras mercadorias e matérias primas, o Autor - vide pág. 25, nota 45 - dá conta de cláusulas contratuais prevendo a extensão do penhor, sem efeitos novatórios, ao produto da transformação daqueles produtos e, no caso de os bens onerados serem não determinados, o seu depósito juntamente com outras do mesmo género, incidindo o penhor sobre o direito à restituição de mercadorias do mesmo género e quantidade das inicialmente empenhadas). Não fora o surgimento deste regime especial e a dação em penhor deste tipo de bens teria que fundar-se na criação de uma situação de composses (nomeadamente através da manutenção dos bens nas instalações do devedor, mas com a nomeação, por parte do credor, de uma pessoa da sua confiança para assegurar a integridade do objecto da garantia) ou do depósito em armazéns gerais (embora este mecanismo seja especialmente apropriado para mercadorias importadas, mas não para as sujeitas a transformação, pois estas carecem frequentemente de ser sujeitas a determinadas operações que apenas poderão ser levadas a cabo nas instalações do empenhante). De acordo com Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 543 e segs., as características deste bem (em especial o longo período de cura em locais climatizados sob vigilância de pessoal especializado), tornam impossível a entrega a terceiro e, por arrastamento, o desapossamento (em termos aproximados, Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 411, Giuseppe Martino, ob. cit., págs. 46 e 47 e Mario Vellani, *Un caso particolare di costituzione di pegno*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XL (1986), pág. 366 e segs. e Antonio Fontana, ob. cit., pág. 70 e Serafino Gatti, *Il credito* cit., pág. 184).

<sup>1874</sup> Segundo Antonio Fontana, ob. cit., pág. 70, nem todos presuntos se enquadram nesta categoria, mas somente o de Parma, de S. Daniele del Friuli e o Berico-euganeo. Os diplomas que regulam, entre outros aspectos, a atribuição desta denominação delimitam a zona de produção, as características do produto, as várias fases do ciclo produtivo, os elementos que podem ser usados na produção e a duração mínima da cura (para além de estabelecer que a vigilância do cumprimento destas regras será da competência de um consórcio de produtores).

constituente da garantia),<sup>1875</sup> mas não no que concerne ao credor ou aos fins perseguidos com o contrato de financiamento.<sup>1876</sup>

Mas o aspecto que merece um olhar mais detalhado, em razão do seu carácter inovador, centra-se na ausência de desapossamento do empenhante, sendo este substituído por um mecanismo que combina uma inscrição no registo com a aposição de uma marca física no bem onerado: ora, tendo precisamente em conta estas especificidades, discute-se a natureza jurídica da garantia, oscilando entre quem a considere como um verdadeiro penhor<sup>1877</sup> ou, ao invés, uma nova garantia mobiliária sobre coisas futuras.<sup>1878</sup>

---

<sup>1875</sup> Antonio Fontana, ob. cit., pág. 75, apesar de reconhecer que a lei teve em vista a hipótese típica de a figura do constituente da garantia coincidir com a do devedor, admite que um sujeito reentrante na definição legal de empenhante possa constituir uma garantia a favor de outrem, ou seja, para assegurar financiamentos atribuídos a terceiros, produtores ou não (baseando-se no facto de a lei, apesar de não se referir a esta possibilidade, não a excluir expressamente, sendo por isso aplicável o regime geral do penhor, por força da remissão contida no art.º 7.º), posição esta subscrita por Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 18, nota 31). Já Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 47, entende que caso um produtor tenha entregue o bem a terceiro para que este o conserve e efectue a respectiva transformação não pode socorrer-se desta garantia específica, uma vez que a constituição do penhor poderá ocorrer através de entrega a um terceiro, precisamente o sujeito que já detém o bem.

<sup>1876</sup> Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 17 e segs., assinala que, nos termos do art.º 1.º do diploma, o devedor terá que um operador qualificado (entendido este como aquele que desenvolva todas as actividades de laboração do produto, desde a fase da salga até à cura), sendo esta restrição justificada pela intenção do legislador, expressa na proposta de lei, de “*concedere, ad una particolare categoria, la possibilità di utilizzare strumenti di accesso al credito che altri privati operatori possono da molto tempo agevolmente praticare, in quanto il prodotto non è in loro possesso ma dei terzi in conto di lavorazione*”. Todavia, como bem nota Antonio Fontana, ob. cit., pág. 75, nenhuma restrição existe quanto à natureza da empresa (comercial ou agrícola), à sua dimensão (pequenas, médias ou grandes explorações), nem tão pouco se exige que o débito a garantir tenha relação directa com a actividade empresarial (invocando mesmo o Autor que pode ser constituído em garantia de obrigações conjugais). Tendo em conta este quadro, o Autor conclui que a especificidade respeita à garantia, mas não ao crédito em si (no mesmo sentido, Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 546). Esta limitação, ao restringir o acesso a esta garantia aos detentores das qualidades definidas na lei, fazendo apelo a um determinado status, pode funcionar como “*strumento di discriminazione, ponendosi in conflitto, quanto meno potenziale, col principio d’uguaglianza*” (neste sentido, Antonio Fontana, ob. cit., pág. 74). Relativamente ao credor, poderá ser qualquer um, mesmo outro produtor, não obstante a lei ter pensado essencialmente nos financiamentos bancários (assim, Antonio Fontana, ob. cit., pág. 76 e Serafino Gatti, Il credito cit., pág. 188).

<sup>1877</sup> Esta posição, defendida nomeadamente por Antonio Fontana (ob. cit., pág. 94 e segs.), tem a seu favor o art.º 7.º da Lei (que manda aplicar, enquanto compatíveis, à garantia por ela criada todas as normas do Código Civil relativas ao penhor, omitindo qualquer referência à hipoteca), embora o Autor admita não só que alguns preceitos do regime geral da hipoteca sejam aplicáveis (enquanto este instituto contém regras gerais aplicáveis às garantias reais em geral), como que algumas normas do penhor civilístico não encontrem aplicação (designadamente as que pressuponham o desapossamento do empenhante). No mesmo sentido e socorrendo-se dos mesmos argumentos, Francesco Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 102 e 103 e Serafino Gatti, Il credito cit., págs. 186 e 187. Alude a esta controvérsia, sem tomar posição, Piscitello, Le garanzie bancarie flottanti, Giappichelli Editore, Torino, 1999, pág. 6, nota 11.

<sup>1878</sup> De acordo com este entendimento, esta garantia comunga de elementos do penhor e da hipoteca mobiliária, sendo por isso forçoso recorrer igualmente às normas que regem esta última, notando, ainda, que a principal diferença face ao regime geral do penhor reside, não tanto na simples ausência de desapossamento, mas sobretudo na possibilidade de criação de vários ónus sobre o mesmo bem (contra, Antonio Fontana, ob. cit., pág. 77, constatando que tal possibilidade decorre já do regime geral do penhor, embora com as limitações decorrentes da obrigatoriedade do desapossamento do empenhante); enquanto as diferenças relativamente ao regime da hipoteca – no qual a garantia incide sobre bens já identificados anteriormente à inscrição no registo e ao surgimento do direito de preferência - prendem-se com o facto de nesta garantia sobre os presuntos se tratar de bens “*la cui individuazione e registrazione è soltanto occasionata dalla crazione della garanzia*” e de, por outro lado, a publicidade não se cingir ao registo,

A integração desta garantia no âmbito do penhor, não obstante o afastamento de algumas das regras desse instituto por parte deste diploma específico, coloca em causa a unidade conceptual do figura, podendo considerar-se que a entrada em vigor daquele decreto consagrou uma outra figura de penhor, estruturalmente diversa,<sup>1879</sup> sem que tais especificidades sejam de molde, de acordo com a mesma perspectiva, a aproximar a garantia em exegese de outras que prescindam do desapossamento do devedor, designadamente da hipoteca.<sup>1880</sup>

Naturalmente que, mesmo adoptando a qualificação desta particular garantia como penhor, tal não significa a aplicação integral do regime civilístico deste, sobretudo porque, em consequência da ausência do desapossamento, alguns dos aspectos dessa

---

exigindo ainda a aposição de uma marca física no bem onerado. Esta posição é defendida por Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 543, afirmando tratar-se de uma garantia “*a metà strada tra il pegno e l’ipoteca mobiliare*” ou “*una garanzia mobiliare specifica su beni futuri che mutua elementi del pegno tradizionale e dell’ipoteca mobiliare*”, concluindo ser necessário recorrer às disposições de ambos os institutos (mais exactamente, às regras do penhor relativamente à realização coactiva da garantia e de distribuição do produto da alienação executiva; e às da hipoteca em matéria de graduação de créditos, de sequela, de oponibilidade a terceiros e de modificação do objecto da garantia). Acerca deste corrente, vide também Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 20, especialmente nota 35, dando também conta que a mesma é alvo de críticas por ir contra as finalidades pretendidas pela lei e contra o próprio teor literal desta – cfr. o já aludido art.º 7.º.

<sup>1879</sup> Dá conta deste dilema Antonio Fontana, ob. cit., pág. 96. De acordo com este Autor, a ausência de desapossamento exclui qualquer possibilidade de qualificação do contrato constitutivo deste penhor como contrato real, pelo que duas soluções se vislumbram: ou, mantendo as normas do Código Civil como regime geral, se considera existirem agora duas figuras de penhor estruturalmente diversas (nomeadamente quanto ao desapossamento do devedor e aos mecanismos publicitários); ou, pelo contrário, se pretende salvar a unidade do instituto, para o que será necessário reconhecer, contra o entendimento dominante, que o contrato de penhor não é um contrato real quanto à constituição, admitindo que a aquilo que, no regime geral do penhor, surge apenas com a entrega do bem ao credor é o direito real de penhor, mas que antes dessa entrega existe já um título para constituição desse direito real e que, no penhor sobre presuntos, o direito real surge com o cumprimento das formalidades legalmente previstas para essa garantia (o Autor citado inclina-se para esta segunda alternativa, considerando existirem, pelo menos, 4 traços que caracterizam ambas as figuras: o direito real resulta de uma *fattispecie* de formação progressiva, pressupõe um título, normalmente contratual - que se perfecciona uma vez prestado o consenso das partes - que, no entanto, não é suficiente para o nascimento do direito real de penhor, pois a ele deverá acrescer, consoante os casos, o desapossamento do devedor ou o cumprimento de determinadas formalidades publicitárias). Acerca da nossa posição quanto à natureza jurídica desta garantia, vide infra n.º 1 do Capítulo III.

<sup>1880</sup> Particularmente impressiva, a este respeito, é a exposição de Antonio Fontana, ob. cit., pág. 85 e segs., invocando o facto de a protecção do credor a quem não for entregue o objecto da garantia ser assegurada, no caso da hipoteca, através da atribuição ao credor, caso o devedor não proceda às reparações de que tal bem careça, a faculdade de requer judicialmente a adopção das medidas necessárias para evitar um prejuízo do bem onerado (cfr. art.º 2813.º do CCI). Ora, no caso da garantia sobre os presuntos, não existe qualquer remissão para aquele preceito, sendo a defesa da posição do credor face a possíveis abusos do devedor tutelada através da imposição - cfr. art.º 2.º da Lei - a este das obrigações e responsabilidade próprias do depositário (embora tal equiparação seja passível de críticas, não apenas porque a referência à figura do depositário é equívoca, como porque o produtor-devedor é, além de possuidor, também proprietário e um depósito de coisa própria é inconcebível - ao invés do que sucede com o credor pignoratício comum e do depositário, que são apenas possuidores e não proprietários - e, finalmente, porque o objectivo principal do depósito é conservar o bem depositado, mantendo-o no estado em que se encontrava: ora, ao devedor-produtor “*si richiede molto di più. Senza dubbio, egli dovrà anche vigilare sulle carni suine che si trovano nel suo stabilimento, in modo da scongiurare ogni pericolo di furto o distruzione. Ma, soprattutto, dovrà adoperarsi affinché (...) la trasformazione di una materia prima in prodotto finito*”, actividade esta que comporta um risco bem superior à mera conservação, até porque a mera conservação das coxas suínas se torna impossível, precisamente em virtude de as mesmas serem objecto de transformação).

regulamentação terão que sofrer alguns desvios,<sup>1881</sup> *maxime* em matéria de execução da garantia<sup>1882</sup> ou de sanções para alguns comportamentos abusivos por parte do devedor-produtor.<sup>1883</sup>

Dúvidas colocam-se, igualmente, a respeito do carácter presente ou futuro do bem sobre o qual a garantia recai (embora sejamos de parecer que, relativamente a esta segunda interrogação, a primeira alternativa deva prevalecer)<sup>1884</sup> e, finalmente, da natureza alegadamente rotativa desta garantia.<sup>1885</sup>

---

<sup>1881</sup> Conforme alerta Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 50, a circunstância de o bem permanecer em poder do devedor comporta, a este nível, duas consequências: em primeiro lugar, que o dever de custódia, normalmente a cargo do credor (cfr. art.º 2790.º do CCI), impenda sobre o constituinte (cfr. art.º 2.º da Lei de n.º 401); depois, que a faculdade de requerer a apreensão do bem, habitualmente atribuída ao empenhante e exercitável em caso de abuso da coisa por parte do credor – cfr. art.º 2793.º do CCI – seja, nos termos do art.º 5.º da Lei n.º 401, conferida ao credor e possa ser exercida sempre que o devedor não respeite as regras de transformação do produto ou em quando se verifique qualquer outro motivo grave (Antonio Fontana, ob. cit., pág. 91, assevera que ao credor basta prova o não cumprimento, por parte do devedor, das regras de laboração, sem ter de demonstrar que tal comportamento possa vir a prejudicar o êxito da transformação). Todavia, esta apreensão, para além de não ser exactamente idêntica à prevista no regime geral do penhor (pois, embora tendo em comum o carácter sancionatório – e a consequente entrega do bem a terceiro – neste caso o bem pertence ao seu possuidor), levanta a dúvida de saber a quem entregar o objecto da garantia até à conclusão do processo produtivo (Antonio Fontana, ob. cit., págs. 92 e 93, entende que os bens apenas poderão ser entregue ao credor quando este disponha dos meios necessários à continuação do processo produtivo; caso contrário, cabe ao próprio credor – e não às partes em conjunto, como sucede no regime geral do penhor – designar um terceiro da sua confiança e que possa desempenhar aquela tarefa). Importa, por outro lado, realçar que, mesmo depois de decretado o “sequestro” o produtor-devedor conserva a propriedade e o poder de dispor dos bens empenhados, sendo-lhe apenas vedado entregar esse bem ao adquirente sem o consentimento do credor (nesta conformidade, Antonio Fontana, ob. cit., pág. 93, acrescentando que a entrega sem este consentimento constitui, por si só, fundamento para que o credor possa requerer o “sequestro” do bem). Acessoriamente, o credor tem ainda o direito de inspecionar os presuntos para controlar a respectiva qualidade e o cumprimento das regras de transformação – art.º 2.º, n.º 2 – norma esta que Antonio Fontana, ob. cit., pág. 90, interpreta em sentido amplo, como consentindo, além de um controlo puramente técnico, que o credor possa recolher diversos elementos relativos às condições económicas da empresa, mesmo tendo em vista a concessão de futuros financiamentos, tanto mais que o preceito em questão não coloca limites quanto ao direito de acesso do credor ao estabelecimento do devedor. A atribuição destes direitos ao credor é justificada por Antonio Fontana, ob. cit., pág. 88 e segs., com a circunstância de, na sequência da constituição do penhor, o interesse na conclusão do ciclo produtivo deixa de ser privativo do produtor, para passar a sê-lo igualmente do credor, devendo, por isso, este dispor dos meios adequados para reagir em caso de inobservância das regras relativas ao processo de transformação, antes de concluído tal processo).

<sup>1882</sup> Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 551, depois de assegurarem que a prioridade entre os diversos titulares desta garantia é definida de acordo com a data do registo de cada uma delas (no que consideram ser mais um exemplo da aplicação das regras da hipoteca), sustentam ser impossível recorrer à auto-tutela *ex* art.º 2797.º do CCI quando exista mais de um credor com garantia sobre o mesmo bem, avançando com duas alternativas: “*o i creditori si accordano per consentire ad uno solo di essi di esercitare la autotutela e distribuire il ricavato, oppure sarà necessario seguire le forme ordinarie del processo espropriativo per giungere alla distribuzione giudiziale*”. Por outro lado, o art.º 3.º, n.º 2, da Lei afirma expressamente a possibilidade de o credor solicitar judicialmente a atribuição em pagamento do objecto da garantia (nos mesmos termos previstos para o penhor comum).

<sup>1883</sup> Nos termos do art.º 9.º da Lei, igualmente justificável à luz da ausência de desapossamento do devedor, são impostas sanções penais ao empenhador que altere, contrafaça, use ou anule ilicitamente a marca aposta no objecto da garantia (embora Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 554, advirtam que, deste modo, não se criminalizam todos os possíveis comportamentos do devedor tendentes a diminuir o valor do objecto da garantia).

<sup>1884</sup> Com efeito e como salienta Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., págs. 20 e 21, nota 320 e 21, nota 37, a coxa suína, a partir do momento em que o produtor lhe coloque o sinal indicando a sua oneração, é uma coisa presente, uma vez que o bem “*si rileva il medesimo, pur subendo nel corso della lavorazione dei particolari trattamenti, non ne muta le sue intrinseche ed identificanti cratteristiche morfologiche*” (o que é confirmado pela circunstância de a lei se referir à constituição de penhor sobre uma “coxa suína em qualquer fase de laboração”, o que, associado ao uso frequente da expressão “presunto”, confirma tratar-

A opção por uma ou outras destas configurações alternativas da garantia assume relevância notória no que concerne ao momento a partir do qual o penhor se tem por constituído,<sup>1886</sup> ao momento em que a garantia produz efeitos face a terceiros credores<sup>1887</sup> ou adquirentes<sup>1888</sup>, aos meios de defesa utilizáveis pelo credor em caso de

---

se de um bem já existente). Acresce que, se assim não fosse, seria frustrado o intuito do legislador em facilitar o acesso ao crédito, porquanto “*la garanzia reale non potrebbe essere immediatamente operante, dovendosi attendere, per il prodursi del suo caratteristico effetto, il venire ad esistenza del bene futuro, con l’ulteriore aggravio per il finanziatore di trovarsi di fronte ad un’operazione di credito allo scoperto, dato che i tempi previsti per la stagionatura del prodotto sono relativamente lunghi*” (vide, ainda, o mesmo Autor in *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 103 e segs.). Antonio Fontana, ob. cit., págs. 84 e 85, assegura que “*esiste già una parte separata e ben individuata di materia: precisamente la coscia suina, che è pur stata oggetto del contratto*”, residindo a especificidade apenas na circunstância de, entre a coxa suína e o presunto final, mediar um processo de laboração e a certificação final da denominação do produto por parte do órgão competente: se assim é e apesar de coxa suína e presunto final serem dois produtos diversos, apenas se poderá dizer que o surgimento deste último se encontra sujeito à condição suspensiva da aposição do último sinal atestante da denominação controlada, desde que fique claro “*che la tutela del creditore pignoratizio durante il periodo di pendenza, non si riduce a quella accordata dal diritto al titolare di un’aspettativa*”. Em termos concordantes, Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 48, Francesco Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 103 a 105 (salientado esta última que invocação da norma – art.º 2823.º do CCI – que, relativamente à hipoteca, apenas consente a inscrição da garantia quando o bem exista, não parece colher, porquanto a ratio de tal preceito reside na impossibilidade de descrever um bem futuro ainda inexistente, do mesmo modo que não colhe a chamada à colação da norma que sujeita a constituição do penhor comum ao desapossamento do devedor, pois também este não se pode produzir sem a existência do bem a empenhar: ora, “*le formalità richieste per la costituzione del pegno sui prosciutti (...) prescindono dalla presenza del prodotto finito; di più, sono pensate proprio al fine di consentire il suo venire ad esistenza*”, tal como sucede com o penhor de créditos e outros direitos, relativamente ao qual, na medida em que o desapossamento se afigura igualmente desnecessário, “*il pegno di beni futuri si può subito validamente costituire e prende data dalla sua costituzione*”) e Serafino Gatti, *Il credito* cit., págs. 190 e 191 (considerando não ser plausível que o legislador tivesse querido favorecer o acesso ao crédito criando uma garantia pouco encorajante para os credores, “*in quanto sottoposta alla condizione sospensiva della conclusione positiva del ciclo produttivo*”, contrapondo que “*l’oggetto della garanzia è costituito da un bene giuridicamente esistente, ma materialmente sottoposto ad una trasformazione che è in grado di mutarne l’utilizzazione economica*”). Contra, Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 544 e segs., considerando que o objecto da garantia são os presuntos com denominação de origem controlada, mas vem constituída, antes do surgimento daqueles, sobre um bem diverso, as coxas suínas.

<sup>1885</sup> Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 411 e segs., considera este um dos exemplos de consagração legal das garantias rotativas pois, em seu entender, “*Il vincolo segue il bene nel suo processo di trasformazione fino a trasferirsi automaticamente sul prodotto finale prosciutto a denominazione di origine tutelata. La garanzia permane indipendentemente dal mutare dell’oggetto materiale sul quale insiste*”, posição subscrita por Melissa Magnano, ob. cit., pág. 579, nota 20.

<sup>1886</sup> Como salienta Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 47, os partidários da tese da garantia sobre bens futuros acabam por admitir a criação de um crédito não garantido até ao momento do final da cura do produto (invocando, em favor da tese contrária, a circunstância de a lei aludir à aposição da marca no bem em qualquer fase de produção, não se compreendendo, por isso, a razão da exclusão da fase inicial da laboração das coxas suínas).

<sup>1887</sup> Para quem advogue a natureza futura deste tipo de garantia, a aposição da marca e o registo são efectuados (em derrogação do regime civilístico, nos termos do qual a inscrição registal apenas pode ocorrer a partir do momento em que a coisa onerada exista – cfr. art.º 2823.º do CCI, a propósito da hipoteca) sobre um bem diverso, qual seja, a coxa fresca no momento da salga, com a consequência de enquanto tal bem não se transformar em presuntos com denominação de origem controlada (produto final) “*il bene oggetto della garanzia non viene ad esistenza e quindi lo stesso diritto di pegno non si sarebbe costituito, così che occorre stabilire su chi grava il rischio della mancata trasformazione delle cosce di maiale in prosciutti*” – posição esta citada por Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 21, nota 39. Pelo contrário, para quem, como nós, defenda que a garantia incide sobre um bem já presente no momento da constituição, embora sujeito a transformação, os seus efeitos produzem-se imediatamente após o cumprimento das formalidades legalmente exigidas, assim evitando a existência de um hiato -

agressão por parte de outros credores<sup>1889</sup> e aos efeitos de uma eventual venda antecipada do objecto empenhado.<sup>1890</sup>

entre a constituição e o final da fase de transformação do bem empenhado – em que a garantia se encontraria privada de qualquer efeito.

<sup>1888</sup> De acordo com Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., págs. 21 e 22, nota 40 e nos termos do art.º 3.º da lei, em caso de venda, os presuntos sujeitos a penhor não poderão ser entregues ao adquirentes sem prévia satisfação dos direitos do credor pignoratício ou sem o consentimento deste, o qual deve constar do mesmo registo da garantia. Ora, existindo tal consentimento, a garantia não se extingue, continuando antes a onerar o mesmo bem, agora propriedade de um novo sujeito - até porque a extinção deve sempre ser inscrita no registo - podendo o credor exigir do terceiro comprador os danos decorrentes do perecimento ou deterioração do bem onerado, sempre que haja culpa grave da sua parte, aplicando-se analogicamente o disposto no art.º 2864.º do CCI (acrescentando Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 411 e Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., págs. 548 e 549, que o terceiro adquirente assume, relativamente ao credor pignoratício, a posição de depositário anteriormente desempenhada pelo alienante, conservando o credor o seu poder de inspecção). Se, porém, a coisa houver sido entregue ao terceiro comprador sem o consentimento do credor pignoratício (ou sem a sua satisfação prévia), a garantia será sempre oponível ao terceiro, não podendo este sequer invocar a sua posse de boa fé (traduzida no desconhecimento da existência da garantia), pois, em resultado do sinal aposto no bem empenhado e da inscrição da garantia no registo, será manifesta a ausência de boa fé da sua parte (em termos concordantes Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 411 - concluindo que, deste modo, é excluída a aplicação da regra posse vale título – e Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 548). Antonio Fontana, ob. cit., pág. 76 e Serafino Gatti, *Il credito* cit., pág. 189, vão ainda mais longe e excluem a boa fé do adquirente mesmo que apenas tenha sido colocada a marca no objecto onerado e ainda não tenha sido efectuada a inscrição no registo (embora defenda o contrário quando haja inscrição sem oposição de marca física, atento o carácter não público deste específico registo). Pelo contrário Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 100 e segs., considera que, quando apenas tenha sido aposta a marca física, existirá apenas um “direito à garantia” e não um direito de garantia, uma vez que “*La presenza del contrassegno sul bene, infatti, indica l’esistenza di un titolo in base al quale il creditore ha diritto di costituire il pegno (...) un diritto di credito, avente ad oggetto una prestazione di fare*” tendo por objecto a anotação nos registos competentes (não se tratando de um direito potestativo uma vez que, ao contrário do que sucede com os registos públicos, a inscrição nestes registos específicos exige a colaboração do devedor).

<sup>1889</sup> Para quem defenda que o penhor incide sobre coisa futura, caso exista uma penhora sobre as coxas frescas de porco o titular do penhor não poderá fazer valer a sua garantia sempre que aquele acto tenha sido praticado antes de concluído o processo de laboração das coxas, pois, segundo esta tese, o objecto do penhor será apenas o bem futuro, diverso, que resultará da transformação daquelas (cfr. Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 550, escrevendo que “*nel processo espropriativo intrapreso da altro creditore prima della conclusione del ciclo produttivo (...) la speciale causa di prelazione prevista nella l. n. 401 non potrà essere fatta valere non essendo ancora venuto ad esistenza l’oggetto della medesima*”) e, por outro lado, a venda antecipada do bem empenhado também só poderia ser requerida após o *terminus* do processo de laboração dos pedaços de carne de porco. Pelo contrário, para os partidários da teoria contrária, as resposta serão diametralmente opostas (podendo o credor pignoratício fazer valer a sua causa de preferência no processo executivo), as quais encontram apoio no art.º 6.º, n.º 3, da lei (ao estabelecer que o credor pode proceder ao processo especial de venda dos bens empenhados quando, no seguimento de um arresto anteriormente decretado em consequência da inobservância pelo devedor das normas sobre a laboração do produto ou por qualquer outro motivo grave, a coisa tenha sido entregue ao credor ou a terceiro), pois tal norma consagra uma hipótese em que o produto, apesar de ainda não ter a consistência final, pode ser objecto de realização coactiva por parte do credor pignoratício (admitindo a interpretação de acordo com a qual, *a fortiori*, a venda antecipada possa ocorrer no caso de deterioração do bem). Sobre este assunto, vide Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 21 e segs. e Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 411 e segs..

<sup>1890</sup> Esta venda - que, nos termos do art.º 6.º da Lei, pode ser requerida pelo credor ou pelo empenhante e, caso as partes assim acordem, sem necessidade de autorização judicial – não pode, para quem entenda ser esta uma garantia sobre um bem futuro, recair sobre o produto antes de terminado o ciclo da sua transformação (neste sentido, Giorgio Costantino e Antonio Jannarelli, ob. cit., pág. 553, argumentando que, antes desse momento, não pode ser exercido qualquer poder de auto-tutela, pois “*se il bene oggetto della garanzia non è ancora venuto ad esistenza e, quindi, la causa di prelazione (...) non può dirsi ancora operante, tutto ciò non può pregiudicare le ragioni degli altri creditori. Nei confronti di questi ultimi, il credito, a favore del quale è stato costituito il pegno sulle cosce di maiale va considerato*

Excluindo estes regimes específicos, a única tentativa de criação de um modelo geral de garantias mobiliárias sem desapossamento - o art.º 46.º do Texto Único em matéria bancária e creditícia, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 385, de 1/9/1993,<sup>1891</sup> que estabelece a possibilidade de a concessão de financiamento bancário de médio e longo prazo às empresas poder ser garantida por privilégio especial sobre os bens móveis do devedor<sup>1892</sup> destinados à actividade empresarial<sup>1893</sup> – tem sido alvo de diversas críticas, seja quanto à sua qualificação jurídica,<sup>1894</sup> seja relativamente à sua

---

*chirografario fino a quando non vengano ad esistenza i beni oggetto della garanzia con la conclusione del ciclo produttivo*”); pelo contrário, quem configure a garantia em questão como incidindo sobre um bem presente, embora sujeito a transformação, a venda antecipada poderá ser solicitada em qualquer momento posterior à constituição da garantia, mesmo antes de terminado o ciclo produtivo. Os partidários do primeiro entendimento, como forma de evitar a colocação do credor numa situação de não poder reagir contra eventuais actos de diminuição da garantia antes de concluído o processo de laboração, admitem que o mesmo possa lançar mão de providências conservatórias (como por exemplo, o arresto nos termos do art.º 5.º da Lei, embora salientando que se trata de uma “*tutela cautelare di un diritto di garanzia su di un bene futuro*”, uma vez que “*il diritto del quale il creditore chiede la tutela è pur sempre quello di garanzia relativo al bene non ancora venuto ad esistenza*”).

<sup>1891</sup> Já o chamado privilégio industrial instituído pelo dlg n.º 367, de 1/11/1944 (relativo à concessão de empréstimos estatais às empresas no pós segunda guerra mundial), consagrava a possibilidade de a garantia por ele criada incidir sobre bens móveis e imóveis da empresa, presentes e futuros, incluindo créditos e também ele suscitava dúvidas de qualificação jurídica (sobre este assunto, vide Gian Bruno Bruni, La garanzia “fluttuante” nell’esperienza giuridica inglese e italiana, in BBTC, n.º 49 (1986), I, pág. 708 e segs., assegurando que a doutrina dominante o qualifica como um privilégio especial – e não geral porque não recaía sobre todos os bens do devedor, mas apenas sobre aqueles afectos ao funcionamento da empresa – embora a jurisprudência se mostrasse hostil à extensão automática da garantia aos bens que entretanto entrem no património do devedor). Para além disso, o art.º 40.º da Lei de 25/7/1954, n.º 949, criou um privilégio a favor dos concedentes de crédito às empresas artesanais para aquisições de instalações e modernização ou aquisição de máquinas (menciona esta norma Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 108, nota 172).

<sup>1892</sup> Segundo Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 116, nota 189, o concedente da garantia pode não ser o devedor, mas, uma vez que a garantia não pode constituir-se senão sobre bens destinados à actividade da empresa, apenas será admissível concessão por terceiro quando o devedor tenha a disponibilidade material do bem (por exemplo, quando o terceiro o tenha cedido, a título de leasing, ao devedor).

<sup>1893</sup> Mais em pormenor, sobre instalações e obras existentes e futuras, concessões, bens instrumentais, matérias primas, produtos em fase de transformação, provisões, produtos finais, frutos, gado, mercadorias, bens adquiridos com o financiamento concedido e créditos – mesmo que futuros – derivados da venda dos bens até agora indicados, desde que não inscritos nos registos públicos. A garantia, sob pena de nulidade, deve constar de acto escrito, no qual devem ser identificados os bens e os créditos onerados, a banca credora, o devedor, o montante e as condições de financiamento, bem como a soma pela qual o penhor responde. Para além disso, a garantia deve ser inscrita no registo existente no tribunal do local onde se encontre o bem a onerar e ainda, seguidamente, no registo dos anúncios legais). Quanto à graduação destes créditos, eles serão colocados no grau indicado no último n.º do art.º 2777.º do CCI (assegurando Piscitello, Le garanzie cit., pág. 156, que prevalece sobre as garantias convencionais – *maxime* penhores - constituídas posteriormente). Sobre este assunto, vide Giuseppe Martino, ob. cit., págs. 53 e segs., Clementina Scaroni, ob. e loc. cit. e Gabrielli, Sulle garanzie rotative cit., pág. 97 e segs..

<sup>1894</sup> O problema reside na qualificação legal como um privilégio – garantia por natureza de origem legal – enquanto a garantia em questão é atribuída voluntariamente pelo devedor necessitado de financiamento. Uma possível forma de contornar esta (ao menos aparente) contradição, passa por distinguir a fonte e o pressuposto desta garantia, considerando que a fonte continua a ser a lei (que concede às partes a faculdade de atribuição desta garantia), enquanto a convenção das partes é uma simples condição para a constituição da mesma (até porque o conteúdo do privilégio é sempre predeterminado por lei), entendimento este corroborado pelo facto de o art.º 2745.º do CCI admitir que a constituição de alguns privilégios pode estar sujeita a convenção das partes (aceita esta interpretação Giuseppe Martino, ob. cit., págs. 52 e 53). Em termos análogos, Gabrielli, Sulle garanzie rotative cit., pág. 89 e segs., distinguindo entre a fonte e o pressuposto dos privilégios creditórios, concluindo que a fonte e o conteúdo e do privilégio são sempre pré-determinados por lei, pelo que “*alla convenzione delle parti (al pari di quello a determinate forme di pubblicità) rappresenta la condizione per costituire o esercitare i privilegi, ma non*



falta de aptidão para resolver as necessidades do comércio jurídico,<sup>1895</sup> seja no que toca às suas contradições internas,<sup>1896</sup> seja, finalmente, quanto às suas omissões<sup>1897</sup> e à

---

*vale assolutamente quale fattispecie creativa della prelazione, che, nel diritto dei privilegi, rimane sempre e comunque di esclusiva fonte legale*” (convergentemente, Gaetano, I privilegi, Unione topografico-editrice torinese, Torino, 1939, pág. 52, afirmando que, neste caso, o acordo das partes funciona “*non come causa determinante il privilegio, ma come condizione della sua nascita*”): se assim é, não serão considerados válidos os negócios constitutivos de privilégios, modificativos do conteúdo de créditos privilegiados ou da ordem de graduação dos privilégios entre si, uma vez que “*l'autonomia privata non ha campo di esplicarsi in questa materia: i privilegi sono tipici e non ne sono ammessi altri all'infuori di quelli esplicitamente considerati dalla legge*”. Todavia, ainda que, por força desta interpretação, se consiga alcançar a unidade conceptual da figura dos privilégios creditórios, esta mesma unidade enfrenta outro obstáculo quando este tipo de garantia se encontre sujeito a uma convenção das partes e, sobretudo, a uma medida publicitária: nesta segunda hipótese, a prioridade entre os diversos créditos privilegiados deixa de ser aferida em função da qualidade dos mesmos para passar a sê-lo em razão do cumprimento do mecanismo publicitário. Também Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 69 e segs., nega que a autonomia privada possa criar outros privilégios além dos consagrados na lei, embora admita que, relativamente à norma em análise, o credor possa renunciar à garantia (mas não sem recusar que as partes se possam contender com a estrutura da mesma garantia – *maxime* prevendo a cessão do vínculo desacompanhado do crédito assegurado – pois tal afastaria a ligação incindível entre crédito e garantia que é apanágio dos privilégios creditórios). Não surpreende, por isso, que alguns Autores qualifiquem tal garantia, não como um privilégio, mas como uma hipoteca mobiliária (cfr., por todos, Francesca Dell'Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 111, constatando que “*la purezza legale del privilegio appare inquinata dalla commistione di quella componente pattizia di cui, in un modo o nell'altro, non può negarsi il ruolo decisivo nel momento della costituzione*”, até porque quando “*una cosa cosa mobile individualizzata, pur rimanendo in possesso del debitore, resta vincolata in forma publica con efficacia verso i terzi, contro i quali si può esercitare il ius distrahendí, è uno scrupolo da puritani, per non dire un pregiudizio, seguitare a parlare di privilegio o di pegno, invece di usare il nome adatto che a tale figura si conviene, cioè quello di ipoteca*”). No caso do chamado “privilégio convencional”, a pureza do carácter legal instituído parece inquinada pela necessidade de um pacto ao qual não se pode negar um papel decisivo na constituição da garantia (a este respeito vide, Gabrielli, *ult. ob. e loc. cit.*, relatando a existência de posições que, nestes casos, duvidam do enquadramento destas figuras no âmbito dos privilégios creditórios, uma vez que esta garantia tem como fonte imediata a lei, dispensando qualquer acordo ou formalidade constitutiva).

<sup>1895</sup> Para além deste problema estritamente jurídico, Fabrizio Maimieri, *ob. cit.*, pág. 3, assinala que este preceito também não resolve o problema do anacronismo do sistema italiano de garantias mobiliárias, uma vez que “*è ancora una fattispecie limata e soggettivamente circoscritta*”, crítica esta parcialmente retomada por Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 161 e 162 (apesar de reconhecer que este diploma permite a constituição de garantias sem desapossamento, em virtude da simples destinação do crédito ao financiamento da empresa, mas apenas para os financiamentos a médio e longo prazo, não podendo, pelo contrário, “*essere impiegata per i finanziamenti a breve termine*”, para além de “*il grado attribuito alla stessa non sempre consente un'efficace protezione della banca finanziatrice nell'ipotesi di crisi dell'impresa*” e, finalmente, impede a extensão da garantia a outros créditos do financiador até um determinado montante – cláusulas omnibus - , porquanto se requer “*l'esatta indicazione dell'ammontare e delle condizioni del finanziamento*”).

<sup>1896</sup> Uma vez que o requisito da exacta determinação do objecto da garantia se encontra em contradição com a circunstância de os possíveis objectos da garantia serem enumerados em termos genéricos (contemplando até bens e créditos futuros), para além de comprometer a oneração de muitos desses bens e sugerindo, como solução, que a exacta descrição dos bens deve ser entendida em sentido lato, em função das características de cada objecto – aludem a esta problemática Giuseppe Martino, *ob. cit.*, págs. 55 e 56, Anna Veneziano, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Giuffrè, 2000, págs. 94 e 95 (alegando que a observância do requisito da exacta descrição se afigura extremamente difícil de alcançar relativamente aos bens futuros e, especialmente, aos bens adquiridos com o financiamento concedido) e, sobretudo, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 98 (este último critica a pré-determinação em abstracto de parâmetros - ainda mais baseados em técnicas diversas - para a exacta descrição dos objectos onerados, assegurando ter sido preferível regulamentar a exacta descrição dos bens onerados com base nas características intrínsecas de cada um dos possíveis objectos da garantia).

<sup>1897</sup> Segundo Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 8, existe uma incerteza relativamente às formas de realização da rotatividade da garantia e à possibilidade de a rotatividade abranger o inteiro acervo de bens que compõem o património da empresa.

oponibilidade da garantia a terceiros não credores do constituinte da garantia,<sup>1898</sup> ao ponto de surgirem dúvidas relativamente à constitucionalidade do preceito.<sup>1899</sup>

Esta norma procura, assim, responder à necessidade de criação de garantias não possessórias<sup>1900</sup> capazes de permitir a sua ampliação e/ou prolongamento, de modo a abranger os produtos resultantes da transformação dos bens originariamente empenhados e/ou os créditos decorrentes da respectiva venda.<sup>1901</sup>

---

<sup>1898</sup> A inscrição no registo constitui condição de oponibilidade da garantia a terceiros, podendo esta ser exercida, depois de registada, mesmo contra terceiros adquirentes que hajam adquirido os bens onerados posteriormente ao registo da garantia (pelo contrário, a garantia não registada, como salienta Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 151 e segs., nem sequer pode ser oposta aos terceiros de má fé). As dúvidas residem na resolução do conflito entre o credor preferente, com garantia registada, e terceiros adquirentes de boa fé (se estes estiverem de má fé, não há dúvidas quanto à prevalência do direito do credor preferente), mais concretamente na operatividade do princípio da posse vale título. Na opinião de Clementina Scaroni, *ob. cit.*, pág. 413 (a aplicação desse princípio justifica-se por estarmos perante uma garantia que recai – ou pode recair – sobre o conjunto de bens que compõem um estabelecimento comercial), de Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 158 e segs. (alegando que a dita regra tutela o adquirente sempre que não exista um adequado sistema de publicidade dos vínculos sobre uma categoria de bens) e de Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 117 e segs. (admitindo esta Autora que, perante tal circunstancialismo, o privilégio se transfere para o produto da venda, mas contestando esta cedência da garantia perante os direitos de terceiros, embora coerente com o sistema de oponibilidade dos direitos constituídos sobre bens móveis, pois “*riduce l’ambito di efficacia del privilegio speciale mobiliare non possessorio*”), tal princípio deverá também valer nesta sede (no mesmo sentido, ainda, Anna Veneziano, *ob. cit.*, págs. 95 e 96). Todavia, resta ainda determinar quando é que o terceiro se deverá considerar de boa ou má fé, respondendo Piscitello, *Le garanzie cit.*, págs. 161 e 162, que a boa fé pressupõe a ignorância, sem culpa grave, da existência do vínculo, de modo que “*se in una determinata zona o in taluni settori produttivi, sussiste un’elevata diffusione delle garanzie flottanti legali l’indagine sulla malafede dell’acquirente risulta particolarmente delicada, perché è plausibile ritenere che rientri nella normale prassi degli affari un’attività volta ad accertare l’esistenza di vincoli sui beni acquistati. Per contro, nel caso in cui non si riscontrano tali condizioni può agevolmente riconoscersi la buona fede dell’acquirente e l’opponibilità del vincolo*” (já Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 127, apesar de desvalorizar a questão – alegando que, como se trata de uma garantia rotativa, o credor não terá interesse em exercer o direito de sequência sobre aqueles bens que saem do património do devedor - sugere que a inscrição não é suficiente para vencer a presunção de boa fé do terceiro, ao menos quando ele seja um cliente final, excepto se este for um operador especializado).

<sup>1899</sup> As dúvidas prendem-se com o facto de este privilégio ser concedido, não tanto tomando em consideração um determinado crédito, mas a qualidade de um dado sujeito, quando a generalidade dos ordenamentos jurídicos quotidianos negam a validade dos privilégios pessoais (alude a esta controvérsia Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 114, nota 184, admitindo que tais dúvidas decorrem da “*configurazione in termini così ampi del credito tutelato, legittimando il dubbio che l’attenzione del legislatore si sia puntata, piú che sulla qualità del credito, su quella del creditore*”).

<sup>1900</sup> Fora do âmbito desta norma, torna-se virtualmente impossível a colocação em penhor deste tipo de bens, uma vez que o desapossamento do constituinte impede a sua transformação (assim sendo, apenas as mercadorias importadas ou não destinadas a laboração, que podem ser depositadas a favor de terceiro, nomeadamente em armazéns gerais, podem ser objecto de semelhante garantia) - Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, págs. 102 e 103.

<sup>1901</sup> Neste sentido, Gabrielli, *Garanzie rotative garanzie fittuanti e trust: problemi generali*, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it), pág. 4 e *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 102 e segs. (dando conta que, fora do âmbito de aplicação desta norma, este alargamento pressupõe a designação de um terceiro depositário, uma vez que a jurisprudência não aceita a manutenção dos bens em poder do constituinte do penhor, nem mesmo com a designação de um vigilante da confiança do credor que criasse uma situação de composesse). Porém, como adverte Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 8, nota 13, a norma em exegese, ao exigir a exacta indicação do montante e das condições do financiamento, veda que a garantia por ela prevista possa servir de fundamento para a criação de um privilégio *omnibus* que abrangesse todos os créditos que resultem de financiamentos a médio e longo prazo por parte da entidade financiadora, mesmo que até um montante determinado.

A natureza genérica desta norma decorre de a mesma ser aplicável a qualquer tipo de financiamento concedido por uma entidade bancária a qualquer empresa, desde que a duração do contrato exceda 18 meses.<sup>1902</sup>

No parecer de alguns, a norma em questão, tendo especialmente em conta o seu *quid*, constitui (mais um) reconhecimento legal das garantias rotativas<sup>1903</sup> - com

---

<sup>1902</sup> De acordo com Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, págs. 96 e 97, este diploma criou uma garantia convencional não possessória sobre bens móveis e créditos, que pode ser constituída como contrapartida de qualquer financiamento (prescindindo da sua forma técnica) concedido por qualquer entidade financeira a favor de qualquer empresa (comercial, agrícola, pública) e que poderá ser outorgada, não apenas pelo devedor, mas igualmente por terceiro.

<sup>1903</sup> É a posição de Clementina Scaroni, *ob. cit.*, pág. 413 (para quem “*le merci potranno essere vendute e trasformate e la garanzia insisterà sulle nuove merci entrate a far parte del magazzino dell’impresa finanziata oppure sui prodotti risultanti dalla trasformazione delle stesse. Inoltre, il privilegio ex art. 46 potrà gravare anche su beni acquistati con il finanziamento garantito o su crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni oggetto del vincolo. Tale privilegio non è dunque ancorato alla materialità del bene e non necessita di rinnovazione ogniqualvolta passi ad insistere su un nuovo oggetto. La garanzia rimane in vita con le caratteristiche previste al momento della sua costituzione, fino all’estinzione del credito*”), de Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 99 e segs. (considerando que a simples enumeração de alguns bens como possíveis objectos de garantia – matérias primas, produtos em processo de laboração e mercadorias – “*sembrerebbe far propendere proprio verso una qualificazione del vincolo in questi termini. Del resto (...) una garanzia non possessoria sui beni dell’attivo circolante, per la sua stessa natura, non può non essere rotativa, e quindi non estendersi, nei limiti di valore della consistenza originaria, ai beni che successivamente entrino a far parte del patrimonio del debitore, sia quali nuove acquisizioni, sia quali risultato della lavorazione di materie prime già sussistenti nelle rimanenze*”, do mesmo modo que a imposição legal de uma exacta descrição dos objectos a onerar parece indicar a necessidade de prévia identificação – em relação às modificações posteriores – do objecto da garantia), de Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 7 e 62 e segs. (alegando que a norma permite às partes “*costituire garanzie flottanti in virtù della semplice destinazione del credito al finanziamento dell’impresa, senza che siano necessari ulteriori requisiti delle parti dell’operazione*”, realçando, por outro lado, o alargamento da garantia a todos os bens adquiridos com o financiamento) e de Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 118 e segs. (destacando que se trata de bens sujeitos a rápidas transformações e a contínuas transações e que, por isso, não são aptos a ser dados em garantia “*salvo che il vincolo non comprenda anche i beni che, successivamente alla sua costituzione, entreranno nel patrimonio dell’impresa o risulteranno dalla trasformazione di quelli originariamente ad esso assoggettati*”, argumentando com a possibilidade de a garantia compreender bens futuros e/ou adquiridos com o financiamento concedido e que a tal conclusão não obsta a necessidade de descrição do objecto onerado, uma vez que esta deve ser entendida de modo compatível com a substituição e, em especial, “*in riferimento alla necessità che sia posta in evidenza il collegamento funzionale tra i beni e l’attività produttiva*” – todavia, não deixa de chamar a atenção, atenta a ausência de normas específicas em sede de execução, para o facto de o ónus da prova que os bens a executar são o fruto daqueles sobre os quais a garantia foi inicialmente constituída). No mesmo sentido, Giuseppe Martino, *ob. cit.*, págs. 57 e segs., para quem esta norma, ao reconhecer a possibilidade de a garantia recair sobre matérias primas, mercadorias, frutos, animais, produtos semi-acabados e produtos terminados (o chamado capital circulante), implicitamente reconhece a rotatividade, uma vez que se afigura “*estremamente difficile che, quando il credito diventi esigibile, il creditore possa eseguire gli stessi beni vincolati inizialmente*”, indo até ao ponto de afirmar que “*Una garanzia non possessoria sull’attivo circolante di un’impresa non può non essere rotativa, non può, cioè, non estendersi – nei limiti del valore originario del privilegio – ai beni che successivamente entrino a far parte del patrimonio del debitore*”: porém, o Autor não descarta a necessidade de estabelecer critérios de identificação dos bens abrangidos e a abranger pela rotatividade – fazendo apelo às noções de determinação e determinabilidade e apontando como exemplo a referência ao tipo de mercadoria e a indicação da sua quantidade – mas realçando que “*Una volta stabiliti i criteri di individuazione dei beni sottoposti al vincolo, non saranno necessari – nel caso di rotazione – nuovi atti costitutivi o integrativi della garanzia, quando si verifichi la sostituzione del bene*”, considerando como data da constituição da garantia a originária e recaindo esta sobre os bens, da qualidade e quantidade dos empenhados, existentes no património do empenhante no momento da execução (o único limite à rotatividade, no parecer do Autor, resulta dos casos em que seja prevista a extensão da garantia para os créditos decorrentes da venda dos bens originariamente sujeitos à garantia, pois “*In questo caso si otterrebbe, infatti, una duplicazione dell’oggetto del privilegio perchè, una volta alienati i beni originariamente vincolati, operando il*

relevantes consequências práticas ao nível do objecto da garantia<sup>1904</sup> e da conformidade das cláusulas rotativas com a protecção dos credores quirografários do constituinte<sup>1905</sup> –

---

*meccanismo rotativo, questo si raddoppierebbe estendendosi automaticamente, sia ai nuovi beni, sia ai crediti derivanti dall'alienazione di quelli vecchi*). Mais cautelosas são Melissa Magano, ob. cit., pág. 578, nota 19 (alegando que do facto de a norma em análise impor, como condição de surgimento da garantia - e não apenas de oponibilidade da mesma - a exacta descrição dos bens ou créditos objecto da garantia, requisito este problemático no que respeita aos bens do capital circulante, aos bens futuros e aos bens adquiridos com o financiamento concedido, concluindo, em conformidade, que “Solo se tale istituto è configurato come garanzia rotativa il privilegio si estenderà anche a tali beni non indicati specificamente nel relativo atto costitutivo”) e Anna Veneziano, ob. cit., pág. 95 (embora conclua a favor da rotatividade – sustentando que “Sembra tuttavia impensabile che il legislatore, nel prevedere espressamente l'estensione della garanzia a prodotti in lavorazione e merci, non abbia inteso tutelare il creditore per (...) tutte le modifiche che occorrono al capitale circolante nel normale esercizio dell'attività dell'impresa” - esclarece que “la questione non è del tutto chiara (...) la risoluzione dell'apparente antinomia tra esattezza della descrizione e variabilità o genericità del collaterale resta un problema aperto”).

<sup>1904</sup> De acordo com Gabrielli, Sulle garanzie rotative cit., pág. 100, se a garantia for qualificada como rotativa, o direito de preferência do credor recairá sobre os bens (da mesma natureza dos identificados no momento da constituição ou que resultem da respectiva transformação ou alienação) que, nesse momento, existam nas instalações da empresa. Pelo contrário, se à garantia não for atribuída natureza rotativa, o credor apenas ostentará um direito de preferência sobre os concretos bens descritos no título constitutivo da garantia que, no momento da execução, se encontrem em poder do constituinte.

<sup>1905</sup> Piscitello, Le garanzie cit., pág. 62 e segs., considera que a rotatividade, nos termos em que se encontra regulada neste diploma, não lesa os direitos dos demais credores do empenhante. Com efeito, aos argumentos segundo os quais a finalização do processo produtivo comporta um aumento do valor dos bens onerados e, além do mais, implica o uso de recursos da empresa ao nível de mão de obra, despesas de funcionamento e com instalações (o que parece redundar em prejuízo dos credores quirografários), replica com base, essencialmente, em três factores: por um lado, “l'incremento di valore realizzato in seguito alla lavorazione rappresenta la naturale conseguenza dello svolgimento del processo produttivo e non sottrae beni alla soddisfazione dei creditori chirografari”; depois e no que concerne às despesas, “chi concede credito ad un imprenditore è consapevole del fatto che questi destina una parte delle proprie liquidità alla retribuzione dei dipendenti ed alle spese per il funzionamento degli impianti. Ne consegue che l'estensione della garanzia, anche se comporta un aumento di valore dei beni destinati a soddisfare il credito della banca, non pregiudica gli interessi dei creditori” (para além de algumas dúvidas existirem ainda que os bens empenhados não fossem introduzidos no processo produtivo); finalmente, a possibilidade de uso dos bens onerados no processo produtivo “agevola l'attività dell'impresa, evitando che perda quote di mercato a favore di concorrenti e rafforza, di riflesso, la posizione dei creditori chirografari. Né si può, inoltre, escludere a priori che, in seguito alla lavorazione, il valore dei beni vincolati superi quello del credito garantito”, assim determinando um aumento do património afecto à satisfação dos quirografários. Por outro lado, se os credores quirografários não podem satisfazer-se sobre o dinheiro utilizado pelo devedor para a aquisição de matérias primas, já podem contar com o produto da venda dos produtos transformados, cujo valor será normalmente mais elevado do que o do valor utilizado para adquirir novos produtos para o estabelecimento (no entanto, a consideração dos interesses dos credores quirografários impõe alguns limites, o mais relevante dos quais reside na exclusão da rotatividade quando as partes prevejam o alargamento da garantia aos créditos que nasçam da alienação dos produtos onerados (ou dos produtos finais que resultem da transformação destes), pois tal pacto conduziria a “una duplicazione dell'oggetto del vincolo, pregiudizievole per i creditori chirografari cui sarebbero sottratte le risorse impegnate per l'acquisto dei nuovi beni”). Estas conclusões são válidas não apenas para o caso de passagem da garantia das matérias primas e produtos semi transformados para os produtos finais, mas igualmente para a transferência do vínculo daqueles produtos para novas matérias primas adquiridas para a continuação do processo produtivo, pois também aqui a posição dos credores quirografários não sofre alterações “poiché le somme impiegate per l'acquisto di tali beni sono compensate dal ricavato della vendita dei prodotti finiti” (embora exista, também aqui, um limite, qual seja o da inviabilidade da extensão generalizada a todos os bens que venham a entrar no estabelecimento, sendo apenas lícito o alargamento a uma quantidade correspondente à existente no momento da constituição da garantia). Por último, saliente-se que estas transferências do objecto da garantia não carecem, na opinião do Autor, de ser inscritas no registo (pois, para além do inevitável obstáculo ao uso da garantia que a solução contrária representaria, a inscrição tem a função de dar a conhecer a garantia

alegando mesmo que a ausência do efeito rotativo comprometeria a constituição de qualquer ónus sobre matérias primas e produtos semi transformados.<sup>1906</sup>

Exceptuando estas intervenções pontuais, constata-se a manutenção em vigor do regime civilístico do penhor, do qual ressalta a insubstituibilidade do desapossamento, destarte limitando a empenhabilidade de diversos bens.

Merece especial referência, pela sua relevância, o penhor de estabelecimento comercial,<sup>1907</sup> cuja admissibilidade se retira do facto de o art.º 2784.º, n.º 2, do CCI, consentir a empenhabilidade de universalidades, mas cuja constituição se afigura problemática, em razão da sujeição regime geral do penhor e da obrigatoriedade de desapossamento do devedor e de descrição escrita e suficiente do objecto da garantia por este imposto, assim contrariando as necessidades do comércio jurídico.<sup>1908</sup>

Paralelamente à subsistência quase imaculada do regime geral do penhor e com efeitos não menos perniciosos para a fluidez e segurança das operações comerciais, assistiu-se à criação de um número infundável de privilégios creditórios concedendo, tantas vezes arbitrariamente, uma posição de supremacia a determinados credores, originando diferenças de tratamento injustificadas mesmo entre os diversos sectores produtivos.<sup>1909</sup>

Esta posição conservadora do legislador transalpino é justificada pelo papel primordial concedido à tutela da garantia genérica, bem pelo carácter excepcional e pretensamente taxativo das garantias específicas, culminando na inadmissibilidade de intervenção da autonomia privada neste domínio.<sup>1910</sup>

---

aos credores e, como da substituição do objecto desta não resulta prejuízo para estes, não fará sentido proceder à inscrição de tal facto).

<sup>1906</sup> Assim, Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 63, nota 68 (“*di fonte al rischio di perdere il diritto di prelazione nel caso di utilizzazione dei beni vincolati nel processo produttivo i finanziatori impongano la prestazione di altre garanzie*”).

<sup>1907</sup> Sobre esta garantia, vide supra n.º 3.5 do Capítulo I.

<sup>1908</sup> A ausência de uma norma consagrando e regulando a constituição de penhor sobre estabelecimentos comerciais, ao invés do que sucede noutros ordenamentos, é verberada por Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 163 e 164, realçando a importância da garantia sobre o estabelecimento comercial, ao consentir “*evitare l’immobilizzazione dei beni dell’impresa e, nel contempo, permette al creditore di acquistare un droit de suite nell’ipotesi di alienazione dell’intero fondo*”. Emanuele Ferrari, *ob. cit.*, pág. 1361 e segs., relativiza o requisito da necessidade de descrição do bem objecto da garantia (não só porque o mesmo é apenas condição de atribuição do direito de preferência, mas igualmente porque a lei, em matéria de antecipação bancária, consente a dação em penhor de determinados bens fungíveis mesmo não concretamente identificados), mas conclui que a exigência de desapossamento do devedor constitui o motivo do reduzido uso desta figura. Para combater esta fragilidade, o Autor defende a criação de regras específicas para o penhor de estabelecimento comercial, nomeadamente no que concerne ao objecto (entendendo, em geral, que a mesma deveria abranger todos os bens que integrassem o património do estabelecimento devedor após a constituição da garantia e, no que respeita às mercadorias e aos produtos e tendo em conta a dificuldade de identificação destes bens, a limitação da garantia a 50% deles), à constituição da garantia (sugerindo a necessidade de inscrição num registo público, que tornaria dispensável o desapossamento) e à identificação dos bens onerados (indispensável *ab initio*, no momento da inscrição no registo, para preencher o conceito de direito real e, desse modo, conceder o direito de preferência e de seqüela): com estas alterações, a garantia, ao consentir a continuação da actividade produtiva do devedor e dispensando o credor desse encargo, tornar-se-ia mais apetecível.

<sup>1909</sup> Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, pág. 160 e Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 109 e segs. (esta última sugere mesmo que esses privilégios são “*figlie delle contingenze momentanee, dei rapporti di forza economici, delle varie lobbies, forse anche del caso*”, acrescentando que tal fenómeno conduz ao esvaziamento do princípio da igualdade entre os credores).

<sup>1910</sup> Estas justificações são fornecidas por Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, pág. 46 e segs., Gabrielli, *Spossessionamento cit.*, págs. 934 e 936 (este último salientando que a relação entre a autonomia privada e a constituição de garantias reais “*deve tener conto della circostanza che i privati – seppure non possono dar luogo a nuove forme di garanzia reale, né tanto meno creare situazioni di prelazione e di opponibilità al di fuori di quelle espressamente previste e tipizzate dall’ordinamento – possono tuttavia,*

Em especial, a observância daqueles postulados implica uma forte restrição à criação de garantias mobiliárias sem desapossamento, porquanto a sua consagração significaria a consagração de ónus ocultos num sistema baseado no princípio consensualístico.<sup>1911</sup>

A estes óbices genéricos acresce, em particular quanto às mercadorias e às matérias primas, a própria exigência de identificação - escrita e suficiente - do bem empenhado (e do crédito garantido), postulada pelo n.º 3 do art.º 2787.º do CCI, a qual configura um obstáculo adicional à sua sujeição a penhor.<sup>1912</sup>

Apesar deste panorama adverso, a possibilidade de criação de garantias convencionais sem desapossamento, fora dos casos previstos na lei, encontra alguns defensores, fundamentando-se na relativização do princípio da tipicidade dos direitos reais<sup>1913</sup> e na exigência de tutela de terceiros,<sup>1914</sup> ainda que mantendo a tutela possessória dos terceiros adquirentes de boa fé.

---

*mediante opportune tecniche contrattuali, incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo e quindi operare anche senza lo spossamento del costituente*”), Dario Finardi, *Efficacia reale del pegno rotativo: posizione consolidata dalla giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2000, págs. 778 e 779 (criticando o efeito castrador que, em Itália, o princípio da *par conditio creditorum* produz sobre a liberdade de constituição de garantias convencionais, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos onde o mesmo princípio também se encontra consagrado – até porque “*la presenza di strumenti giuridici più duttili negli ordinamenti dei maggiori Stati dell’Unione Europea potrebbe porre gli operatori italiani in una condizione di svantaggio*” - designadamente no que respeita à possibilidade de modificação do objecto da garantia, aplaudindo, por isso, a maior abertura judicial à figura dos pactos rotativos) e Melissa Magnano, *ob. cit.*, págs. 579 e 580 (concluindo, por isso, que as garantias de fonte convencional não poderiam atribuir ao seu beneficiário o direito de preferência, precisamente o principal intuito das garantias, ao que acresce, no caso do penhor, que a exigência de um documento escrito contendo a suficiente descrição do crédito garantido e do bem empenhado inibe, por exemplo, a viabilidade das garantias flutuantes: perante este cenário, as únicas alternativas são a escolha de uma das garantias convencionais – com todos os inconvenientes que estas comportam – ou, optando por uma garantia atípica, ficar o credor desprovido do direito de preferência). Constatam igualmente esta restrição à iniciativa privada, Anna Veneziano, *ob. cit.*, pág. 21 (salientando os limites impostos pela jurisprudência às adaptações convencionais ao regime do penhor tradicional) e Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 89.

<sup>1911</sup> Abina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 332.

<sup>1912</sup> Assim, Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, pág. 50 e segs., considerando que este preceito se encontra “*in netta antitesi con l’esigenza di un certo grado di genericità, che si deve necessariamente ammettere nel caso in cui l’oggetto della garanzia è un complesso di merci*”.

<sup>1913</sup> Adota este entendimento Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 189 e segs.. Mais detalhadamente e depois de desvalorizar o princípio da tipicidade (considerando-o uma reminiscência histórica e, por outro lado, assegurando que a sua consagração no final do século XVIII serviu de protecção dos privados face a abusos do Estado, função igualmente atribuída ao princípio da liberdade contratual: se assim foi, “*tra le due regole, almeno alla loro nascita, non sussisteva contraddizione*”), descarta que o mesmo se possa ancorar na produção de efeitos unicamente *inter partes* dos contratos (contrapondo que a norma que estabelece tais efeitos “*riguarda il valore tra le parti del regolamento contrattuale e non anche l’efficacia della situazione soggettiva che attraverso il contratto può essere acquisita: tale situazione soggettiva sarà regolata dai principi suoi propri, e non da quelli disciplinanti l’atto di acquisto della situazione*”), na inexistência de uma norma específica consagrando a autonomia privada no domínio das garantias (considerando que a norma geral a este respeito “*nello stabilire che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, di per sé parrebbe riferibile alla predeterminazione tanto di effetti obbligatori quanto reali*”) ou na preocupação organizativa de estandardizar a publicidade imobiliária, impondo aos registos um controlo sobre o número e a tipologia dos direitos oponíveis a terceiros (assegurando que tal preocupação não colhe relativamente aos bens móveis, cuja circulação não se encontra sujeita a qualquer formalidade publicitária, até porque “*nulla impedisce che all’interno di una situazione reale atipica (rectius conformata nella disciplina dalla fonte negoziale) siano approntati indici idonei di conoscibilità*”). De acordo com Gabrielli, *Autonomia cit.*, págs. 644 e segs., “*i privati – seppure non possono dar luogo a nuove forme di garanzia reale, nè tanto meno creare situazioni di prelazione e di oponibilità al di fuori di quelle espressamente previte e tipizzate dall’ordinamento – possono tuttavia, mediante opportune tecniche contrattuali, incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo*” e, por outro lado, “*Il rigoroso rispetto della tipicità delle forme di*

Paralelamente e não obstante o ostracismo a que legislação e jurisprudência a pretenderam votar, a capacidade de imaginação das partes veio a delinear diversos mecanismos para assegurar a manutenção dos bens no poder do empenhante (sobretudo a respeito das matérias primas e das mercadorias), de entre os quais merecem destaque a dação em comodato ou em locação ao credor das instalações onde tais bens se encontrem ou, em alternativa, a criação de uma situação de comosse (de modo a que, para dispor das mercadorias, fosse necessária a intervenção conjunta de ambas as partes) ou, de forma mais rebuscada, transferindo a detenção dos bens para um terceiro que se obriga a conservar o objecto da garantia durante a fase de transformação deste (consentindo ao credor pignoratício ou aos seus representantes controlar o respectivo estado e quantidade, assim evitando a diminuição do seu valor).<sup>1915</sup>

Não surpreende, por isso, o recurso a outras figuras que, não sendo propriamente garantias reais *strictu sensu*, desempenham afinal o mesmo papel, tais como o *leasing* financeiro,<sup>1916</sup> as alienações fiduciárias em garantia,<sup>1917</sup> o uso da reserva de propriedade

---

*garanzia reale non può (e in ogni caso non deve) indurre a circoscrivere la funzione di garanzia (reale) ad un singolo e particolare rapporto di credito”.*

<sup>1914</sup> Particularmente no que concerne à exigência de tutelar terceiros face a garantias ocultas, constatando Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 196 e segs., que, para eliminar a possibilidade de aquisição de direitos por parte dos terceiros possuidores de boa fé será necessária a introdução de mecanismos publicitários que tornem a garantia cognoscível, assim eliminando a boa fé do terceiro adquirente, mecanismos esses que podem resultar, não apenas da lei, mas igualmente da iniciativa privada (apontando como exemplos a colocação de marcas físicas nos bens empenhados, embora ressalvando que tal mecanismo apenas será suficiente para excluir a boa fé dos terceiros se, em concreto – tomando em consideração a visibilidade da marca e as qualidades pessoais do terceiro - se mostrar possível ilidir a presunção de boa fé daqueles, cabendo aos juízes determinar o adequado carácter publicitário dos instrumentos idealizados pelas partes). A mesma Autora refuta que tal posição possa redundar num sacrifício do interesse geral da rápida circulação dos bens móveis, porquanto não afasta a regra da posse vale título, representando apenas um reforço do grau de diligência exigido ao terceiro adquirente para poder considerar-se de boa fé.

<sup>1915</sup> Neste sentido, Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 166 e 167. Segundo este Autor, a admissibilidade de formas de desapossamento atenuado – a entrega ao credor das chaves do armazém onde se localizam os bens empenhados ou a criação de uma situação de comosse - possibilita “*la costituzione di garanzia dell’insieme delle merci contenute nei magazzini dell’impresa, pattuendo il trasferimento del vincolo sui beni acquistati in sostituzione di quelli alienati, oppure la previsione di una clausula di lavorazione com cui la banca consente l’utilizzazione dei beni nel processo produttivo, in modo da agevolare la concessione del credito senza interrompere il normale svolgimento dell’attività dell’impresa”.*

<sup>1916</sup> Mauro Bussani, *Il modello cit.*, págs. 180 a 184, critica este entendimento restritivo, alegando que o mesmo parte do pressuposto da função de garantia atribuída ao direito de propriedade do concedente (na medida em que o concedente conservaria uma propriedade esvaziada de qualquer risco inerente ao gozo do bem, pois “*il concedente CIA privo di ONI interesse alla gesticule delta cosa*”). Ora, o Autor critica este entendimento, contrapondo que “*Il trasferimento della proprietà non è l’epilogo necessario del rapporto di leasing: il lessor potrà pacificamente rimanere proprietario del bene anche dopo l’esatto adempimento del contratto di leasing (...) l’essenziale, però, è che l’avvenuto pagamento di tutti i canoni di leasing non produce il trasferimento del diritto, imponendosi un’ulteriore determinazione e una nuova manifestazione di volontà, da parte dell’utilizzatore, affinché tale effetto si realizzi*” e concluindo que, se “*la proprietà (in garanzia) può rimanere al creditore fin dopo il regolare adempimento dell’obbligazione (garantita)*” (...) “*la pretesa di ricondurre a una finalità di garanzia il diritto del concedente diventa priva di significato*” (ou, quando muito, ainda que se pretenda assegurar uma função de garantia ao direito de propriedade do concedente, tal resumir-se-ia a “*um mero, e generico effetto di pressione all’adempimento, esercitato sul soggetto utilizzatore*”). Em suma, “*Il contratto di leasing, in definitiva, trova la propria ragion d’essere nella soddisfazione di un’esigenza elementare: quella di consentire il superamento della rigidità di una scelta – fondamentale nell’esercizio di qualsiasi attività economica – fra titolarità e mero godimento del bene*”.

<sup>1917</sup> Quer se trate de alienações suspensiva ou resolutivamente condicionadas, com pacto de resgate ou de retro-venda, de *datationes in solutum* ou de cessões de crédito. Esta aversão fundamenta-se, no entender do

com fins de garantia<sup>1918</sup> ou das cessões de créditos em garantia<sup>1919</sup>: simplesmente, tais institutos enfrentam uma tradicional aversão legal,<sup>1920</sup> doutrinal e jurisprudencial, não só, mas também, em razão da suposta violação do pacto comissório,<sup>1921</sup> factor este que obsta à sua utilização corrente.<sup>1922</sup>

---

Autor (vide Patto comissório cit., pág. 127 e segs.), na suposta violação do pacto comissório (sobre esta questão, vide infra n.º 4.3.5 do Capítulo II) e na circunstância de este tipo de negócios se prestar à obtenção de finalidades usurárias (contestando esta posição, alegando existirem já no ordenamento diversas normas, civis e penais, destinadas ao combate à usura. Nesta conformidade, auspícia um futuro promissor às garantias fiduciárias, tendo em conta as limitações inerentes às garantias mobiliárias tradicionais, quase todas elas possessórias (em termos idênticos, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 259 e segs.). Já Gabrielli, Autonomia cit., pág. 663, mostra-se menos optimista, tendo em conta escassa abertura dos tribunais italianos para com os negócios fiduciários em geral e para com as alienações em garantia em particular. Finalmente Francesca Dell'Anna Misurale, ob. cit., pág. 83, nota 131, põe em evidência a circunstância de a directiva relativa aos contrato de garantia financeira (2002/47/CE) estabelecer o reconhecimento das transferências fiduciárias de tais bens.

<sup>1918</sup> Como bem foca Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 113 e segs., a respeito da reserva de propriedade, esta “è una clausula di garanzia che conferisce al venditore il potere di reivindicare il bene in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, e risponde all'esigenza di una garanzia pronta e semplice del venditore che non impedisca l'attuale godimento del bene da parte del compratore”. A particular apetência por esta garantia justifica-se, essencialmente, por dois motivos: antes de mais por permitir o prolongamento da garantia – para lá dos bens inicialmente transferidos - por forma abarcar as mercadorias que resultam da transformação daquelas ou ao preço obtido com a sua venda (com a vantagem ulterior deste prolongamento da garantia poder ser acordado após a celebração do contrato e a transferência da propriedade) e, por outro lado, de o efeito de garantia se produzir sem necessidade de desapossamento do devedor (ou seja, a reserva de propriedade funciona, mais do que como uma garantia não possessória, como uma “*garanzia nonostante la consegna*”). Porém e apesar de o art.º 1524.º do CCI determinar a oponibilidade aos credores do comprador da reserva de propriedade (desde que conste de documento escrito com data certa anterior à penhora do bem em questão), Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 53 e segs., assegura que a doutrina e a jurisprudência italianas reconhecem exclusivamente a reserva de propriedade simples, negando qualquer poder de disposição do devedor empresário sobre as matérias primas abrangidas pela reserva, deste modo tornando este instituto inapropriado “*ai fini della costituzione di garanzie sulle merci a tutela del finanziamento concesso dal fornitore*”, pelo que o reconhecimento da reserva de propriedade simples “*continua a metere tra parentesi la questione altrettanto importante dell'estensione di tale garanzia ai prodotti derivanti dalla trasformazione delle merci operata dall'imprenditore e, infine, ai crediti di cui l'imprenditore stesso diviene titolare in seguito alla loro vendita*” (em termos análogos, Gabrielli, Garanzie rotative cit., pág. 8 e Autonomia cit., pág. 662, noticiando que, quando muito, é admitida a reserva de propriedade simples, assim impedindo o devedor de realizar actos de disposição do objecto da garantia – ainda que tal houvesse sido convencionado – e muito menos a transferência da garantia para os produtos decorrentes da sua transformação ou os créditos resultantes da respectiva venda). No que especificamente respeita à reserva de propriedade prolongada, o seu uso enfrenta, no direito italiano, um obstáculo resultante de a interpretação da doutrina dominante negar ao comprador qualquer poder de transformação ou disposição do bem (neste sentido, Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 169, salientando que, para além disso, a reserva apenas será oponível aos credores do adquirente se resultar de acto escrito de data certa anterior à penhora e, tratando-se de máquinas, poderá ser oposta também a terceiros adquirentes se o pacto for inscrito num registo existente no tribunal do local onde se encontra o bem e desde que, no momento da aquisição por parte do terceiro, a máquina ainda se encontre no local onde a inscrição foi efectuada).

<sup>1919</sup> Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 320 e segs. e 337, pugna pela licitude deste tipo de negócios.

<sup>1920</sup> Ainda assim, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., págs. 269 a 217, não deixam de sublinhar o reconhecimento, desde 2003 (cfr. a nova redacção do art.º 2447-bis do CCI), da criação de patrimónios de afectação com finalidade de garantia e da consagração, desde 2006 (cfr. nova redacção do art.º 2645.º do CCI), da criação de vínculos de destinação dos bens, com uma duração máxima de 90 anos e para a realização de interesses susceptíveis de tutela, podendo constituir objecto de execução apenas por dívidas contraídas para esse efeito.

<sup>1921</sup> Vide n.º 4.3.5 do Capítulo II.

<sup>1922</sup> Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 47, conclui que, em face deste panorama, são inaplicáveis um conjunto de formas de garantia que, hipoteticamente, se moldariam às mercadorias e às matérias primas, nomeadamente a transferência em garantia dos bens empenhados, com passagem da posse através de



O recurso a estas figuras, previstas e reguladas na lei a outros propósitos e não propriamente como instrumentos de garantia, com fins de garantísticos é elucidativo acerca das limitações do penhor, ilustrando bem os empecilhos criados pela necessidade de desapossamento do empenhante que este último impõe.

Neste contexto, não causam estranheza as propostas de reconstrução funcional do próprio conceito de garantia real – à imagem do que sucede no ordenamento germânico e, especialmente, no norte-americano – qualificando como tal todas aquelas *fattispecie* cujo intuito primordial seja o de criar uma reserva de utilidade a favor do credor, deste modo valorizando o resultado económico perseguido pelas partes em detrimento do concreto esquema negocial utilizado.<sup>1923</sup>

Todavia, mesmo aqueles que ousam afrontar a inevitabilidade do desapossamento do constituinte das garantias mobiliárias não advogam a generalização dos institutos não possessórios, parecendo antes que estes devem ser acantonados dentro de certos limites, que se prendem com natureza do *quid* a onerar e da sua relevância da sua detenção para o onerante.<sup>1924</sup>

## 1.2.2 - França

Em França,<sup>1925</sup> o panorama não se afigurava, já no dealbar deste Século, muito diverso do consagrado na codificação napoleónica, com o penhor com desapossamento

---

constituito possessório e com possibilidade de gozo dos ditos bens por parte do empenhante; ou através da transferência em garantia dos bens empenhados associada a um pacto obrigacional que consentisse ao devedor-alienante dispor dos bens, substituindo os bens vendidos por outros do mesmo género e da mesma quantidade, passando estes imediatamente para a propriedade do credor; ou reconhecendo ao devedor o poder de transformar as matérias primas em produtos finais, aos quais se estenderia a garantia, cobrindo esta também os créditos que o empenhante adquirisse através da venda daqueles produtos - o único aspecto do regime legal do penhor que se molda à colocação em garantia deste categoria de bens é a possibilidade de a garantia se constituir através de custódia comum ou de terceiro, mas o Autor alega que qualquer destas duas hipóteses possui um campo de aplicação limitado a “*merci importate o che comunque si possono facilmente depositare in apositi locali senza sottoporle a processi di lavorazione*”.

<sup>1923</sup> Nesta conformidade, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 16 e segs.. Para uma análise mais detalhadas destas teorias, vide infra n.º 1.2 do Capítulo IV.

<sup>1924</sup> Nomeadamente ao domínio comercial (e, mesmo aí, com limitações quanto ao objecto da garantia), agrícola e aos penhores concedidos por prestamistas especializados na actividade de concessão de crédito pignoratício – é esta a proposta de Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 117 e segs.. De acordo com uma outra perspectiva, importa alertar que os inconvenientes do desapossamento não se fazem sentir com particular acuidade no penhor civil – no qual a privação, por exemplo, de uma jóia de família, pode causar, eventualmente, algum desconforto, mas funcionando como um eficaz meio de coação psicológica sobre o empenhante, estimulando a cumprir a obrigação garantida para poder recuperar o objecto de estimação - , mas assumem importância decisiva no penhor comercial, no qual o empresário, para obter os financiamentos indispensáveis para a prossecução da sua actividade, muitas vezes não tem senão os bens da empresa para dar em garantia, bens esses dos quais não pode prescindir (Antonio Fontana, ob. cit., pág. 63 e segs.).

<sup>1925</sup> Concomitantemente, assistiu-se à emergência das chamadas garantias negativas, que configuram uma espécie de tutela indirecta sobre a actividade do devedor e que podem assumir duas modalidades, as preventivas (que impõem ao devedor a quem é concedido o crédito um conjunto de proibições de adopção de determinadas condutas – como a necessidade de autorização do credor para a venda de certos bens ou a proibição de contrair novas dívidas sem o acordo do credor - a fim de assegurar a integridade do seu património) e as inspectivas (que obrigam o devedor a responder aos pedidos de informação do credor relativamente ao estado do seu património e, no limite, consentem ao credor inspecionar os registos contabilísticos do devedor), ambas com a mesma “*funzione esclusivamente preventiva dell’eventuale inadempimento del debitore o del pericolo che il medesimo venga sottoposto alla falcidia concorsuale*” – Gabrielli, *Autonomia* cit., pág. 668 e segs..

a manter o papel primordial, associado ao florescimento de diversos privilégios creditórios e de uma ou outra garantia mobiliária não possessória.<sup>1926</sup>

Neste ordenamento, a intervenção legislativa assentou, essencial, mas não exclusivamente,<sup>1927</sup> na criação de algumas garantias mobiliárias sem desapossamento (pese embora as dificuldades que a ausência de desapossamento coloca),<sup>1928</sup> embora recorrendo a dois mecanismos diversos e com consequências práticas, nomeadamente ao nível das prerrogativas concedidas ao seu beneficiário, igualmente distintas.<sup>1929</sup>

Um primeiro, assenta na sujeição a registo (assim se assegurando a cognoscibilidade das mesmas e, por consequência, a oponibilidade aos eventuais sucessivos credores do empenhante ou terceiros que deste adquiram direitos)<sup>1930</sup>; ao invés, noutros casos o expediente utilizado foi o recurso à figura dos *warrants*, progressivamente alargados a um conjunto cada vez mais vasto de bens,<sup>1931</sup> não

---

<sup>1926</sup> Traça este panorama Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 210 e segs., chamando a atenção para o contra-senso que representa impor o desapossamento e, em contrapartida, admitir garantias ocultas como os privilégios: em face deste cenário, remata não ser de atribuir ao desapossamento qualquer função publicitária. Em termos aproximados, Rojo Ajuria, *La unificación cit.*, pág. 62 (dando conta da aprovação de leis avulsas introduzindo penhores sem desapossamento - embora limitados a determinados objecto) - e consentindo a utilização da propriedade com fins de garantia, como sejam as leis sobre o leasing - *crédit-bail* - e a reserva de propriedade) e Henri Mazeaud, *ob. cit.*, pág. 143 (relatando que, embora com os inconvenientes do desapossamento, o penhor continuava a representar praticamente a única garantia a prestar por todos os que não disponham de riqueza imobiliária). Já Jean-François Riffard, *ob. cit.*, pág. 97 e segs., classifica de nebuloso o panorama dos privilégios creditórios em França, pois apesar da tentativa de redução dos privilégios gerais sobre todo o património mobiliário e imobiliário (reduzidos a alguns créditos salariais, aos créditos da massa falida e às despesas de justiça), têm florescido os privilégios mobiliários gerais e, principalmente, os mobiliários especiais.

<sup>1927</sup> Em rigor, as derrogações ao regime civilístico do penhor começaram logo com a aprovação, em 1863, do Code de Commerce, que instituiu o penhor comercial que se afasta do civil - que permanecia subsidiariamente aplicável - sobretudo pela desnecessidade de redução a escrito (o que, segundo Jean-François Riffard, *ob. cit.*, pág. 34 e segs., equivale a afastar o princípio da especialidade, permitindo que a garantia abranja todos os bens do devedor e possa garantir todos os créditos, presentes e futuros, para com o mesmo devedor).

<sup>1928</sup> Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 243 e segs., salientam como as principais se prendem com a individualização e identificação de muitos dos bens móveis, de organização de um sistema de publicidade adequado (e, por consequência, de concessão ao beneficiário da garantia um verdadeiro direito de sequela, podendo tornar tais garantias meramente ilusórias, porque privadas de efeitos face a terceiros) e, por outro lado, com a fragilidade e fácil dissipação do *quid* onerado (atenta a facilidade de alienação e a protecção conferida aos terceiros possuidores de boa fé, especialmente quando se trata de bens incorpóreos ou de coisas fungíveis). Não obstante tais dificuldades, o Autor atesta que o direito francês foi, paulatinamente, reconhecendo diversas garantias mobiliárias não possessórias (respondendo à necessidade de tornar os bens móveis - cuja importância e valor se têm constantemente incrementado - como potenciais garantias da concessão de crédito), quer através das tradicionais hipotecas mobiliárias, quer dos penhores sem desapossamento, quer dos *warrants*.

<sup>1929</sup> Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 245, destacam como, nalguns casos, a protecção do credor é obtida através da criação de um verdadeiro mecanismo publicitário, permitindo assim a concessão de um verdadeiro direito de sequela; noutros, pelo contrário, tal protecção assenta na imposição de sanções penais ao devedor e/ou na legitimidade para o credor cobrar directamente a prestação de terceiros (e, dada a ausência de um sistema de publicidade, normalmente estas garantias encontram-se amputadas do direito de sequela).

<sup>1930</sup> Vide Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, págs. 28 e 29 e Stefano de Paola, *Le garanzie atipiche e il pegno rotativo*, 2001, in <http://www.tesionline.it/default/tesi.asp?id=8108>, pág. 7 e segs.. Relativamente a estas garantias ou, pelo menos a algumas delas, coloca-se a questão de saber se ainda estamos perante um penhor (eventualmente sem desapossamento) ou se, ao invés, estaremos perante uma hipoteca mobiliária (especialmente tendo em conta a necessidade de registo) ou se, por fim, não estaremos perante um *tertium genus*, uma garantia mobiliária sem desapossamento não enquadrável nem no penhor nem na hipoteca - a este respeito, vide Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, págs. 40 e 41.

<sup>1931</sup> Ismael Acevedo y Criado, *ob. cit.*, pág. 21 e segs., aponta o caso francês como um exemplo típico de alargamento do leque de bens objecto de garantias não possessórias através do recurso aos *warrants*,

esquecendo o caso específico do regime previsto para o penhor de créditos profissionais, constante da apelidada Loi Dailly.<sup>1932</sup>

Na primeira categoria inserem-se as garantias sobre películas cinematográficas<sup>1933</sup> e sobre o “*logiciel*” (ou *software* informático)<sup>1934</sup> e, especialmente,

---

inicialmente restritos ao domínio agrícola, mas paulatinamente estendidos “*los enseres y utilería de establecimientos de comercio, el menaje de los hoteles, las existencias de petróleo bruto y derivados y, por último las materias primas, los productos en curso de fabricación y los productos fabricados: warrant industrial*”. Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 301, notam que a figura dos *warrant* se mostra particularmente adequada quando se pretendam onerar bens que, para além da necessidade da sua manutenção em poder do devedor, não sejam facilmente armazenáveis.

<sup>1932</sup> Segundo Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 39, esta lei permitia a dação em penhor destes créditos, a favor de um estabelecimento bancário, através da simples remessa de um documento datado e assinado (embora Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 196, admita que, na prática, fosse usual a notificação aos devedores do crédito cedido, de modo a evitar que estes entreguem a prestação ao constituinte da garantia), no qual o constituinte indicasse quais os bens a onerar, sendo esta formalidade a única necessária, mesmo para opor a garantia a terceiros (simplesmente e segundo relata o Autor, o mesmo diploma consagrava igualmente a figura da cessão dos mesmos créditos, a qual, pela sua maior segurança e por excluir o concurso de outros credores, viria a merecer a preferência dos credores e, por isso e socorrendo-nos das sintomáticas palavras de Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 373, o penhor criado por esta lei tornou-se num “*mort-né*”). Para além disso, este penhor apresentava um inconveniente adicional, uma vez que não consentia que o credor cedesse o crédito recebido em garantia, uma vez que ao credor pignoratício não assistia o direito de dispor do bem recebido em garantia (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 374). Uma última limitação deste regime diz respeito ao seu âmbito de aplicação objectivo, porquanto apenas abrange os créditos sobre pessoas colectivas e, no caso das pessoas singulares, unicamente se contraídas no exercício da respectiva actividade profissional (Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 195 e Legeais, Les garanties conventionnelles cit., págs. 227 e 228: este último, constata que a exclusão alcança essencialmente os créditos sobre particulares, o que penaliza as empresas que se encontrem na recta final dos canais de distribuição, cujos créditos são para com particulares), embora, dentro destes, permita a oneração de todos eles (independentemente da sua natureza contratual, delitual ou legal), desde que determináveis (embora a lei reconheça expressamente a empenhabilidade de créditos futuros, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 225, entende que os mesmos apenas poderão ser onerados nos mesmos termos do direito comum, ou seja, “*une chose future ne peut être donnée en gage que si elle est suffisamment identifiable. Será ainsi considérée comme déterminable une créance dont il sera possible de préciser quel est le débiteur, le montant aproximatif, la date prévisible de naissance. Ce qui interdisent les dispositions de la loi Dailly c’est la mobilisation d’un chiffre d’affaires prévisible. Ainsi un emprunteur ne saurait (...) transmettre à son banquier toutes les créances dont il pourrait être titulaire envers des clients ayant des noms dont les initials commencent par lettres A à H*”). Já quanto aos créditos concedidos em contrapartida da outorga da garantia, a lei mostra-se bem mais permissiva, desde logo não impondo qualquer condição quanto à natureza do crédito (o qual pode ser a curto, médio ou longo prazo), impondo unicamente que o concedente seja uma instituição de crédito profissional e o beneficiário seja uma qualquer pessoa colectiva (pública ou privada) ou uma pessoa física no exercício da sua actividade profissional (neste sentido, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., págs. 229 e 230).

<sup>1933</sup> Esta garantia (criada por uma lei de 22/2/1944, posteriormente inserida no Código da Cinematografia) tem uma natureza complexa, decompondo-se num penhor propriamente dito que pode ter como objecto um bem corpóreo (o filme, relativamente ao qual a lei, apesar de esta garantia prescindir do desapossamento do constituinte, atribui ao credor um direito de retenção) e/ou um bem incorpóreo (os direitos de exploração daquele) - sendo que, em ambos os casos, a garantia terá que ser inscrita num registo gerido pelo Centro Nacional da Cinematografia (art.º 33.º da lei, com base no qual todas as convenções relativas à produção, distribuição e exploração dos filmes terão que ser registadas) - e uma “*delegation de revenues*”, espécie de consignação de rendimentos, também ela sujeita a registo, que consente ao credor receber directamente as receitas de exibição do filme (embora sem prejuízo dos direitos de outros credores preferentes com garantias inscritas sobre o mesmo bem), sem necessidade de notificação dos devedores cedidos (acerca da qualificação jurídica da figura, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 452, rejeitam a tese da delegação de receitas - uma vez que não se trata de uma operação tripartida, em razão da desnecessidade do consentimento do devedor das receitas -, assim como a da acção directa, aceite por Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 219 - uma vez que esta figura exclui o concurso de credores, o que não sucede no presente caso -, concluindo tratar-se de uma simples cessão de

o “*nantissement de l’outillage et du matériel d’équipement professionnel*” e o “*nantissement des fonds de commerce*”,<sup>1935</sup> ambos regulados actualmente no Code de Commerce.

---

créditos do produtor sobre a publicidade e as salas nas quais o filme é projectado). Para mais desenvolvimentos, Legeais, Sûretés 2009 cit., págs. 395 e 396, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., págs. 631 e 632. Discute-se, ainda, a existência de um direito de sequela, pronunciando-se em sentido negativo Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 550 (em razão da inexistência de uma posse real ou ficta) e favoravelmente Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 73 (alegando que tal direito, apesar de não consagrado expressamente na lei, decorre da inscrição da garantia no registo, a qual é suficiente para eliminar a boa fé dos terceiros, considerando que o filme, por não ser um bem corpóreo – englobando, além dos negativos e das cópias, os direitos de autor - não se encontra submetido à regra da posse vale título, facto este reconhecido pelo legislador ao organizar um procedimento de expurgação da garantia), Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 296. Por último, importa destacar que esta garantia não possessória apresenta a vantagem de poder recair sobre um filme ainda não realizado, desde que o seu título já tenha sido registado, o que configura a admissibilidade de penhor sobre um bem futuro, embora determinável (cfr. Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 72 e 73).

<sup>1934</sup> De acordo com Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 73, o *logiciel* consiste em programas informáticos, definindo-o Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 449, como “*un programme d’ordinateur comprenant des instructions générales ou particulières originales, quelles que soient leurs formes d’expression, en vue du traitement d’une information donnée, quel que soit son caractère. Sont assimilables aux logiciels, les travaux préparatoires à condition de permettre la réalisation ultérieure d’une programme d’ordinateur*”. Esta garantia foi criada por uma lei de 10/5/1994, encontrando-se actualmente integrada no art.º L132-34 do Código da Propriedade Intelectual e cujo objecto consiste no direito de exploração do “*logiciel*”. De acordo com o regime legal, o contrato de constituição da garantia terá, sob pena de nulidade, de ser reduzido a escrito e, para se tornar oponível a terceiros, inscrito num registo especial do Instituto da Propriedade Industrial (contendo uma designação precisa dos bens onerados, especialmente os códigos e os documentos de funcionamento) - Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 397 e Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., págs. 632 e 633 (estes últimos identificam como objecto da garantia o direito – incorpóreo de natureza patrimonial - de exploração de um *logiciel*, não materializado sobre qualquer suporte, mas susceptível de operações de crédito e de garantia). Procurando sintetizar o regime legal, Henri Alterman, ob. cit., págs. 21 a 25, salienta que a garantia pode ser constituída pelo titular do direito de exploração do *logiciel* (que pode não ser o seu autor), incidindo sobre o direito de exploração (que, nos termos legais, abrange a reprodução, tradução, adaptação arranjo ou transformação) ainda que parcial, devendo a inscrição identificar os códigos e documentos de funcionamento do bem onerado, sendo o registo efectuado no INPI (com base num documento escrito, não estendo previsto nenhum prazo para o efeito, sendo conveniente o credor informar-se se o *logiciel* não se encontra previamente abrangido por um *nantissement de fonds de commerce*), cumprindo ainda mencionar a possibilidade de a garantia recair sobre um bem futuro, o *logiciel* em fase de estudo, concepção ou desenvolvimento (no mesmo sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 449, esclarecendo que, deste modo, a garantia se perfeccionará antes da concepção definitiva do *logiciel*, mas ressalvando que a mesma não poderá incidir sobre meros projectos de *logiciel*, os quais, enquanto simples ideias, não são susceptíveis de apropriação particular). Quanto aos efeitos e tratando-se de uma garantia sem desapossamento, incumbe ao devedor conservar o bem, o que significa evitar que o *logiciel* se torne obsoleto (mantendo-o e evitando que fosse furtado), proteger contra a contrafacção (sob pena de perda do benefício do prazo e da aplicação de sanções penais): em suma, sobre o constituinte impende um dever de conservação jurídica (reprimindo os eventuais ataques de terceiros) e técnica (actualizando regularmente o programa) - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 450. Relativamente aos poderes do credor e para além do direito de preferência (cuja hierarquia depende da data do registo), importa realçar o direito de sequela (sem que o credor lhe possa ver oposta a regra da posse vale título, por força da natureza incorpórea do *quid* onerado), bem como a ausência de retenção - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 451. Uma interrogação prende-se, no silêncio da lei, com a possibilidade de o penhor abranger as receitas de exploração do *logiciel* – respondem negativamente, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 450, considerando que estas receitas terão que ser objecto de uma garantia separada (que poderá ser um penhor de créditos ou uma consignação de rendimentos), embora reconheça que esta solução pode conduzir a um impasse (na medida em que, se o constituinte não explorar por si o *logiciel*, será difícil onerar os proveitos futuros, por se tratar de rendimentos incertos).

<sup>1935</sup> Acerca desta garantia, vide supra n.º 3.5 do Capítulo I.

Por outro lado, a transmissão de documentos representativos dos bens onerados também logrou consagração legal, nomeadamente quanto às mercadorias em trânsito<sup>1936</sup> e aos automóveis,<sup>1937</sup> embora alguns Autores contestem estarmos perante um caso de desapossamento simbólico ou ficcionado.<sup>1938</sup>

---

<sup>1936</sup> Conforme se fez alusão no n.º 5.1 do Capítulo I. De acordo com Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 80 e segs., este mecanismo consente a dação em penhor, a favor de qualquer sujeito, de bens em curso de transporte, nascendo a garantia pela entrega de um conhecimento ou de uma guia de transporte (mais precisamente, trata-se de um documento constante de uma “*lettre missive ouverte adressé par l’expéditeur au destinataire et ayant pour but de constater les conditions du transport (...). L’expéditeur, qui restait propriétaire des marchandises, pouvait en cours de transport, aliéner les marchandises ou les mettre en gage, en transférant la lettre de voiture à l’acquérent ou au gagiste. En ce qui concerne celui-ci le transfert régulier à son profit de la lettre de voiture équivalait à la mise en possession des marchandises. D’ailleurs la présentation de cette lettre était nécessaire pour obtenir du voiturier la délivrance des marchandises transportées*”) por via terrestre, mas sobretudo marítima, configurando aquilo a que se convencionou chamar crédito documentário (importando distinguir consoante o documento seja sacado pelo exportador vendedor sobre o importador – caso em que aquele o apresentará ao seu financiador, que o descontará e adquirirá um penhor sobre as mercadorias nele representadas – ou, pelo contrário, seja sacado sobre uma entidade financiadora, hipótese na qual esta pagará ou avançará os fundos ao importador, sendo o reembolso garantido pelo penhor sobre as mercadorias). As principais dúvidas prendem-se com a solução a dar ao conflito em caso de pluralidade de conhecimentos de carga, após a entrega desta última (antes da entrega, é pacífico que o portador do documento mais antigo, prevalecerá) e quando os bens sejam entregues ao portador de um título mais recente: o Autor, seguindo o entendimento judicial dominante, aceita a prevalência do portador do endosso mais antigo, sustentando que “*tant que le connaissance subsiste entre les mains du premier porteur, celui (...) est le seul a avoir une possession reconnue légalement*”.

<sup>1937</sup> A lei de 19 de Dezembro de 1934 veio permitir que os vendedores de veículos a crédito pudessem beneficiar de um penhor sobre as viaturas alienadas, mantendo o adquirente a posse desses mesmos bens e importando a constituição da garantia a entrega de um recibo ao credor por parte da entidade registadora do penhor (ou seja e como bem nota Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 75, “*il est un gage avec dépossession fictive. Si matériellement le véhicule reste entre les mains de l’acheteur (débitéur), juridiquement la possession est réputée avoir été conservée par le vendeur (créancier)*”), o que lhe permite beneficiar de um direito de retenção fictício (embora possa ser preterido face a um outro sujeito munido de um direito de retenção efectivo sobre o mesmo bem - é esta a posição dos tribunais, segundo Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 320), mas não sem que o constituinte perca o direito de disposição do bem (apesar de, como realçam Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 319 e 320, por um lado, não o poder entregar ao terceiro adquirente - uma vez que o constituinte é um mero detentor por conta do credor pignoratício -, e, por outro, de a venda sem o consentimento do credor determinar a transferência da garantia para o preço obtido). A garantia constituía-se através de um documento escrito particular (que deveria mencionar a soma em dívida e identificar o veículo dado em garantia) que deveria ser inscrito no registo gerido pelo município da matrícula da viatura e da emissão dos documentos de propriedade (“*carte grise*”), no prazo de 3 meses a contar da entrega destes, sendo o mesmo condição de eficácia da garantia (Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 76, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 315 – evidenciando como este penhor prescinde da entrega efectiva do bem ao credor - e, embora com dúvidas resultantes da ausência de cominação legal expressa para esta omissão, Yves Gérard, La pratique commerciale du gage sans dépossession, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 58), tendo a inscrição uma validade de 5 anos, passível de renovação. Uma vez que a lei nada dizia, colocava-se a questão da natureza pública deste registo, opinando Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 217 e 218, que a resposta deve ser afirmativa (obrigando a uma menção da existência do ónus em caso de futuras transmissões), embora ressalve que nenhuma menção da garantia constará dos títulos de propriedade do veículo (embora Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 318, saliente qualquer interessado possa solicitar à entidade registadora uma declaração, positiva ou negativa, de penhor). Mas os principais problemas que este regime suscitava prendiam-se com a execução da garantia em caso de incumprimento por parte do devedor (atenta a proibição do pacto comissório, o credor terá que vender o bem, mas, para tal e uma vez que este se encontra em poder do devedor, terá que o apreender: ora, para que esta apreensão possa ter lugar, será normalmente necessário um título executivo prévio) e com a existência ou não de um direito de seqüela (indiscutivelmente tal direito existirá se, no momento da execução, o novo adquirente ainda não estiver na posse do veículo), especialmente quando um terceiro tenha obtido a posse da viatura onerada. Neste último caso, discute-se se o terceiro poderia invocar em

---

seu favor o princípio da posse vale título ou, noutros termos, se a inscrição no registo será suficiente para criar uma situação de má fé por parte nos terceiros adquirentes de direitos conflituantes com os registados (coloca a questão, embora não lhe dê resposta Théry, ob. cit., pág. 309). A este respeito, Simon Quincartlet, ob. cit., págs 224 a 226, noticia duas posições diversas: uma, entendendo que o registo não é de molde a, por si só, criar essa má fé nos terceiros, o que apenas sucederia se o legislador tivesse previsto a menção do penhor nos títulos de propriedade do veículo que com este têm que circular, pelo que o direito de sequela do credor pignoratício é limitado aos casos em que logre demonstrar que o terceiro conhecia efectivamente a garantia no momento da constituição do seu direito (parece ser a posição sustentada por Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., págs. 298 e 299, realçando que a publicação da garantia, por si só, não faz presumir a má fé do terceiro possuidor – podendo este demonstrar o desconhecimento da garantia – e, por outro lado, evidenciando que a jurisprudência tende a resolver o conflito entre um direito de um detentor efectivo e um detentor fictício em favor do primeiro); outra, pelo contrário, reconhecendo o direito de sequela ao credor pignoratício, alegando que a posse do título entregue aquando da constituição da garantia equivale à posse do próprio bem onerado e, por isso mesmo, *“tant qu’il conserve le dit titre qui représente le véhicule, ne peut être privé de cette possession: les tiers qui auront la détention matérielle du véhicule ne pourront jamais être considérés comme en ayant la possession complete; le débiteur détenant le gage pour le compte du créancier, les tiers auxquels il transmettra (...) se trouveront à cet égard dans la même situation”* (neste sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 321 - reconhecendo este direito de sequela, mas com um fundamento diverso, ancorando-o na natureza fictícia da retenção e, por isso, na insusceptibilidade de perda da posse por parte do credor pignoratício, o que lhe permite reclamar o bem independentemente das mãos em que ele se encontre – Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 311 - alegando que, em razão da publicidade legal, o terceiro adquirente não poderá deixar de se considerar de má fé – e Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 165, alegando que *“la publicité serait lettre morte si les tiers acquéreurs pouvaient prétendre l’ignorer et étaient admis à arguer leur bonne foi (...) le créancier qui bénéficie du gage sur automobiles ne peut perdre son droit de gage, puisque, fictivement, il reste saisi pendant tous le temps que la mention ou son renouvellement conserve son droit. Le droit de suite ne cèdera que devant un droit de suite véritable, la réalité triomphant sur la fiction”*). Por outro lado, importa salientar que a garantia possuía um campo de aplicação limitado, pois apenas podia garantir o crédito do preço de venda do veículo ou o empréstimo obtido para essa aquisição (e, por isso e como nota Yves Gérard, ob. cit., pág. 56, o financiamento da aquisição de um stock de automóveis por parte de um concessionário não poderia ser assegurado por esta garantia) e, paralelamente, apenas poderia incidir sobre bens sujeitos a matrícula – automóveis, tractores agrícolas, velocípedes com motor -, novos ou usados (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 314), não se permitindo, ainda, a constituição de mais do que um penhor sobre o mesmo bem (assim, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 317, fundamentando-se na outorga de uma posse – ainda que fictícia – ao credor pignoratício e na proibição do sub-penhor). Cumpre, ainda, notar a consagração legal expressa de uma sub-rogação real dos direitos do credor relativamente às eventuais indemnizações pagas pelas seguradoras em caso de sinistro que afecte o veículo onerado (arty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 300). Finalmente, discutia-se a natureza jurídica da figura, defendendo uns que, na medida em que se aplicava a qualquer venda a crédito, se tratava de uma garantia legal (contra, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 76 - contrapondo que *“la loi n’a pas pour effet d’instituer une sûreté. Elle se borne à rendre sa constitution obligatoire”*, preferindo falar do penhor automóvel como contrato imposto por lei – e Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 312 e 313, alegando que *“le gage doit faire l’objet d’un acte écrit, ce qui implique un échange de consentement préalable. Il s’agit donc bien d’une sûreté conventionnelle”*), sustentando outros estarmos perante um penhor - neste sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 213 (baseando a sua posição na denominação legal, na concessão ao credor de um direito de retenção – embora fictício – e na retirada ao constituinte de algumas prerrogativas relativas ao bem onerado). Particularmente enfático na defesa da natureza pignoratícia desta garantia se mostra Haritini Matsopoulou, Les aspects actuels du gage automobile, in Revue Trimestrielle de Droit Commerciale et de Droit Economique, Vol. 51, n.º 4 (1999), págs. 796 e segs., criticando a sua natureza legal (contra-argumentando que a garantia se constitui por vontade das partes - o contrato de venda a crédito ou de empréstimo destinado à aquisição de um automóvel *“qui déclencherà la prétendue sûreté légale et confèrera au créancier, s’il procède aux formalités prévues, une position de force à l’égard des tiers”*, - e que a lei não produz outro efeito que não seja o de validar esse modo de constituição, apesar da ausência de desapossamento do empenhante, ou seja, a lei não cria um penhor a favor dos vendedores de automóveis, mas permite às partes que o façam – analogamente, Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 222) e negando trata-se de uma hipoteca mobiliária (uma vez que o direito do credor pignoratício não decorre da inscrição, conclusão esta alicerçada no facto de a lei dispor que aquele direito é conservado pela inscrição no registo, *“ce qui implique que le droit preexiste à l’accomplissement de ladite formalité”*), concluindo

Já quanto aos *warrants*, estes caracterizam-se, em traços gerais, pela manutenção dos bens em poder do empenhante, sendo emitido um título à ordem representativo desses bens – o *warrant* – que pode circular por via de endosso, tendo o portador deste o direito de ser pago pelo produto da alienação dos bens onerados, embora também esta garantia, em regra, careça de ser registada (pelo menos no que toca ao primeiro endosso separado do título representativo do penhor – *warrant* – face ao seu congénere indicador da propriedade – *récepissé*).

Outros aspectos *sui generis* desta garantia passam pela outorga ao credor portador do *warrant* de um direito de retenção fictício, embora seja debatido se tal prerrogativa lhe permite exercer um direito de sequela face a terceiros que obtenham a tradição material do bem (apesar de lei, normalmente, consentir que o empenhante disponha do seu bem, não permite a sua entrega sem prévia liquidação do crédito pignoratício), porquanto alguns fazem prevalecer a posição deste último, com base na regra da posse vale título: ou seja, discute-se a atribuição ou não de um direito de sequela ao credor.<sup>1939</sup>

---

pela inclusão na órbita do penhor, atribuindo ao registo mera condição de oponibilidade a terceiros da garantia (isto é, como simples mecanismo publicitário e não constitutivo, de modo que “*dans les rapports des parties, le gage est valable par le seul effet du contrat prévoyant cette garantie pour le prêteur ou le financier. L’inscription n’a d’utilité que pour opposer le droit du gagiste à tout acquéreur ou tiers. Il est donc permis de dire que le contrat suffit pour la constitution du gage-automobile. Ce dernier, à la différence du contrat de gage classique, n’est pas un contrat réel: c’est un contrat consensuel*”), até porque a solução contrária – atribuição de carácter constitutivo ao registo – significaria a inutilidade daqueles contratos para efeitos de surgimento da garantia.

<sup>1938</sup> Simon Quincaret, ob. cit., pág. 91 e segs., descarta esta qualificação alegando que os preceitos da lei “*n’ont créé aucune fiction en identifiant la possession du connaissance à celle des marchandises (...) ont simplement précisé les conditions de fait que la loi prend en considération pour déterminer la possession des marchandises en cours de route*” e, por outro lado, constatando que a posse é, não apenas um facto material, mas igualmente um facto jurídico, ou seja, um facto a que a lei atribui determinados efeitos jurídicos em certas condições: “*or, la loi peut imposer les caractères auxquelles elle reconnaîtra l’existence de l’élément de fait (...) elle peut notamment faire figurer parmi ces éléments, la détention d’un titre représentatif de la chose*” (considerando como meros detentores aqueles que estejam em contacto directo com os bens onerados). Todavia, o Autor não deixa de citar posições que atribuem uma diversa natureza jurídica ao crédito documentário, seja qualificando-o como uma hipótese de entrega do bem a terceiro (o comandante do navio), seja como um penhor de créditos (tendo por objecto o crédito à entrega da coisa ao portador do título). Pelo contrário, Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 48 a 50, indica o penhor de mercadorias em curso de transporte como um exemplo de desapossamento simbólico, noticiando o sucesso que estas operações de crédito documentário tiveram (nomeadamente através de operações em que um banco concede crédito a um importador no valor equivalente ao preço das mercadorias importadas, sendo o mútuo garantido pela posse do título que confere ao banco a posse das mercadorias), uma vez que apresentam diversas vantagens (permitem ao importador obter crédito dando em garantia um crédito futuro, relativo ao preço das mercadorias, e elimina o risco de não pagamento para o vendedor), embora possuam igualmente alguns escolhos (o principal dos quais reside no facto de, devendo o importador pagar ao banco com o produto da venda das mercadorias: ora, se não pagar, o banco pode apoderar-se das mercadorias e aliená-las, ficando o importador impossibilitado de as receber).

<sup>1939</sup> Alguns Autores concluem pela outorga deste direitos de sequela com base na má fé do terceiro decorrente do registo da constituição do *warrant* ou no facto de este ser um penhor sujeito a regras especiais (cfr. Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 348, noticiando mesmo que, no confronto com terceiros adquirentes em momento posterior ao da constituição do *warrant*, alguns tribunais fazem prevalecer este último direito, mesmo que o adquirente tenha obtido a posse do bem, alegando que este não pode invocar a regra da posse vale título, uma vez que, legalmente, o possuidor do bem é o portador do *warrant*). Outros, ao invés, consideram que o direito de reivindicar os bens apenas existirá se o terceiro adquirente se encontrar de má fé, traduzida esta no conhecimento da existência do *warrant* no momento da venda ou da entrega dos bens – neste último sentido, Simon Quincaret, ob. cit., págs. 198 e 199 e Legeais, *Sûretés* 2009 cit., pág. 381 (salientando este último ser esta uma das fraquezas desta garantia, por força da operatividade da regra da posse vale título), Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 304 (acrescentando a condição de os bens em questão serem identificáveis e que, em razão de todas estas

O leque de bens potencialmente alvo desta garantia foi sendo progressivamente alargado, podendo abranger coisas tão diversas como as depositadas em armazéns gerais,<sup>1940</sup> produtos agrícolas,<sup>1941</sup> mobiliário dos hoteleiros,<sup>1942</sup> stocks de petróleo,<sup>1943</sup> industrial<sup>1944</sup> ou material de guerra.<sup>1945</sup>

---

*nuances*, o próprio legislador sentiu necessidade de proteger o credor de outras formas, por exemplo impedindo a tradição dos bens a terceiros sem o seu prévio consentimento), Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 204 e Théry, ob. cit., pág. 304 (destacando este último a sujeição do constituinte às sanções penais previstas para o efeito). Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 606, destacam o facto de o credor portador do *warrant* se poder opor à venda dos bens onerados, por ser considerado por lei como encontrando-se na posse efectiva dos bens recebidos em garantia.

<sup>1940</sup> Segundo Simon Quincartlet, ob. cit., págs. 73 a 79, a legislação sobre os armazéns gerais remonta já a 1848 (completada em 1858 e hoje constante da Ordonnance n.º 45-1744, de 6/8/1945, modificada pela Decreto de 30 de Setembro de 1953). Cumpre destacar, para além dos aspectos comuns aos demais *warrants* (como sejam a existência de dois títulos autónomos – o *warrant* e o *récépissé* – transmissíveis por endosso; a necessidade de o primeiro endosso – mas não dos seguintes - separado do *warrant* ter de ser registado no armazém geral, sob pena de inoponibilidade a terceiros; o facto de o portador do recibo não poder retirar as mercadorias sem pagar a dívida do credor portador do *warrant*; e a circunstância deste último ter acção pessoal contra os vários endossantes, incluindo o depositante), que se opera uma transmissão de um título representativo da posse dos bens depositados (de modo que “*la possession du titre (...) entraîne la possession des marchandises (...) la chose représentée par un titre adéquat est considérée, comme étant matériellement en puissance du possesseur du titre*”), ficando estes em poder efectivo de um terceiro acordado pelas partes. Mas o aspecto porventura mais relevante deste regime assenta na possibilidade de o objecto da garantia – as mercadorias depositadas – serem coisas fungíveis, passíveis de ser vendidas e/ou transformadas, passando a garantia, neste caso, a incidir sobre as adquiridas em substituição da originárias (o art.º 20.º, n.ºs 2 e 3, nos termos do qual as mercadorias oneradas “*peuvent être remplacées par des marchandises de même nature, de même espèce et de même qualité. La possibilité de cette substitution doit être mentionné à la fois sur le warrant. Les droits et privilèges du porteur du récépissé et du porteur du warrant sont reportés sur les marchandises substitués*”), fenómeno este qualificado pela jurisprudência domiantes com base no instituto da sub-rogação real (no mesmo sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 338). De acordo com Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 46 e segs., esta garantia consente compatibilizar os interesses do devedor (permitindo-lhe continuar a dispor dos bens onerados), com os do credor (que poderá, depois da inscrição no registo, opor o seu direito a todos os demais credores do devedor) e os de terceiros (porquanto, não só a constituição da garantia se encontra sujeita a registo, como dessa inscrição se fará menção no próprio *warrant*), funcionando como um importante instrumento de crédito. Relativamente à constituição da garantia, o primeiro endosso deste separado do “*récépissé*” deve ser datado (além de conter a indicação do crédito garantido, da data de vencimento e do nome e domicílio do credor), devendo o primeiro cessionário inscrever o endosso nos registos do armazém (sob pena de inoponibilidade da garantia), processando-se a posterior circulação do *warrants* de acordo com as regras vigentes para os títulos à ordem (embora com uma *nuance*, na medida em que os cessionários sucessivos do *warrant* podem requerer a transcrição no registo da sua identificação e domicílio, o que facilitará o pagamento, uma vez que o titular do recibo conhecerá logo a identidade do portador do *warrant*) - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 339 a 341. Finalmente e no que toca à extinção da garantia, caberá ao portador do recibo pagar ao portador do *warrant* e, caso o não faça, este disporá dos meios de defesa cambiários, para além da possibilidade de requerer a venda ou a atribuição judicial dos bens onerados - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 341 a 343.

<sup>1941</sup> Permitindo, assim, aos agricultores obter financiamentos sem transferir a posse dos bens que constituem o seu objecto de trabalho. No direito francês, esta garantia foi criada por Leis de 18/7/1898 e de 30/4/1906 (posteriormente alteradas pela Lei de 28/9/1935), ressaltando Hardel, ob. cit., pág. 131 e segs., que esta modalidade é diversa da que resulta do depósito das mercadorias em armazéns gerais, por consentir ao empenhador o uso dos bens onerados (ou seja, constitui “*l’adaptation à l’agriculture du warrant de Magasin Général, mais sans entrepôt ni dessaisissement des produits*”), razão pela qual Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 343, o integram na categoria dos *warrants* sem desapossamento. De acordo com este regime gaulês, o constituinte da garantia deveria ser, sob pena de nulidade (embora atípica, uma vez que os tribunais, para protecção do credor, recusam conferir legitimidade ao devedor para a invocar - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 347, nota 215), o proprietário do terreno ou quem o cultivasse (mas reservados aos que exercessem uma actividade agrícola a título profissional, abrangendo agricultores e cooperativas - Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 187



---

-, embora se não fosse o proprietário do imóvel tivesse o ónus de notificar o *dominus*, sob pena de inoponibilidade da garantia, podendo este opor-se à constituição da garantia em caso de existência de rendas em atraso e, se o fizesse, originaria a nulidade do negócio de garantia – cfr. Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 351 e 352), desde que proprietário dos bens a onerar (na falta deste pressuposto, o portador do *warrant* pode opor o seu direito ao verdadeiro *dominus* ou a terceiro, por força da regra da posse vale título e do desapossamento – embora fictício – que caracteriza esta garantia, desde que se encontre de boa fé – traduzida na ignorância da falta de propriedade do constituinte - e o proprietário ou o terceiro não tenham sido investidos na posse do bem). Quanto ao objecto, poderia incidir sobre produtos ao serviço da exploração agrícola, mesmo que não estritamente ligados ao cultivo da terra (como os produtos e os animais – quanto a estes, as partes podiam convencionar que a garantia se estenderá aos animais que venham substituir os originariamente empenhados, ou seja, serão considerados enquanto bens fungíveis -, o material de armazenagem e todo o demais material afecto à exploração agrícola, assim como as colheitas pendentes e os frutos não recolhidos, mas com excepção dos imóveis por destinação). Relativamente à publicidade, a garantia deveria ser inscrita num registo especial (mediante declaração do financiador, contendo a identificação dos bens onerados e dos montantes mutuados, com a eventual menção da existência de outras garantias similares prévias sobre os mesmos bens), inscrição essa que é condição de oponibilidade da garantia a terceiros (juntamente com a entrega do *warrant* ao credor, do qual deve constar o volume e o número da transcrição no registo, bem como os eventuais *warrants* existentes sobre os mesmos bens - Simon Quincartlet, *ob. cit.*, pág. 191), podendo qualquer interessado requerer um certificado atestando a existência ou não de *warrants* constituídos por parte de um determinado sujeito (Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 354): para além disso, far-se-á menção do registo no próprio *warrant* (caso os bens sejam confiados a terceiros, existirá ainda um *récépissé*, documento através do qual o terceiro aceita o encargo de guarda dos bens empenhados). Dos dados normativos decorre que o empenhante conserva o direito de dispor dos bens onerados (embora a transferência só seja oponível ao portador do *warrant* após o pagamento do seu crédito), mas não proceder à respectiva entrega (sancionando-se criminalmente os actos de destruição ou deterioração do objecto empenhado), sendo o portador do *warrant* considerado como possuidor dos produtos empenhados (ou seja, estamos perante um desapossamento fictício, ou seja, a posse do *warrant* “*lui confère tous les droits d’un créancier gagiste, bien que l’objet du gage ne se trouve pas matériellement entre ses mains*” – Simon Quincartlet, *ob. cit.*, pág. 186), tendo o direito de os fazer vender e de, após intimação para pagamento (e em caso de persistência do incumprimento, de comunicar tal facto ao registo, a fim de este notificar os endossantes), se satisfazer com preferência sobre o produto dessa alienação, normalmente através da sua venda, para a qual dispõe de um procedimento simplificado, (sendo discutível se o portador do *warrant* pode requerer a atribuição judicial dos bens onerados – alude a esta controvérsia Simon Quincartlet, *ob. cit.*, págs. 196 e 197, respondendo em sentido afirmativo, alegando ser esta uma prerrogativa prevista, em termos gerais, para todos os penhores e não excepcionada por esta legislação específica, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 359 e 360), bem como de exercer um direito de retenção sobre os ditos bens (embora Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 381, ressalve que tal direito não pode ser oposto ao detentor ou possuidor efectivo do bem), assim como o direito de endossar o título (e, ainda, o recurso contra os endossantes sucessivos do título quando este seja descontado antes do seu vencimento). Por seu turno, o devedor tem o ónus de reembolsar o crédito garantido – ao último portador do *warrant* - a fim de libertar os produtos onerados, mantendo o direito de *warranter* novamente os mesmos bens – desde que previna o segundo credor da existência de uma garantia anterior - e mesmo de os alienar (mas sem que possa entregar os bens ao adquirente sem prévio pagamento do credor garantido, o que equivale a conceder a este um direito de retenção), incumbindo-lhe velar pela conservação das mercadorias empenhadas (evitando a sua deterioração ou depreciação), sendo sancionado penalmente se o não fizer. Cumpre ainda destacar, na senda de Simon Quincartlet, *ob. cit.*, pág. 188, que no caso de os produtos onerados se misturarem com outros, o direito do credor portador do *warrant* “*s’exercera sur une quantité de produits mélangés de valeur égale*” e, sempre que se trate de bens fungíveis, ainda que não misturados com outros, bastará que o devedor conserve a mesma quantidade de bens onerados, assim se consentindo um mecanismo de sub-rogação real (quanto a este último aspecto vide Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 303 e Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 203). Quanto à circulação do *warrant*, aplicam-se as disposições vigentes para os títulos à ordem, ou seja, pode circular através de endosso, respondendo perante o portador todos os que subscreveram ou endossarem o título (cfr. Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 355 e 356, embora o facto de o mutuário ter a possibilidade de cumprimento antecipado obrigue o portador do *warrant* que o pretenda descontar a, previamente, avisar a entidade registadora da garantia, a fim de esta alertar o mutuário acerca da identidade do sujeito a quem deverá efectuar o pagamento).

---

<sup>1942</sup> Criado pela Lei de 8/8/1913 (alterada pela Lei de 17/3/1915). Relativamente a esta figura, Hardel, ob. cit., pág. 148 e segs., destaca o seu âmbito de aplicação subjectivo (a garantia podia ser constituída a favor de qualquer sujeito que explorasse um estabelecimento hoteleiro, mesmo que não o seu proprietário, mas desde que fosse o *dominus* dos bens a onerar - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 362) e objectivo (podendo incidir unicamente sobre os bens móveis corpóreos do empenhante – nos termos enumerados pela lei -, com exclusão dos incorpóreos e das mercadorias), bem como o facto de os bens objecto da garantia permanecerem em poder do empenhante que, porém, não os pode empenhar uma segunda vez (circunstância esta criticada pelo Autor por comprometer o futuro recurso ao crédito por parte do constituinte, mesmo que o valor do bem o consentisse). No que concerne à forma de constituição, aos direitos que assistiam ao portador do *warrant* e às modalidades de execução da garantia, valem, com ligeiras diferenças, as regras expostas para o *warrant* agrícola (de entre essas divergências, destaca-se o direito preferencial, em caso de venda, por parte do arrendatário do imóvel onde funciona o estabelecimento hoteleiro - para pagamento de um montante que não excederá um ano e meio de rendas – e, por outro lado, a impossibilidade e o bem onerado ser confiado a um terceiro – Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 361), sendo de salientar a ausência de cominação legal para o não cumprimento das formalidades prescritas para o primeiro endosso (entende tratar-se de uma simples inoponibilidade face a terceiros Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 364). Já Simon Quincartlet, ob. cit., págs. 207 a 210, salienta que os bens objecto desta garantia não podem estar previamente onerados por qualquer penhor comum ou de estabelecimento comercial (não podendo, ademais, haver mais de um *warrant* para os mesmos objectos) e, por outro lado, a lei incrimina a conduta do devedor que constitua um *warrant* sobre bens de que não é proprietário (ou previamente onerados) ou que destrua ou desencaminhe os bens objecto do *warrant*. Por sua vez Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 68 e 69, apesar de reconhecer algumas vantagens da figura em sede de execução (bastando ao credor obter uma decisão do juiz do tribunal de comércio competente para proceder à venda), relata a sua escassa aplicação, sobretudo devido à concorrência de outras garantias sobre os mesmos bens (como o *nantissement* de material – mais vantajoso - e do estabelecimento comercial, que abarca o leque maior de bens). À semelhança do previsto para o penhor agrícola, também neste caso existe um dever de aviso do proprietário do imóvel, quando não seja o empenhante, sendo o procedimento e os efeitos análogos (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 363 e 364).

<sup>1943</sup> Esta garantia, consagrada na Lei de 21/4/1932, aparece decalcada do *warrant* hoteleiro, embora com dois aspectos distintos: em primeiro lugar, em caso de desconformidade entre as quantidades ou qualidades dos produtos existentes num dado momento e as acordadas no momento da constituição da garantia, o portador do *warrant* poderá exigir, no prazo de 48 horas, o restabelecimento da garantia nos termos convencionados ou, em alternativa, o pagamento da dívida (de referir que a garantia recai sobre uma quantidade não concretamente identificada de produtos petrolíferos, não exigindo sequer a lei uma separação destes e dos que não são abarcados pelo *warrant*); finalmente, o vencimento antecipado da obrigação garantida em caso de diminuição dos stocks de, pelo menos, 10% (nesta hipótese, o empenhante deverá aumentar o valor ou as quantidades oneradas ou, em alternativa, reembolsar uma parte proporcional da quantia mutuada: se não o fizer, vencer-se-á a totalidade da dívida), embora não se preveja qualquer consequência para o aumento de valor do stock dos bens empenhados (não podendo, por isso, o devedor requerer uma diminuição proporcional dos bens onerados) - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 367. Finalmente, os Autores alertam para o facto de as entidades públicas terem preferência na satisfação sobre os stocks o que, nomeadamente em situações de crise, poderá fazer esgotar os stocks e comprometer a segurança dos credores particulares portadores dos *warrants*. Mas, o aspecto mais original desta garantia reside no carácter fungível do seu objecto, evidenciado pelo facto de a lei nem sequer impor que o devedor separe materialmente os bens onerados de outros do mesmo género por ele detidos (realçam este aspecto Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 211 e segs. e, sobretudo, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 367, explicando este último como o devedor goza da faculdade de substituição dos bens dados em garantia, embora tal faculdade pareça em contradição com a impossibilidade de entrega dos bens onerados a terceiros antes de pago o credor pignoratício, resolvendo o Autor tal dilema sugerindo que “*ce que le débiteur ne peut délivrer c’est le stock warranté, ce qui ne lui interdit pas de remplacer son contenu et donc de le livrer a autrui*”). Segundo Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 306, é esta natureza fungível que, ao impedir a consagração de um direito de sequela, obriga ao estabelecimento da proibição de diminuição das quantidades oneradas por parte do devedor. Existem ainda outras três particularidades deste *warrant*, quais sejam a limitação a 3 anos da validade da inscrição no registo, a necessidade de o título ser redigido pela entidade registadora – e não pelas partes – e, por último, a possibilidade de as partes convencionarem uma venda particular (neste sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 367 e 368).

Estas três últimas garantias apresentam como traço comum a natureza fungível dos bens sobre os quais recaem (sem necessidade de uma operação material de identificação das coisas oneradas), deixando, por outro lado, ao devedor uma liberdade de renovação dos *stocks* empenhados, destarte tornando-se menos intrusivas relativamente à actividade profissional do empenhante, embora tal fungibilidade possa comprometer o direito de sequela do credor pignoratório.<sup>1946</sup>

A generalidade destas figuras encontra hoje acolhimento no Code de Commerce, que dedica capítulos autónomos aos *warrants* constituídos pelos armazéns gerais,<sup>1947</sup> ao

---

<sup>1944</sup> Criado por uma lei de 2/9/1940, inicialmente por um período temporário, mas posteriormente prorrogado por tempo indeterminado, aproximando-se o seu regime do consagrado para o *warrant* petrolífero, variando somente o objecto da garantia (apenas produtos fabricados de acordo com as prescrições constantes de uma “*lettre d’agreement*” emitida pelo Governo) e, apesar de assistir ao credor o direito de exigir imediatamente o cumprimento da obrigação garantida em caso de diminuição da garantia, a lei não fixar uma percentagem a partir da qual o poderá fazer (neste sentido Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 369 e 370 e Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 205). De acordo com o regime legal, o Governo poderá convidar alguns industriais a fabricar determinados produtos de uso corrente, recebendo uma carta de recomendação que lhes permite onerar tais bens e mantê-los em seu poder, obrigando-se a manter uma quantidade deles que for acordada no momento da constituição da garantia (sendo, por isso, esta uma garantia que incide sobre coisas fungíveis - Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, págs. 306 e 307 – ou sobre um stock - Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 205).

<sup>1945</sup> A regulamentação desta garantia foi aprovada pela Lei de 24/6/1939, incidindo sobre mercadorias destinadas aos interesses da defesa nacional de guerra, *warrant* este surgido no contexto de segunda guerra mundial, permitindo aos industriais deste ramo obter empréstimos onerando os respectivos stocks – sobre esta garantia, vide Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés cit.*, pág. 577, relatando que, actualmente, não assume relevância uma vez ultrapassado o contexto especial em vista do qual foi criada.

<sup>1946</sup> Acerca do direito de sequela nas garantias que incidam sobre bens fungíveis, vide *infra* n.º 1.1 do Capítulo IV.

<sup>1947</sup> Nos termos dos art.ºs L521-1 e segs., os armazéns gerais estão habilitados a negociar *warrants* que representem as mercadorias nele depositadas (ou concederem empréstimos contra a constituição de penhores sobre as mesmas mercadorias). De acordo com este regime, a cada depositante é entregue um ou mais recibos (contendo o nome, profissão, e domicílio do depositante, bem como a identificação da natureza e valor dos bens entregues) e a cada recibo é anexado, sob a denominação de *warrant*, um “*bulletin de gage*” contendo as mesmas indicações do recibo (art.ºs L522-24 e L522-25): quer os recibos, quer os *warrants*, podem ser transmitidos através de endosso (art.º L522-26) e são inscritos num registo, no qual devem ser averbados, a pedido do cessionário do recibo ou do *warrant*, os endossos efectuados a seu favor (art.º L522-27). Importa, todavia, distinguir o caso do endosso apenas do *warrant* (que vale como penhor da mercadoria a favor do cessionário do *warrant* – art.º L522-28, n.º 1) ou unicamente do recibo (caso em que o direito de disposição sobre as mercadorias se transfere para o cessionário, mas com a obrigação de pagar o crédito garantido pelo *warrant* – art.º L522-28, n.º 2): no primeiro caso, o primeiro cessionário deve inscrever o primeiro endosso nos registos do armazém geral e fazer menção dessa inscrição no próprio *warrant* (art.º L522-29, n.º 3) e o portador deste pode, oito dias após o protesto, encarregar oficiais públicos da venda a granel das mercadorias empenhadas (art.º L522-31), sendo pago imediatamente depois dos créditos por impostos devidos pela mercadoria em questão e dos custos da venda e da conservação das mercadorias (art.º L522-32); na hipótese de cessão apenas do recibo, o portador deste pode pagar o crédito garantido pelo *warrant*, mesmo antes do seu vencimento e, se o portador do *warrant* for desconhecido, o pagamento é consignado à administração do armazém geral que se torna responsável por ele, do mesmo passo libertando a mercadoria (art.º L522-30). Apenas se o produto da venda das mercadorias for insuficiente é que o portador do *warrant* pode reagir contra o empenhante e os endossantes, neste último caso apenas se tiver procedido à venda no mês seguinte à data do protesto (art.º L522-33). Finalmente, na eventualidade de perda de qualquer dos documentos, a lei não deixa desprotegidos os seus portadores, permitindo-lhes, desde que demonstrem a sua propriedade e prestem caução (a qual será liberada num prazo de 5 anos, para o recibo, ou de 3 anos, para o *warrant*), solicitar uma ordem judicial que implique a emissão de um duplicado (no caso do recibo) ou o pagamento do crédito garantido (para o *warrant*) – cfr. art.ºs L522-36 e L522-37. Outro aspecto particularmente relevante deste regime sublinhado por Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 557, é a possibilidade de as mercadorias empenhadas poderem ser renovadas e substituídas por outras, sem prejuízo para a garantia (cfr. art.º L522-24, segundo os quais as mercadorias fungíveis depositadas num armazém geral, relativamente às quais tenha sido emitido um “*récépissé*” e um *warrant* podem ser

*warrant* hoteleiro<sup>1948</sup> e ao *warrant* petrolífero<sup>1949</sup> - enquanto o *warrant* agrícola encontra guarida nos art.ºs L. 342-1 a L342-17 do Código Rural<sup>19501951</sup> - embora se continuem a suscitar dúvidas acerca da natureza jurídica destas garantias.<sup>1952</sup>

---

substituídas por outras da mesma natureza, da mesma espécie e qualidade, desde que a possibilidade de tal substituição seja mencionada no “*récépissé*” e no *warrant* – n.º 2 – passando o direito dos credores e do portador do *warrant* a recair, sem necessidade de qualquer formalidade adicional, sobre as mercadorias substituídas (n.º 3), podendo mesmo ser emitidos “*récépissés*” e *warrants* sobre uma quantidade de mercadorias fungíveis integradas num lote maior.

<sup>1948</sup> Cfr. art.ºs L523-1 a L523-15. Mantendo embora o âmbito de aplicação do diploma de 1913 a que se fez menção, precisando que a garantia pode abarcar também bens imóveis por destinação), estes preceitos determinam, quando o empresário não seja o proprietário ou usufrutuário do imóvel, a necessidade de notificação do proprietário ou usufrutuário do pedido de empréstimo, informando-os do montante do empréstimo e dos bens a onerar (cfr. art.º L523-2, acrescentando que o proprietário e/ou usufrutuário pode opor-se ao empréstimo quando existam mais de 6 meses de rendas em atraso). Quanto ao funcionamento da garantia, existe um registo em todos os tribunais do comércio, cabendo àquele onde se situa o hotel entregar o *warrant* ao hoteleiro (não podendo ser entregue mais do que um *warrant* para os mesmos objectos) que o transferirá ao financiador através de endosso (devendo este, no prazo de 5 dias, inscrever no registo este endosso, do qual se fará também menção no próprio título), sendo o título posteriormente transmissível através de outros endossos (art.ºs L523-4 e L523-5, nos termos dos quais todos os que assinem ou endossem um *warrant* respondem solidariamente para com o seu portador). A inscrição no registo será eliminada, nos termos do art.º L523-7, a pedido do hoteleiro, mediante prova do pagamento do crédito garantido (havendo lugar à emissão de um certificado de abolição da inscrição) ou oficiosamente (ao fim de 5 anos, se não for pedida a sua renovação). Não obstante a constituição da garantia, o hoteleiro conserva a propriedade e o poder de disposição sobre os bens onerados, mas apenas poderá entregá-los ao adquirente depois de satisfeito o credor (art.º L523-8): todavia, segundo Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 610, caso o devedor não o faça, o portador do *warrant* não dispõe de nenhum direito de sequestração contra o adquirente de algum bem móvel que se encontra na sua posse de boa fé. Aquando do vencimento da obrigação garantida e em caso de não pagamento, o portador do *warrant* deverá intimar o devedor através de carta registada com aviso de recepção e, em caso de manutenção do incumprimento, requerer a venda, nos mesmos termos da venda do estabelecimento comercial, (sendo que, se o fizer, apenas pode reagir contra os endossantes e o hoteleiro em caso de insuficiência dos bens empenhados para cobrir a dívida e deve fazê-lo no prazo de 3 meses a contar da data da venda): relativamente ao produto da venda, o crédito do portador do *warrant* apenas cede perante o de impostos directos e custos da venda dos bens (art.ºs L523-11 e L523-12). Por último, prevê-se a aplicação das sanções penais para a constituição de *warrants* sobre bens de que o hoteleiro não seja proprietário ou já onerados com outro penhor, bem como para o desaparecimento ou deterioração voluntária dos bens onerados em prejuízo do credor (art.º L523-13).

<sup>1949</sup> Este *warrant* encontra-se regulado (cfr. art.ºs L524-1 a L524-21) de modo em tudo semelhante ao do *warrant* hoteleiro, excepto no que se refere ao objecto que, conforme decorria da legislação anterior, não é um bem certo e determinado, mas um stock de bens que nem sequer necessita de ser materialmente separado de outros produtos similares detidos pelo financiado (art.º L524-1). Ainda assim, alguns aspectos divergentes merecem ser destacados: o *warrant* só é válido por 3 anos, sem prejuízo de renovação (art.º L524-2); deve indicar se os bens onerados estão ou não segurados (art.º L524-3), após o vencimento do crédito garantido e a intimação infrutífera, o portador do *warrant* deverá, sob pena de perda dos seus direitos relativamente aos endossantes, denunciar o incumprimento a todos eles (art.º L524-9); em caso de venda dos bens empenhados, esta será ordenada pelo tribunal do comércio do local onde se encontrem as mercadorias e será efectuada por oficial público, salvo menção inscrita no *warrant* que admita a venda particular (art.ºs L524-10 e L524-11); em caso de desconformidade da qualidade ou quantidade dos bens empenhados, os financiadores podem intimar o proprietário a restabelecer a garantia no prazo de 48 horas ou de reembolsar, total ou parcialmente, as quantias mutuadas e, se não o fizer, produz-se o vencimento automático da obrigação garantida (art.ºs L524-15); finalmente, em caso de baixa em 10% ou mais do valor dos stocks, os financiadores podem intimar o proprietário a aumentar a garantia ou a um reembolso proporcional das somas mutuadas e, se não o fizer, produz-se o vencimento automático da obrigação garantida (art.º L524-16).

<sup>1950</sup> Apesar de retomar, em grande medida, as soluções constantes da anterior legislação (a que se fez referência anteriormente), designadamente ao nível dos bens a onerar, dos sujeitos onerantes e das formalidades de constituição, a oponibilidade do *warrant* apenas após a inscrição no registo (a qual possui uma validade de 5 anos, renovável), o facto de, apesar de o devedor conservar a livre administração dos bens onerados, se estes perderem a sua individualidade, os direitos do portador do

*warrant* exercer-se-ão sobre uma quantidade equivalente de produtos de igual valor e, em caso de renovação dos produtos empenhados, a garantia abarcar, de modo automático, os bens substitutos, no que constitui uma manifestação do princípio da sub-rogação real (reconhece igualmente neste regime a consagração desta figura, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 64, embora distinga dois planos: em primeiro lugar, as partes podem estipular que os animais substitutos dos inicialmente empenhados ocupem o lugar destes como objecto da garantia; por outro lado, o depósito de bens origina a perda da individualidade dos bens onerados, razão pela qual a garantia passará a recair sobre uma quantidade de produtos misturados de igual valor, considerando a jurisprudência que, neste segundo caso, “*dans le cas où le warrant porte sur des choses fongibles, la faculté de subrogation devait être considérée comme ayant été tacitement convenue par les parties. Ainsi, le renouvellement des produits est possible et la sûreté est maintenue de plein droit sur les biens ainsi substitués*” – em termos análogos, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 349, acrescentando ser vislumbrável uma tendência jurisprudencial no sentido de admitir a sub-rogação real mesmo para além destes casos expressamente previstos na lei, por exemplo no que concerne aos stocks de mercadorias, mas sempre na condição de existir estipulação das partes nesse sentido). Para evitar que esta garantia possa lesar o senhorio do terreno agrícola, a lei impõe ao constituinte do *warrant* o dever de o alertar do valor dos bens onerados e do crédito garantido (caso o não faça a preferência do senhorio para pagamento das rendas prevalecerá sobre a do credor pignoratício) e das duas uma: ou não existem rendas em atraso e o senhorio não se poderá opor à constituição da garantia ou, caso existam essas dívidas, o senhorio pode opor-se à constituição da garantia. Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 55 e segs., criticam o regime legal por tratar uniformemente uma garantia que pode abarcar, simultaneamente, bens determinados (os materiais e os instrumentos de trabalho integrados na exploração agrícola) e coisas fungíveis (as colheitas e os animais) e realçam as fragilidades desta garantia, seja no que concerne ao direito de retenção (que, embora impeça a entrega a um terceiro adquirente, não é oponível a qualquer terceiro titular de um direito de retenção efectivo – destacam esta fragilidade, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 607 e segs., considerando que, deste modo, o credor não pode opor-se à alienação dos bens onerados, o que constitui o calcanhar de Aquiles desta garantia), seja no que respeita ao direito de sequela (por força da regra da posse vale título, a qual não pode ser afastada pois a garantia incide sobre bens de difícil identificação e objecto de transacções frequentes, pelo que a publicidade não é suficiente para criar uma situação de má fé nos terceiros), seja nas limitações ao funcionamento da sub-rogação real (apenas possível quando exista estipulação contratual nesse sentido, permitindo ao constituinte a substituição dos bens originariamente empenhados), excepto, quanto a este último aspecto, quando recaia sobre bens fungíveis (caso em que deverá manter uma quantidade de bens da quantidade e qualidade acordadas, beneficiando, mesmo no silêncio do legislador, de uma faculdade de substituição, avançando mesmo que “*La rotation du stock peut, d’ailleurs, être une obligation pour le constituant dans la mesure où il est composé de marchandises sujettes à déperissement*”: contudo, o credor não disporá de um direito de sequela que lhe permita reivindicar os bens integrantes do stock onerado, nem mesmo em caso de má fé do terceiro). Também Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 64, destaca como a circunstância de o devedor permanecer em poder do bem onerado e o poder alienar e entregar a terceiro fragiliza a garantia do credor, porquanto o direito daquele terceiro possuidor de boa fé prevalecerá sobre o do credor pignoratício, por força do princípio da posse vale título (só assim não será se os bens tiverem sido vendidos, mas não entregues ao terceiro, podendo o credor opor ao terceiro uma espécie de direito de retenção, decorrente da posse fictícia que a lei lhe confere).

<sup>1951</sup> Existe ainda o chamado *warrant* agrícola especial – constante do art.º 56.º do Código do Vinho – que recai sobre *stocks* de vinho (mas apenas sobre o produto final e não sobre colheitas ainda pendentes), na qual também se consagra a sub-rogação real (na medida em que a lei determina que o direito do credor garantido incide, não apenas sobre uma quantidade de vinho determinada, mas igualmente sobre a quantidade de álcool proveniente da destilação eventual desse vinho: Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 304 - os quais salientam ainda a natureza fungível do quid onerado – e Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 204). Esta garantia, prestada pelos produtores de vinho, constitui-se através da assinatura, por parte do constituinte, de um título à ordem (contendo a indicação da quantidade de vinho onerada) que, em seguida, será inscrito num registo especial existente junto da administração fiscal, sem que a lei imponha qualquer outra medida publicitária (como salientam Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 609, tal ausência não se afigura muito pernicioso, dado que “*les créanciers qui interviennent dans ce secteur spécialisé et relativement fermé, prennent le soin, avant de contracter, de s’informer auprès de l’administration fiscale sur l’existence de warrants*”). Por outro lado, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 558, realçam que, a partir dessa inscrição, a entidade administrativa não procederá à entrega do documento necessário à circulação do produto onerado, pelo este ficará retido nas instalações do viticultor, de modo que o credor gozará de um verdadeiro direito de retenção. Já Jean-François Riffard,

Merece especial atenção o regime do *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel*, particularmente pelo facto de, para protecção do credor, ter afastado a regra da “posse vale título”,<sup>1953</sup> actualmente incorporado no Código

ob. cit., págs. 64 e 65, destaca a segurança desta garantia para o credor, não apenas por poder solicitar à administração fiscal o não envio ao devedor da documentação necessária ao levantamento ou à deslocação dos bens onerados sem o seu consentimento (permitindo-lhe, desse modo, exercer um controlo de facto sobre o objecto da garantia), mas ainda por poder opor o seu direito aos terceiros a quem o devedor tenha alienado ou cedido o bem onerado, em razão da presumida má fé destes.

<sup>1952</sup> A contestação à natureza pignoratícia desta garantia prende-se com a ausência de desapossamento do constituinte que caracteriza os *warrants*, embora Simon Quincaret, ob. cit., pág. 200 e segs., ateste que a posição dominante – e com apoio nos trabalhos preparatórios das primeiras leis que criaram este tipo de garantia – aponta no sentido da sua qualificação como penhor, uma vez que “*Les produits engagés ont leur représentation légale dans le warrant; la remise aux créanciers de ce titre représentatif peut constituer la tradition qu'exigent les principes en matière de constitution de gage (...) une sorte de tradition brevi manu ou quasi tradition des produits engagés, de manière que le propriétaire de ces produits se trouve détenir sa propre chose pour le compte du créancier gagiste et a titre de dépositaire*”, admitindo assim que a posse jurídica não tenha necessariamente que se identificar com a detenção física, através de um fenómeno a que se poderá chamar a espiritualização da posse (esta posição goza do beneplácito da jurisprudência maioritária, a qual considera que o *warrant* agrícola “*rendu public par la transcription est la représentation légale de la chose warrantée et confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle; qu'en conséquence le porteur de bonne foi est (...) fondé a opposer son titre à l'acquéreur qui ne peut exciper d'une mise en possession antérieure*”). Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 343, salientam, a propósito do *warrant* agrícola, que a manutenção do bem em poder do devedor gera dúvidas acerca da natureza pignoratícia desta garantia, a qual, não obstante, continua a ser defendida pela jurisprudência e é aplaudida pelo Autor, não apenas porque a lei consagra uma tradição ficta dos bens onerados para o credor, mas também porque limita o direito do credor dispor dos mesmos bens (apelidando de penhor sem desapossamento). Noticiam a recusa da jurisprudência dominante em qualificar como hipotecas mobiliárias os *warrants*, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 606. Acerca da natureza jurídica das garantias mobiliárias não possessórias, designadamente quanto à sua integração no âmbito do penhor, vide n.º 1.2 do Capítulo III.

<sup>1953</sup> Esta garantia, instituída pela Lei de 18/1/1951 (alterada pelos decretos de 30/9/1953 e de 20/5/1955) e pese embora o seu âmbito de aplicação limitado (apenas pode ser constituída para a aquisição de máquinas e equipamentos profissionais – e, por isso, a favor do vendedor de tais bens, daquele que tenha adiantado fundos para o efeito ou daqueles que tenham dado garantias pessoais para alguma dessas operações, e apenas para garantia do preço de aquisição de tais bens - incidindo unicamente sobre esses mesmos bens, excluindo assim as matérias primas, as mercadorias, os bens destinados a uso pessoal ou familiar e os bens consumíveis – acerca do leque dos bens que podem ser onerados, vide Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 327), exige, sob pena de nulidade (e não apenas de ineficácia face a terceiros – cfr., por todos, Yves Gérard, ob. cit., pág. 57) a redacção de um documento escrito (contendo a identificação dos bens onerados de modo preciso, inclusivamente com indicação da sua localização - segundo Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 328 e 329, esta designação deverá permitir a distinção dos bens empenhados de outros do mesmo género pertencentes ao devedor -, bem como a menção que a garantia constituída sobre os mesmos se destina a assegurar a aquisição desses bens) munido de data certa (visando assegurar que a garantia se constitui no momento da celebração do contrato de venda ou de mútuo, assim se comprovando que o penhor se destina efectivamente à aquisição de material de uso profissional, embora a lei tenha sido posteriormente alterada no sentido de admitir que a garantia possa ser constituída até um mês após a entrega do bem). Para além disso, este acto escrito deve, para atribuição do direito de preferência (para Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 67, o registo é mesmo condição de validade da garantia), ser inscrito num registo apropriado existente no tribunal do comércio do local da situação dos bens, no prazo de 15 dias a contar da data da constituição da garantia (para além desta publicidade obrigatória, o credor pode exigir, a todo o momento e sem que o devedor se possa opor, a colocação de um placa nos bens onerados, indicando o local, a data e o número da inscrição registal da garantia, sendo esta publicidade condição *sine qua non* para a outorga de um direito de sequela - Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 330) e com uma validade de 5 anos. Os direitos do credores são assegurados através da proibição de venda dos bens (bem como de deslocalização do estabelecimento), por parte do devedor e antes do vencimento e liquidação da dívida, sem a sua autorização do credor (o que, como salientam Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 295, se traduz na imposição de uma obrigação de carácter pessoal ao devedor), salvo autorização judicial (entendendo Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 331, que tal autorização não se traduz num poder discricionário por parte do juiz,

Comercial (cfr. art.ºs L525-1 a L525-20),<sup>1954</sup> mas sem que se encontrem solucionadas as dúvidas relativamente à sua natureza jurídica.<sup>1955</sup>

devido este deferir tal pretensão do devedor apenas quando constate que a oposição do credor à venda tem como intuito exclusivo causar prejuízo ao devedor), comportamentos estes que, apesar de não gerarem a nulidade do acto de disposição (uma vez que a lei não prevê tal sanção, até porque, na ausência da colocação da placa, o terceiro adquirente possuidor pode valer-se da regra da posse vale título), são penalmente sancionados, para além de implicarem o vencimento automático da obrigação garantida (Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 67). O credor goza de um verdadeiro direito de seqüela, condicionado, porém, à inscrição no registo e à aposição da aludida placa nos bens onerados, pois entende-se que esta última forma de publicidade material cria uma presunção de má fé nos terceiros adquirentes (todavia, sempre se poderá objectar que, por um lado, o devedor se oporá à colocação de tal placa – pois tal consubstancia um sinal, visível para terceiros, que os equipamentos não estão pagos – e, uma vez colocada, poderá retirá-la, sendo, nestes casos, bem mais difícil ao credor demonstrar a má fé dos terceiros adquirentes: ora, estas circunstâncias tornam o direito de seqüela ilusório – assim, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 554. Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 333, admitem, embora com reservas, que a omissão desta formalidade pode ser suprida pelo conhecimento pessoal do possuidor dos bens, atribuindo à publicidade um desiderato meramente informativo, de modo que, mesmo sem a aposição da placa, “*le tiers qui connaît l’existence du gage et accepte néanmoins de rentrer en possession aide nécessairement le débiteur à méconnaître son obligation de conservation. Il serait ainsi constitué de mauvaise foi*”. Théry, ob. cit., pág. 307, sugere que a colocação da placa tem como única consequência a impossibilidade de os terceiros adquirentes se poderem socorrer da regra da posse vale título). Bem mais discutível é a outorga de um direito de retenção (Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 383 e Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 248, noticiam que a jurisprudência dominante recusa tal direito, fundando-se na ausência de desapossamento do devedor). Finalmente, quanto à execução da garantia e em razão da sua natureza não possessória, será necessária a sua prévia apreensão por parte do credor e, em caso de recusa de entrega por parte do constituinte, o credor deverá agir judicialmente para apreender materialmente o bem para depois o alienar (no que toca à graduação no confronto com outros créditos preferentes, o detentor desta garantia apenas cederá perante os créditos por despesas de justiça ou de conservação da coisa onerada e perante os créditos salariais, prevalecendo sobre os créditos fiscais e da previdência), podendo o credor, apesar da duvidosa existência de um direito de retenção, requerer a atribuição judicial do bem em pagamento (neste sentido, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 334). Adicionalmente e no que tange à extinção da garantia, a eliminação da inscrição no registo poderá ser solicitada por qualquer das partes, desde que possuam um documento assinado pelo credor autorizando tal acto, encontrando-se ainda previsto um procedimento específico de expurgação do ónus (Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 335 e 336).

<sup>1954</sup> Estes preceitos reproduzem, no essencial, as soluções da Lei de 1951, sendo de salientar, além dos já referidos a propósito deste diploma, os seguintes aspectos: se o adquirente dos bens for um comerciante, este penhor encontra-se sujeito às regras do penhor de estabelecimento comercial (art.º L525-1, n.º 2); a necessidade de os bens serem identificados de modo a permitir distingui-los dos outros bens do mesmo género pertencentes à empresa (art.º L525-2, n.º 5); o contrato de penhor deve ser celebrado no prazo de 2 meses contar da data da entrega dos bens no local combinado (art.º L525-3, n.º 1); o registo do penhor obedece às mesmas regras do penhor de estabelecimento comercial e deve ter lugar no prazo de 15 dias a contar da data da constituição da garantia (art.º L525-3, n.º 2); sempre que a entrega do material ocorra fora do prazo previsto (ou fora do local acordado), os créditos garantidos tornam-se imediatamente exigíveis se o devedor não der a conhecer ao credor, no prazo de 15 dias a contar da entrega (e o penhor não pode ser oposto a terceiros se, no prazo de 15 dias a contar daquela notificação, o credor pignoratício não requeira a menção à margem da inscrição do novo local ou data da entrega) – cfr. art.º L525-3, n.ºs 3 e 4; são impostas sanções penais para quem se oponha à colocação de marcas físicas nos bens empenhados, para quem as destrua, retire ou cubra antes da extinção da garantia, bem como para os adquirentes ou detentores dos bens empenhados que os destruam (ou tentem destruir), os façam desaparecer ou os alterem de modo a comprometer os direitos do credor (art.ºs L525-4 e L525-19); a necessidade de as sub-rogações convencionais da garantia serem averbadas à margem da inscrição, no prazo de 15 dias a contar da data do negócio (art.º L525-5); a subsistência do privilégio em caso de transformação do bem onerado em imóvel por destino (art.º L525-8); em sede de graduação de créditos e embora se mantenha a hierarquia anteriormente idealizada, ressalva-se que, para a preferência pignoratícia poder ser oposta ao credor hipotecário, ao vendedor do estabelecimento comercial e ao credor com garantia registada sobre este mesmo estabelecimento, o credor pignoratício deverá notificar estes outros sujeitos da constituição da sua garantia, no prazo de 2 meses após esta (art.º L525-9, n.º 3); aplicação supletiva das regras do penhor de estabelecimento comercial relativamente às formalidades de

Para além disso, a utilização da venda com reserva de propriedade,<sup>1956</sup> da cessão de créditos global ou com pacto de resgate,<sup>1957</sup> depois de inicialmente sustentada por

---

inscrição da garantia, dos direitos do credor em caso de deslocalização do estabelecimento, dos direitos do senhorio do imóvel e da expurgação da garantia (art.º L525-10); o registo da garantia é válido por um período de 5 anos a contar da inscrição, podendo ser renovada duas vezes e garantindo, além do capital, dois anos de juros (art.º L525-11); qualquer interessado pode requerer um atestado comprovando que sobre determinados bens existe ou não um penhor (art.º L525-12); a notificação de venda separada de determinados elementos do estabelecimento comercial ao qual pertençam bens objecto deste penhor, torna imediatamente exigíveis estes últimos créditos (art.º L525-13); a venda de alguns dos bens empenhados juntamente com outros integrados num estabelecimento comercial, é objecto de uma avaliação separada e de um preço distinto, sendo o produto da venda dos ditos bens atribuído, em primeiro lugar, aos beneficiários das inscrições (art.º L525-15). É, porém, discutível se o credor disporá do direito de requerer a atribuição judicial dos bens onerados, relatando Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 615, que, não obstante a recusa em outorgar-lhe um direito de retenção (e da remissão legal para as disposições que regem o penhor de estabelecimento comercial), alguma jurisprudência o admite (com o argumento que tal faculdade apenas deve ser negada em presença de uma disposição legal que expressamente o determine). Para além disso, o constituinte assume um dever de conservação do bem, abstando-se de o alienar ou de conferir a respectiva posse a outrem sem o consentimento do credor (neste sentido, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 553, reforçando que a violação de tais deveres gera o vencimento imediato da obrigação garantida e, no caso da alienação ou empossamento, a aplicação de sanções penais).

<sup>1955</sup> Mencionam esta controvérsia Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 617, opondo os partidários da natureza hipotecária (com base na ausência de posse, mesmo fictícia, por parte do credor, do direito de retenção e de o direito de sequela se encontrar ligado e dependente de uma formalidade publicitária) aos adeptos do carácter pignoratício (notando que o devedor não é livre de alienar os bens onerados e que, noutra plano, goza do direito de atribuição judicial dos mesmos), aderindo a esta última posição, recorrendo ainda ao argumento da designação legal e da consagração, com carácter geral na reforma de 2006, da categoria dos penhores sem desapossamento (em termos análogos, Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 248, questionando a opção de manter este como um penhor especial, porquanto esta garantia se molda ao regime do penhor sem desapossamento, sendo inclusivamente inscrito no mesmo registo que este). Aceita igualmente a natureza pignoratícia desta garantia Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 325 e 326, argumentando que a característica distintiva desta garantia é a amputação ao constituinte de alguns direitos sobre o bem empenhado e, neste caso, o empenhante não poderá vender os bens onerados sem o consentimento do credor pignoratício, ficando privado do direito de livre disposição da coisa e, do mesmo modo, não podendo os seus outros credores apreendê-lo, uma vez que, tal como o devedor, não o poderão vender sem o consentimento do credor pignoratício (criticando os partidários da natureza hipotecária, reforçando que a perda do direito de disposição do bem não se verifica nesta garantia e, por outro lado, que o direito de sequela por ela conferido se encontra dependente a aposição, a requerimento do credor, de uma placa nos bens onerados, atitude esta que o devedor se pode recusar a tomar). Também Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 551, se pronunciam acerca desta questão, considerando que, de acordo com as noções introduzidas pela reforma de 2006, a garantia devia ser qualificada como *gage* (por incidir sobre bens corpóreos) e não como *nantissement* (garantia que recai sobre bens incorpóreos). Acerca da natureza jurídica das garantias mobiliárias não possessórias, designadamente quanto à sua integração no âmbito do penhor, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III.

<sup>1956</sup> De acordo com Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 80 e 81, a reserva de propriedade enfrentou, até 1980, a limitação decorrente de a jurisprudência considerar essa garantia como ineficaz em caso de falência do devedor, mas depois dessa data passou a ser praticamente ideal para os credores, ao bastar a redução a escrito para a sua constituição (sem necessidade de registo) e ao consentir-se a reivindicação do bem e mesmo do preço de revenda ou de outros bens da mesma espécie e qualidade. Todavia, com a reforma de 2006, este instituto passou a beneficiar de consagração legal inequívoca, conforme se verá adiante no texto.

<sup>1957</sup> Alude a esta última figura Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 212 e segs., com sendo um dos exemplos (juntamente com as hipotecas mobiliárias ou os penhores sem desapossamento) de figuras criadas pela prática para contornar a excessiva rigidez das garantias legalmente previstas. Através desta cessão de crédito com pacto de resgate pretende-se obter o mesmo efeito de garantia que se obteria através da constituição de um penhor de créditos, mas com a notável vantagem de, em sede falimentar, o cessionário não ter de participar na repartição da massa falida.



parte da doutrina e jurisprudência, lograram consagração legislativa,<sup>1958</sup> do mesmo modo que o uso do direito de propriedade com finalidade de garantia se foi generalizando,<sup>1959</sup> nas várias modalidades que esta pode assumir.<sup>1960</sup>

Claro está que o advento desta panóplia de “novas” garantias veio aumentar inexoravelmente os conflitos entre credores preferentes (e mesmo face a terceiros adquirentes), para os quais nem sempre se afigura fácil uma solução,<sup>1961</sup> destarte diminuindo a consistência das garantias mobiliárias convencionais.<sup>1962</sup>

---

<sup>1958</sup> Noticiam esta evolução Gabrielli, *Garanzie rotative cit.*, pág. 8 (para além das normas citadas sobre a reserva de propriedade, alude à chamada *Loi Dailly*, para a cessão de créditos) e Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 244 e segs..

<sup>1959</sup> Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 234 e segs., salienta que o recurso a este tipo de negócios tem, relativamente às garantias reais tradicionais, vantagens a nível falimentar, na medida em que o titular de um direito de propriedade (ainda que fiduciário) poderá opor o seu direito aos demais credores do falido (para fazer face a este *status quo*, a Autora sustenta que o legislador deveria reconsiderar a distinção entre propriedade e créditos – e a indubitável posição de supremacia da primeira –, sujeitando a oponibilidade do direito de propriedade fiduciária do credor a determinadas condições). Todavia, não deixa de reconhecer a tradicional aversão a este tipo de negócios, seja por violarem o princípio da tipicidade dos direitos reais de garantia, seja pela inadmissibilidade de um direito de propriedade reduzido a uma função meramente garantística (e espoliada do gozo do bem): à primeira objecção, a doutrina francesa mais recente responde que “*il vincolo del numero chiuso attine ai tipi, mentre la figura della proprietà sûreté attiene alla funzione della proprietà senza incidere sull’assetto tipologico delle garanzie reali*”; no que concerne à segunda, a mesma doutrina replica com o reconhecimento normativo da venda com reserva de propriedade.

<sup>1960</sup> Segundo Jean-François Riffard, *ob. cit.*, pág. 82 e segs., este mecanismo pode revestir diversas modalidades, seja enquanto atribuição directa ao credor de um bem pertencente ao devedor, seja como consequência indirecta da operação: na primeira categoria insere-se a figura do leasing, dentro da segunda cabem as vendas comuns e as transferências de propriedade unicamente com fins de garantia (estas últimas também chamadas alienações fiduciárias). Dentro das vendas comuns, podemos distinguir a venda com pacto de resgate (uma autêntica venda sob condição do pagamento do preço por parte do devedor vendedor, ou seja, em caso de não pagamento o credor torna-se proprietário irrevogavelmente), o *sale and lease back* (acerca desta figura, vide infra n.º 4.3.5 do Capítulo II) e a dupla venda associada a uma cláusula de reserva de propriedade (operação na qual o devedor vende um bem ao credor, enquanto este lhe mutua imediatamente a quantia solicitada e correspondente ao respectivo preço e revende o bem pelo mesmo preço, mas a crédito e com uma cláusula de reserva de propriedade). Todavia, o Autor não deixa de alertar para a hostilidade generalizada que estas figuras enfrentam por parte da jurisprudência francesa, nomeadamente atendendo à alegada violação da proibição do pacto comissório (vide n.º 4.3.5 do Capítulo II), salvo quando se tratasse de um cessão de créditos em garantia que gozava de reconhecimento legal desde a aprovação da *Loi Dailly* (apenas aplicável à cessão, a favor de instituições financeiras, de créditos profissionais do devedor) e que era invocada mesmo noutras hipóteses, justificando-se o seu sucesso pela simplicidade da eventual retransferência do crédito cedido (com efeito, quando este se vencesse antes do crédito garantido, o credor pignoratício podia cobrá-lo directamente ao devedor cedido, extinguindo-se o crédito cedido e tornando inútil a sua devolução ao devedor cedente).

<sup>1961</sup> Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 308 e segs., sustentam que o conflito entre dois ou mais penhores sem desapossamento diferentes é raro (em razão da diversidade de objecto de cada um deles) e, quando se verificarem, normalmente são solucionados por lei (por exemplo, ao mandar prevalecer o penhor sobre o material e equipamento sobre o incidente sobre o estabelecimento comercial, desde que aquele tenha notificado este da existência da sua garantia, solução esta que os Autores entendem ser tributária da prevalência dos privilégios especiais sobre os gerais): se assim não for, vigorará a regra da prioridade temporal - no mesmo sentido, Stéphane Piedelièvre, *ob. cit.*, pág. 244 - (no caso das garantias possessórias, traduzida na data da entrega do bem ao credor ou a terceiro), temperado pelas regras do registo (no caso das garantias sujeitas a tal formalidade), pela prioridade das garantias especiais sobre as gerais, pela prevalência do direito de retenção efectivo sobre o fictício e, finalmente, pela diversidade dos poderes atribuídos ao credor pignoratício, normalmente encimados pelo direito de sequela (segundo os Autores, apenas as hipotecas mobiliárias e os penhores que incidem sobre bens incorpóreos – como o estabelecimento comercial – conferem um direito de sequela pleno, contra o qual não pode ser invocada a regra da posse vale título; para as demais garantias mobiliárias não possessórias sobre bens corpóreos, ainda que sujeitas a registo, a sequela está condicionada à possível invocação da regra da posse vale título; e no caso das garantias sobre bens fungíveis, nem sequer existe direito de seguimento, sendo a

Decorre do exposto que, à entrada para o Século XXI, o quadro legislativo francês em matéria de garantias mobiliárias pouco se havia alterado face ao vertido na codificação oitocentista, surgindo as poucas inovações neste domínio como parcelares e destituídas de qualquer fio condutor,<sup>1963</sup> para além de consagrarem soluções díspares quanto às condições para a sua constituição e para a sua oponibilidade, de serem pouco protectoras dos credores beneficiários,<sup>1964</sup> de desconhecem uma garantia mobiliária não possessória de âmbito genérico<sup>1965</sup> e de gerarem discussões acerca da natureza jurídica de muitas delas.<sup>1966</sup>

---

protecção do credor alcançada através da obrigação de manutenção de uma quantidade suficiente de bens da mesma espécie dos onerados), mas coadjuvados por outros (como o direito de retenção, material ou ficcionado; a impossibilidade de o devedor dispor dos bens onerados, ao menos sem o consentimento do credor; no caso dos bens fungíveis, pela obrigação de conservação permanente de uma quantidade e espécie de bens da mesma índole dos previamente empenhados; e pelas sanções para o incumprimento dessa obrigação de conservação, que vão desde o vencimento imediato da obrigação garantida até à imposição de sanções penais). Em caso de conflito entre uma garantia com desapossamento e outra sem desapossamento (só possível se esta for constituída em primeiro lugar), prevalecerá o credor de boa fé titular de uma garantia com desapossamento (por aplicação da regra da posse vale título), mas, se estiver de má fé, levará a melhor o titular da garantia sem desapossamento (neste sentido, Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 243). Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 118, começa por relatar que o legislador estabelece graduações contraditórias (como por exemplo quando manda antepor o credor titular de um penhor sobre o material e equipamento ao beneficiário de idêntica garantia sobre o estabelecimento comercial, mandando a lei prevalecer este último sobre os créditos salariais: ora, sucede que estes últimos deverão, por força de outra disposição legal, ser pagos com preferência sobre os garantidos por penhor sobre o material e o equipamento), para aludir que o panorama se agrava por força da multiplicação de privilégios (que, para além de serem ocultos e atribuídos a credores cujos créditos ascendem a montantes elevadíssimos - como o fisco, a segurança social e os trabalhadores -, não gozam de regras claras para o concurso com outros credores preferentes: na ausência destas disposições, o Autor entende que o penhor deve gozar de primazia sobre os privilégios mobiliários gerais - excepto no caso dos salários, fisco e despesas de justiça - devendo ceder perante os privilégios especiais destinados a garantir os créditos para conservação do bem, mas não sobre os que garantam os créditos pela valorização dos ditos bens), não sendo igualmente cristalina a solução a dar ao conflito de duas ou mais garantias convencionais entre si (excluindo o conflito entre duas garantias da mesma natureza - dirimido com base na regra *prior in tempore potior in jure* -, as dúvidas colocam-se sobretudo a respeito do conflito entre um penhor sem desapossamento e uma garantia mobiliária não possessória de constituição anterior, uma vez que, se por um lado a preferência do credor pignoratício pode fundar-se na sua posse de boa fé - art.º 2279.º do CCF - a solução inversa parece impor-se quando a outra garantia seja publicitada de tal forma que permita estabelecer uma presunção de má fé para os terceiros adquirentes).

<sup>1962</sup> Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 117 e segs., constata que este *status quo* contribuiu decisivamente para um crescente recurso à utilização da propriedade com fins de garantia (assim permitindo ao credor escapar ao concurso, porquanto o bem onerado não faz, pelo menos formalmente, parte do património do devedor).

<sup>1963</sup> Vide, por todos, Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 201, escrevendo que do panorama legislativo francês transparece que “*Le législateur n’a aucune vue d’ensemble et il crée des sûretés sans se soucier des catégories juridiques déjà existantes, faisant qu’un même biens sera parfois plusieurs fois grevé*”.

<sup>1964</sup> Esse facto deriva, desde logo, da inexistência de regra claras quanto à graduação dos créditos preferentes e às limitações quanto ao direito de seqüela de algumas delas, conforme melhor se verá adiante no texto.

<sup>1965</sup> Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 120 e 121, opinando que, ademais, as garantias mobiliárias existentes não conferem uma informação suficiente a terceiros, seja porque são publicitadas em registos diversos, seja porque o acesso a muitos deles é difícil, seja porque algumas delas são totalmente ocultas (como a reserva de propriedade, os privilégios ou o próprio penhor com desapossamento).

<sup>1966</sup> A este propósito, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 108 e segs., relata as dúvidas acerca da natureza pignoratícia ou hipotecária, atendendo a que a distinção clássica entre penhor e hipoteca, baseada na natureza mobiliária ou imobiliária dos bens onerados não consente uma resposta adequada, qualificando alguns as garantias mobiliárias não possessórias como hipotecas mobiliárias, outros como penhores sem desapossamento e outros ainda como garantias híbridas - para mais desenvolvimentos sobre esta questão, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III.

Não surpreende, assim, que já desde meados do Século passado tenham surgido propostas destinadas a melhorar o sistema de garantias mobiliárias, seja através da transferência do direito de preferência do credor pignoratício para o produto da venda dos bens onerados, seja generalizando a atribuição de um verdadeiro direito de sequela (ao menos quando o penhor incidisse sobre coisas certas e determinadas), seja, por fim, suplicando a criação de um sistema unitário de publicidade aplicável a todas as garantias mobiliárias constituídas pelo devedor.<sup>1967</sup>

Algumas dessas propostas, mais recentes, eram mais profundas e mexiam mesmo com o próprio conceito de garantia real (apontando para a sua funcionalização e preconizando uma uniformização das garantias mobiliárias), buscando inspiração no regime norte-americano.<sup>1968</sup>

Tomando como paradigma ou modelo o UCC, esta perspectiva aponta para uma significativa facilitação das condições de forma<sup>1969</sup> e de fundo<sup>1970</sup> para a constituição,

---

<sup>1967</sup> Dá conta destas sugestões doutrinárias Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 103 e segs.. Relativamente à primeira proposta, ela cingia o seu âmbito de aplicação aos *warrants* (e, por outro lado, advertia que estes deveriam ser obrigatoriamente domiciliados num banco, não tendo carácter liberatório os pagamentos efectuados a outras entidades). Quanto ao direito de sequela, a sua atribuição pressupunha uma limitação ao princípio da posse vale título (e, além disso, o mesmo não poderia ser concedido quando o penhor recaísse sobre coisas genéricas, como sobre um stock renovável de matérias primas ou mercadorias, constantemente renováveis).

<sup>1968</sup> Através da consagração de um regime uniforme de garantia mobiliária, ao qual todas as figuras criadas com esse intuito se teriam que sujeitar, permitindo assim alcançar uma maior racionalização (com a redução dos formalismos de constituição das garantias, o que permitirá, a longo prazo, uma uniformização transnacional), economia (inerente a uma redução dos custos das garantias e à facilidade de execução, que se repercutirá numa maior facilidade de concessão de crédito) e equilíbrio entre os diversos interesses em presença (que ficarão a conhecer com precisão o âmbito dos seus direitos). Esse desiderato poderá ser alcançado através uma garantia única - seja utilizando um conceito novo, seja recorrendo a uma das garantias previamente existentes num dado ordenamento -, seja submetendo a generalidade das garantias existentes a um conjunto de regras comuns (sem que as partes as possam afastar), sempre baseado numa noção funcional de garantias reais, capaz de abranger todas as figuras utilizadas com o intuito de assegurar o cumprimento de um determinada obrigação (esse intuito deverá ser averiguado com base na finalidade ínsita na vontade das partes ou nos efeitos da convenção): em face do exposto, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 224, o conceito de garantia real abrange “*toute technique ou convention qui a pour finalité principale de garantir l'exécution d'une ou plusieurs obligation par le biais de l'affectation à la satisfaction d'un créancier d'un bien ou d'un ensemble de biens meubles appartenant au débiteur, laquelle affectation va conférer au créancier un droit préférentiel au paiement*”. Também identifica o sistema americano como o modelo inspirador de uma reforma do direito francês, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 341 e segs., embora saliente que aquele sistema não consagra uma, mas sim duas garantias mobiliárias (uma hipoteca, sujeita a inscrição no registo; outra, o penhor, que se constitui através do empossamento do credor) e não deixe de propor algumas adaptações do regime delineado para a hipoteca mobiliária, desde logo limitando o seu âmbito subjectivo à constituição por parte de profissionais (excluindo da sua órbita os particulares, não só pelo risco que uma garantia com um âmbito tão amplo representaria, mas também pelas dificuldades técnicas que o registo enfrentaria), mantendo embora a abrangência quanto ao leque de bens oneráveis (de modo que, através de um único negócio e com recurso a uma única garantia, possam ser onerados quaisquer bens móveis do devedor, incluindo os futuros, exceptuando apenas aqueles bens para cuja oneração seja necessária a tradição do bem, como sucede com alguns títulos de créditos); quanto ao regime da garantia, o registo seria condição de oponibilidade da garantia a terceiros e, enquanto o devedor não se encontrar em situação de insolvência, este continuará como proprietário dos bens onerados, podendo deles dispor (e, no caso de a garantia incidir sobre créditos, cobrá-los directamente), sendo reforçados os poderes dos credores em caso de insolvência do devedor (permitindo-se, no caso de garantias sobre créditos, notificar os devedores destes para que não paguem aos seus devedores).

<sup>1969</sup> Pese embora o desejo de simplificação, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 261 e segs., sustenta (salvo para as garantias com desapossamento, nas quais a simples perda da posse do bem será bastante para o devedor se aperceber das possíveis consequências da oneração do bem, do mesmo passo que fixa os exactos termos em que o credor pode exercer os seus direitos sobre o bem empenhado) a necessidade de redução a escrito do contrato constitutivo das garantias mobiliárias (não apenas para fixar com rigor os

bem como para o erigir do registo como mecanismo preferencial de oponibilidade das garantias mobiliárias<sup>1971</sup> - atribuindo um papel residual ao desapossamento<sup>1972</sup> e

---

direitos e deveres das partes, mas também para evitar ou diminuir o risco de fraudes ou erros e, especialmente, como forma de protecção do devedor contra a sua própria prodigalidade), sendo mesmo condição de validade destas (rejeitando que a exigência de documento escrito possa comprometer a fluência do tráfico, uma vez que bastará um documento particular para satisfazer as exigências legais). Quanto ao conteúdo do documento, os elementos indispensáveis serão a descrição do crédito garantido e, especialmente, do bem onerado.

<sup>1970</sup> Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 233 e segs., (depois de esclarecer que a resposta a dar a algumas questões - como a capacidade das partes - cabe ao direito civil comum), entende que qualquer crédito pode ser garantido (excepto as obrigações naturais) e qualquer bem móvel pode ser objecto de garantia, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, certos ou fungíveis (estes últimos sobretudo quando se adira à tese de acordo com a qual o verdadeiro objecto da garantia é, não tanto o bem em si - que constitui o suporte - , como o seu valor económico: ora, no caso dos bens fungíveis, o interesse do credor reside no valor venal de tais bens), determinados ou universalidades (alargando-se a garantia, nesta segunda hipótese, a outros bens que se venham a juntar àquela por via de acessão, excepto se o bem acessório se encontrava previamente onerado), embora com excepções (taxativamente indicadas na lei e respeitantes a bens impenhoráveis e/ou fora do comércio), sem prejuízo da necessidade de agrupamento de todos em diversas categorias mais ou menos abrangentes e da existência de regras específicas para alguns deles (por exemplo para os stocks de bens - em razão da sua natureza fungível - e para os bens de consumo - para os quais se afigura, normalmente, despropositada a inscrição de uma garantia sobre os mesmos no registo). O Autor mostra-se particularmente enfático na demonstração da viabilidade de constituição de garantias sobre bens imóveis por destino (ou seja, sobre bens de natureza mobiliária que se tenham, antes da constituição da garantia, transformado em imóveis por força da sua afectação exclusiva ao serviço de um imóvel ou da sua união a este com carácter perpétuo: a solução afirmativa assenta na constatação que a negação da possibilidade de constituição de garantias mobiliárias sobre estes bens - os quais apenas poderiam ser onerados enquanto acessórios do imóvel com o qual mantêm ligação - restringiria a capacidade de financiamento do seu proprietário, para além de o eventual conflito entre credores poder ser resolvido de acordo com o critério da prioridade temporal de constituição de cada uma das garantias, especialmente se a que recaia sobre bens móveis também se encontrar sujeita a registo, de modo que normalmente a hipoteca sobre o imóvel prevalecerá, por ser de constituição anterior ao penhor sobre os bens imóveis por destinação, excepto se o credor hipotecário - depois de notificado da constituição do penhor - tenha consentido na constituição desta segunda garantia), sobre bens futuros (o que não levantará problemas a partir do momento em que se considere o desapossamento como apenas um de entre os possíveis modos de publicitação da garantia, sobretudo quando se erija o registo como condição normal de oponibilidade da garantia e se atribua ao desapossamento um papel residual: contudo, as garantias sobre bens futuros apenas se tornarão oponíveis a partir da data do seu registo e desde que, nessa data, os bens onerados sejam determinados ou determináveis) e de garantias flutuantes (à imagem da *floating charge* inglesa ou da hipoteca aberta do Quebec) capazes de abarcar todo o património mobiliário de um determinado sujeito (embora com os riscos inerentes para o devedor - podendo comprometer as hipóteses futuras de financiamento, para além de ficar refém do credor a quem prestou tão ampla garantia - e para o credor, especialmente quando o devedor mantenha intactos os seus poderes da alienação dos bens onerados: como forma de compatibilizar os interesses de ambos, o Autor sugere que a garantia abranja também os bens integrados no património do devedor após a sua constituição, mas admitindo que o devedor mantenha a capacidade de disposição do seu património, com a protecção do credor a ser assegurada através da sub-rogação no preço de alienação, sem prejuízo de a protecção de terceiros adquirentes reclamar, sempre que a aquisição tenha sido efectuada no âmbito da normal actividade comercial do devedor, a sua prevalência sobre os interesses do credor garantido). Paralelamente, do ponto de vista do crédito garantido, o Autor advoga uma relativização do princípio da especialidade, de modo a permitir que a mesma garantia possa assegurar o cumprimento de todos os créditos que possam advir das relações comerciais entre um devedor e um dos seus credores (aliás, o Autor relata que a própria jurisprudência francesa, em alguns arestos, se mostra aberta a este entendimento, recusando a necessidade de indicação do montante do crédito garantido, para além do facto de, no domínio comercial, o princípio da especialidade ser descartado em razão da desnecessidade de redução a escrito do contrato de penhor).

<sup>1971</sup> Apesar de reconhecer, em razão da diversidade dos bens móveis, a utopia que seria pretender estabelecer um único modo de tornar as garantias mobiliárias oponíveis a terceiros, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 268 e segs., salienta a necessidade de criação de um mecanismo publicitário suficientemente credível para afastar a presunção de boa fé dos terceiros adquirentes (art.º 2279.º do CCF) e conceder ao

---

credor pignoratício um verdadeiro direito de sequência: ora, será o registo aquele que melhor se coaduna com esses requisitos, por ser aquele que assegura uma mais completa e perfeita publicidade. Todavia, esse registo, para cumprir a sua função de tornar cognoscível a terceiros a existência de uma garantia sobre um determinado bem do devedor, deve obedecer a certas regras quanto à sua organização, no que toca à sua dimensão (defendendo a existência de um único registo nacional centralizado ou, quando muito, de uma base de dados centralizada reunindo os dados recolhidos pelos vários registos descentralizados: deste modo, proteger-se-ia o credor – que não tem de preocupar-se com o local onde deverá efectuar o registo da sua garantia - e os terceiros que pretendam obter informações sobre os dados inscritos), à sua base (em nome do devedor, consentindo que o terceiro descubra todas as garantias inscritas em nome deste, bem como a lista dos bens onerados), à sua gestão (entregue a um organismo público – por exemplo, conservatórias ou tribunais – devendo a inscrição realizar-se directamente nesses locais, excepto para os estabelecimentos de crédito ou mutuantes especializados, para os quais se poderia admitir o registo *on-line*, desde que o devedor confirmasse esse registo, por exemplo através de um código que receberia para o efeito) e à possibilidade de consulta (acessível *on-line* a qualquer interessado). Mas os aspectos mais importantes do registo atinam ao seu funcionamento, não apenas no que respeita à informação a ser publicada (opondo-se o modelo do UCC - em que a inscrição se destina apenas a dar conhecimento a terceiros da existência de uma garantia sobre um determinado bem, devendo as informações mais completas, nomeadamente quanto ao montante do crédito onerado, ser procuradas junto do credor garantido – e os sistemas de registo continentais, nos quais se tende a dar uma informação mais completa acerca de toda a operação: apesar de reconhecer que o modelo americano é mais protector dos credores – pois, não obrigando a descrever a operação e o montante do crédito assegurado, permite-lhe obter uma garantia que cubra financiamentos posteriores -, o Autor entende ser necessária a indicação, no formulário de registo da garantia, não apenas de uma cópia do contrato e da identificação das partes e do bem onerado – devendo conter menção precisa do tipo e da natureza do bem a onerar -, como também do montante do crédito garantido, assim acautelando os interesses dos terceiros), aos prazos que medeiam entre a constituição da garantia e o seu registo (permitindo, com o acordo do devedor, um registo provisório anterior ao contrato constitutivo da garantia – condicionado à criação efectiva desta – e concedendo ao credor pignoratício um período, após a constituição da garantia, para o seu registo, sem prejuízo da imediata oponibilidade da garantia, pelo menos em determinados casos: segundo o Autor, esses casos seriam o da garantia do vendedor ou do financiador de um bem sobre o respectivo preço – hipótese na qual o credor disporia de um prazo de 10 dias, a contar do momento em que o devedor tenha obtido a posse do bem, para proceder ao registo – o dos produtos resultantes da transformação ou da alienação dos bens onerados – caso em que o prazo se destinaria a permitir ao credor apossar-se destes novos bens ou modificar o registo da garantia, com o intuito de, segundo Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 288, “*permettre au créancier d’être averti de la disposition du bien par le débiteur, de s’informer sur la nature des dits produits et de prendre ainsi toutes les mesures qui s’imposent. Il n’est pas exagéré de dire qu’elle lui donne un véritable droit de suite sur les produits issus de la disposition du bien grevé*” – e dos títulos representativos de mercadorias ou de créditos, permitindo que o credor possa adiantar os fundos ao credor sem ter na sua posse tais títulos, dispondo o credor de um prazo para registar a garantia ou apoderar-se dos títulos) e à própria gestão do registo, seja no que respeita à alteração de devedor (no caso de um credor registar uma garantia sobre um bem de uma dada sociedade e, depois de esta ter mudado de nome, um segundo credor registar uma garantia sobre o mesmo bem, o Autor dá prioridade ao primeiro – uma vez que as condições de validade de uma garantia devem ser aferidas no momento da respectiva constituição e, por outro lado, porque o credor muitas vezes ignorará as alterações de denominação social do seu devedor -, excepto se tiver conhecimento dessa alteração, hipótese na qual sobre ele impende o ónus de actualizar o registo da sua garantia) e de credor (sendo a inscrição no registo efectuada com base na identificação do devedor, a mudança de nome do credor será irrelevante, pelo que não será necessária uma alteração na inscrição efectuada), seja no que concerne à duração e ao cancelamento da inscrição (a duração deverá, sem prejuízo do que as partes acordem, ser de cinco anos a contar da inscrição, com possibilidade de renovação, podendo ser cancelada antes do final do seu prazo de duração, bastando para tal a entrega de um documento assinado pelo credor autorizando tal cancelamento), seja, sobretudo, quanto ao acesso à informação dele constante (de modo a assegurar a fiabilidade desta informação e procurando compatibilizar a segurança e a rapidez, o Autor propõe que todo o credor conhecedor dos vícios do registo os deva corrigir, impondo ao organismo gestor do registo o dever de enviar ao credor, após cada inscrição, um extracto de modo a que este possa comprovar a exactidão dos dados inscritos), a qual pode não ser cabal (para tal, o Autor sustenta a existência de um dever do credor prestar a terceiros informações adicionais sobre os bens onerados e/ou o montante do crédito assegurado).

admitindo até casos de constituição automática de garantias -, <sup>1973</sup> destarte reforçando as prerrogativas do credor, <sup>1974</sup> não apenas em caso de modificação do objecto da garantia, <sup>1975</sup> como também no que toca à respectiva execução. <sup>1976</sup>

---

<sup>1972</sup> Sempre de acordo com Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 300 e segs., este modo de publicitação da garantia, pese embora o seu carácter rudimentar, surge como recomendável quando o devedor não sinta a necessidade de conservar o bem em seu poder (como sucede com os stocks de produtos recolhidos em armazéns gerais), para além da vantagem decorrente da ausência de custos e demoras relacionados com a inscrição, até porque num sistema que admita em termos gerais garantias não possessórias, as possessórias ficarão acantonadas ao uso por parte dos particulares (daí que a não imposição, quanto a estas últimas, de inscrição no registo não cause um especial perigo para o comércio jurídico). Todavia, o facto de o credor se tornar possuidor do bem onerado acarreta, para ele, um conjunto de deveres, como o de conservação (do qual decorre mesmo a obrigação de vender o bem em caso de ameaça de depreciação ou perecimento daquele, sem que, para o efeito, seja imperioso avisar o devedor), a proibição de uso ou disposição do bem (para evitar que esta redunde numa morte económica da coisa empenhada, o Autor sustenta que ao credor deverá ser permitido usar o bem com o intuito de preservar o respectivo valor e, tratando-se de bens fungíveis, admite mesmo a possibilidade de alienação e de miscelânea com outros bens, desde que mantenha a disponibilidade para devolver ao devedor uma quantidade idêntica de bens da mesma qualidade) e a obrigação de restituição (em caso de substituição do objecto originariamente empenhado – por sub-rogação ou por alienação de bens fungíveis – a restituição incidirá sobre os bens detidos pelo credor no momento em que se dê a restituição), cujo incumprimento origina a aplicação de sanções (que, para além da responsabilidade contratual – traduzida na devolução imediata do bem, sem prejuízo da manutenção do benefício do prazo a favor do devedor -, fará incorrer o credor no crime de abuso de confiança em caso de desaparecimento do bem ou de disposição sem autorização do devedor).

<sup>1973</sup> Ciente que esta constitui uma excepção notória ao princípio de informação dos terceiros, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 308 e segs., reduz o seu campo de aplicação aos casos em que aquele princípio importa custos importantes sem benefícios significativos para aqueles terceiros ou para o credor, não só em caso de garantia do preço de aquisição de bens de consumo de baixo valor (tendo em conta a sua rápida depreciação – que conduz à sua rara utilização como garantia de outros créditos - e à enormidade de inscrições que a sujeição a registos das garantias deste tipo de operações representaria) e, mais genericamente, de operações garantidas por bens de baixo valor (colocando-se a questão prévia de determinar qual esse limite abaixo do qual o registo será desnecessário).

<sup>1974</sup> Esta protecção assenta no princípio da prioridade temporal da constituição ou do registo das garantias (protecção esta que cessa se um segundo credor pretender inscrever a sua garantia não tendo conhecimento da existência de uma garantia anterior, não registada, caso em que “*le créancier subséquent qui n’a pas connaissance de la sûreté au moment où il se fait consentir la sienne, va l’emporter sur le premier créancier à la condition toutefois d’être le premier à enregistrer ou prendre possession du bien grevé*” - cfr. Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 316), embora temperado (por exemplo, em caso de conflito com o vendedor titular de uma garantia que assegure o pagamento do preço da aquisição – bem como daquele que tenha financiado tal aquisição – constituída e registada no momento da entrega dos bens ao adquirente, esta prevalecerá sobre qualquer outra sobre os mesmos bens. O Autor justifica tal preferência com a circunstância de, sendo consentidas garantias que abarquem a totalidade do património do devedor, este poder ficar à mercê de um único credor: ora, esta preferência criada a favor do vendedor consente ao devedor encontrar novos financiadores, até porque o titular de uma garantia global não será grandemente prejudicado, porquanto o bem adquirido pelo devedor – após a satisfação do vendedor – passará a integrar a garantia global. Todavia, no caso de a garantia do vendedor ser relativa à venda de mercadorias em stock, esta preferência do vendedor encontra-se condicionada à notificação a qualquer titular de uma garantia global anterior sobre o património do devedor, o que implica uma consulta prévia do registo por parte do vendedor). Por outro lado, a protecção do credor deverá manifestar-se igualmente no que respeita a eventuais terceiros adquirentes do bem onerado, traduzindo-se na outorga de um verdadeiro direito de sequela, do qual não resulta prejuízo assinalável para terceiros adquirentes, em razão da publicidade assegurada pelo registo da garantia (esse direito abrangerá mesmo, *ipso jure*, o produto da venda do bem onerado – excepto se o credor houver consentido na venda - ou outro bem que venha a substituir aquele – nomeadamente por força do princípio da sub-rogação real), sem prejuízo do direito de expurgação que deve ser reconhecido ao terceiro adquirente do bem onerado (pagando ao credor preferente e eliminando o ónus): contudo, este poder de sequela deverá ser limitado quanto às garantias não publicitadas através do registo (ou daquelas, embora publicitadas, cujo carácter erróneo ou defeituoso não consinta a terceiros detectar a sua existência), quanto aos bens em stock e/ou destinados a revenda no âmbito da normal actividade comercial do devedor - pois, se assim não fosse, obrigar-se-iam todos os potenciais adquirentes a, previamente, consultar o registo, assim originando uma quase imobilização do

---

bem (segundo o Autor, esta protecção dos terceiros adquirentes subsistirá ainda que estes, no momento da compra, conhecessem a prévia oneração do bem, porquanto aos olhos dos terceiros a venda não foi realizada em violação dos direitos do credor) - e quanto aos bens de valor exíguo (não só porque este tipo de garantias – ao menos quando incidam sobre bens de consumo – devem ser consideradas como constituídas automaticamente, sem necessidade de qualquer formalidade – tendo, por isso, uma natureza secreta -, mas porque, ainda que as mesmas fossem registadas, seria desproporcionado impor a consulta desses registos a terceiros – “*plus un bien a une faible valeur, plus il doit pouvoir circuler librement*”). Uma outra limitação ao direito de sequela do credor resulta de, em princípio, poder ser invocado apenas contra os adquirentes do bem onerado, mas não contra os sub-adquirentes, uma vez que a organização dos registos com base na identificação do devedor torna impossível aos sub-adquirentes descobrir a existência da garantia (pois aqueles desconhecerão o nome do devedor originário): de acordo com o Autor, a melhor forma de o credor garantido se proteger será seguir de perto a actividade do seu devedor e, quando tome conhecimento de um acto de disposição do bem onerado, agir imediatamente contra o terceiro adquirente, antes que este revenda o bem.

<sup>1975</sup> Sobretudo através do reconhecimento genérico da figura da sub-rogação real (e não, como sucede no direito francês, meramente sectorial – confinando-se ao domínio das indemnizações e das mercadorias oneradas -, apesar de uma proposta nesse sentido ter sido apresentada já em 1939 – propondo a inclusão de um n.º 2 no art.º 2076.º do CCF, de acordo com o qual “*Si, pendant la durée du gage, le bien remis en gage est vendu par le débiteur en accord avec le créancier gagiste, les droits de ce dernier sont transportés d’abord sur le prix (...) et ensuite sur l’objet mobilier acquis en remplacement*”), de modo a permitir a transposição da garantia para o preço de venda dos bens onerados (especialmente importante nas hipóteses em que o credor não disponha de um direito de sequela completo), as indemnizações ou os bens substitutos dos inicialmente onerados (pois, de outro modo, não será possível empenhar bens em stock sem paralisar a actividade comercial do devedor). Embora reconhecendo que o fenómeno pode ser enquadrado juridicamente na fungibilidade (quando o bem for substituído por outro da mesma natureza e qualidade) ou na sub-rogação (no caso contrário), o Autor inclina-se para esta última, sugerindo uma noção ampla (escrevendo até que “*la fongibilité ne serait plus alors qu’une subrogabilité, en ce sens qu’elle désignerait uniquement l’aptitude d’un bien à la subrogation*”) inspirada pela ideia que o objecto da garantia reside no valor do bem onerado, na qual se funda uma sub-rogação real de pleno direito e a transposição da garantia independentemente do bem que venha a ocupar o lugar do inicialmente empenhado (havendo até autores que, indo mais longe, entendem que a noção de valor – ao sugerir que o esse valor permanece no património do devedor, saltando de um bem para outro – torna até inútil o recurso à figura da sub-rogação real). Porém, as condições em que tal fenómeno se produz – designadamente no que concerne à identificação do novo bem e às condições de oponibilidade – variam em função da natureza do bem substituto, podendo este ser uma quantia em dinheiro (atenta a dificuldade de identificação destas somas – especialmente quando o preço de aquisição do bem onerado já tenha sido pago ao devedor e depositada numa conta corrente – o Autor propõe o recurso a mecanismos bancários destinados a identificar o saldo do crédito do preço, como a obrigação da instituição bancária, a solicitação do devedor, isolar essas quantias), mercadorias (tratando-se de bens fungíveis, basta o registo inicial para assegurar a oponibilidade da garantia; caso contrário, o credor terá o ónus de demonstrar a existência de uma ligação directa entre a disposição do bem originário a aquisição do bem substituto e, quando se trate de uma garantia sem desapossamento, a protecção de terceiros impõe um novo registo sobre o novo bem – a efectuar num prazo breve, não superior a 10 dias – mas cuja eficácia retroagirá à data do registo inicial sobre o bem substituído), produtos transformados (o principal problema será o de, na hipótese de concurso de vários credores com garantia sobre todo ou parte do produto final, determinar qual a parte que cabe a cada um deles, sendo duas as soluções propostas: ou a aplicação de um critério aritmético, atribuir a cada credor uma parte correspondente à relação entre o custo dos produtos onerados utilizados e o preço de custo do produto final; ou atribuir a cada credor uma parte equivalente à relação entre o montante do seu crédito e a soma de todos os demais - Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 338, opta por esta segunda alternativa, alegando que a primeira pode conduzir a consequências injustas, nomeadamente quando o bem seja vendido a um preço inferior ao preço de custo, uma vez que deixará uma parte do preço livre de qualquer garantia e à disposição dos credores quirografários) ou sobre bens posteriormente incorporados noutros (neste caso, põe-se a questão do conflito com titulares de direitos sobre o bem a que serão incorporados e, sendo este um bem móvel, tal conflito deverá ser resolvido a favor do credor com garantia sobre o bem acessório, desde que constituída antes da incorporação, podendo mesmo retirar o bem acessório para executar a sua garantia, desde que tal retirada não cause danos irreversíveis no bem incorporado; quanto à incorporação nos bens imóveis, o princípio é o mesmo, admitindo-se até a prioridade sobre garantias sobre o imóvel anteriormente constituídas, com o argumento que tal preferência em nada afecta o valor da garantia imobiliária).

Outras sugestões, pelo contrário, são de índole mais sectorial, seja no que respeita ao objecto da garantia (nomeadamente no que respeita ao penhor de créditos),<sup>1977</sup> seja no que concerne à publicidade<sup>1978</sup> (apelando alguns às enormes

---

<sup>1976</sup> Ciente dos efeitos nefastos produzidos pela proibição do pacto comissório e pelas cláusulas de *voie parée*, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 343 e segs., aponta no sentido de uma liberalização das formas de execução da garantias, sendo a protecção do devedor assegurada através de um controlo judicial *a posteriori* (no que concerne às garantias sem desapossamento, será necessária a prévia apreensão do bem por parte do credor, a qual poderá ser obtida com o consentimento do devedor ou, quando tal não suceda, mediante um procedimento de apreensão – que, inclusive, no direito norte-americano nem sequer tem que ser judicial, assistindo ao credor o direito de se apossar do bem onerado, excepto quando actue contra a ordem pública, o que sucederá, por exemplo, se invadir o domicílio ou a sede do devedor – ou pelo menos destinado a obter a imobilização jurídica do bem – por exemplo, no caso de bens incorpóreos, o principal objectivo será o de impedir que o devedor possa dispor do bem onerado). Naturalmente que a forma mais comum de execução tenderá a ser a alienação do bem empenhado, a qual poderá ser pública e seguindo os trâmites legalmente fixados para as vendas executivas (especialmente idóneas quando estejamos perante um bem específico cuja aquisição interesse unicamente a um grupo restrito de sujeitos) ou particular, seja efectuada pelo devedor (nomeadamente através da concessão de um prazo ao devedor para o efeito), pelo credor (o que importaria, no direito francês, a revogação da norma que proíbe as chamadas cláusulas de *voie parée*, com fundamento em que o risco de desproporção entre o objecto da garantia e o crédito assegurado é muito menor nos móveis do que nos imóveis – tendo em conta a rápida depreciação da maior parte daqueles – e na circunstância de nem sempre a venda judicial em hasta pública permitir o alcançar o melhor preço possível, preço este que apenas se atingirá quando existam vários interessados na aquisição do bem – e, mesmo nesse caso, há sempre que ponderar os maiores custos que esta modalidade de venda importa) ou por um terceiro designado por acordo – em qualquer caso, especialmente no da venda por parte do credor, importa limitar, em nome da protecção do devedor, os poderes de que disponha o alienante, de modo a que a sua conduta se norteie exclusivamente pelo desígnio de obter o melhor preço possível (neste contexto, impõe-se ao credor uma obrigação de meios, devendo proceder à venda de acordo o método habitualmente praticado para aquele tipo de bens ou com as práticas comerciais adoptadas pelos comerciantes que alienam bens da mesma espécie). A outra alternativa é a atribuição do bem em pagamento ao credor, a qual terá que ser judicial (ao contrário do que sucede, por exemplo, nos Estados Unidos, país no qual a atribuição extra-judicial apenas exige o consentimento do devedor - o qual terá que ser posterior ao seu incumprimento - e a prévia notificação da intenção de proceder à adjudicação ao credor aos terceiros titulares de direitos sobre o bem - em caso de oposição, o credor terá que requerer a atribuição judicialmente), atenta a proibição do pacto comissório (proibição que o Autor considera incongruente com a admissibilidade, postulada pela jurisprudência francesa, dos pactos *ex intervallo*, pois esta última premissa não confere ao devedor uma protecção absoluta, como não facilita os modos de o credor executar a sua garantia). Finalmente, importa assegurar que o devedor e os terceiros titulares de direitos sobre os bens executados serão informados (impondo-se, por exemplo, ao credor o dever de notificar o devedor e, em seguida, de pré-registar um aviso de execução da garantia, o qual deveria ser levado ao conhecimento dos outros terceiros titulares de direitos concorrentes através da entidade encarregue do registo) dessa execução (com uma antecedência razoável), com indicação, se for caso disso, do local e data de realização da venda, podendo admitir-se excepções em casos bens perecíveis, com alto risco de rápida desvalorização ou cotados num mercado reconhecido e idóneo. Reclama igualmente uma reforma, no sentido da sua agilização, dos procedimentos de execução do penhor Yves Gérard, ob. cit., pág. 63, destacando como esta agilização, além dos interesses do credor, será benéfica para o próprio devedor, pois a morosidade destes processos apenas aumentam a sua dívida e o risco de perecimento ou deterioração do bem empenhado.

<sup>1977</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 347 e segs., depois de propor a consagração da hipoteca mobiliária como garantia típica dos profissionais, sustenta que o penhor (de créditos) deve ser reservado para os particulares e, por isso, limitado a créditos presentes, de modo a evitar que o credor possa onerar todos os seus bens em garantia de um mesmo crédito ou obtenha créditos desproporcionados relativamente aos seus rendimentos. Quanto à constituição, o Autor sustenta a notificação ao devedor do crédito cedido, associada à entrega ao credor pignoratício do documento comprovativo da existência de tal crédito, concedendo-se ao credor, antes do vencimento do seu crédito, o poder de se informar do cumprimento do contrato que liga o seu devedor ao devedor do crédito empenhado e, se este se vencer antes do crédito garantido, cobrá-lo e depositar os montantes respectivos numa conta especial até ao vencimento do seu crédito (quando este se vencer, poderá cobrar o crédito empenhado – excepto se este ainda não estiver vencido – ou dele dispor sem necessidade de observância das formalidades legalmente impostas para a execução do penhor, nomeadamente sem recurso à via judicial ou notarial).



vantagens associadas ao recurso às potencialidades disponibilizadas pela informática),<sup>1979</sup> seja no que atine à eliminação de algumas causas de preferência.<sup>1980</sup>

<sup>1978</sup> Para M. A. Morgan de Rivery, *La publicité du gage*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 85 e segs., o sistema de publicidade existente consiste no desapossamento, para os penhores tradicionais, e na inscrição no registo, para os penhores sem desapossamento (este último decalcado do regime da hipoteca imobiliária, unicamente para bens de valor suficiente e passíveis de identificação). Sucede, porém, que o sistema de publicidade do penhor, não só não abarca todos os bens empenháveis, como se prevêem registos diversos para as várias modalidades de penhor (havendo, não uma publicidade do penhor, mas diversas publicidades para cada tipo de penhor) e, mais do que isso, muitas das garantias sujeitas a inscrição nesses registos são expressa (hipotecas navais o aéreas) ou doutrinária e jurisprudencialmente (v.g. o estabelecimento comercial) consideradas hipotecas mobiliárias. Em face deste contexto, o Autor preconiza uma transferência do teor das inscrições em caso de transferência da sede do constituinte para a área de competência de outro registo, um alargamento do campo de informação fornecida directamente (nomeadamente através da consulta *on line* do registo) e uma simplificação das formalidades necessárias para o registo (seja diminuindo, à imagem do modelo americano, a documentação exigida para o efeito – resumindo-se à indicação do crédito garantido, dos bens onerados e das partes na relação de garantia -, seja, mais ambiciosamente, permitindo o registo directo *on line* por parte do credor: esta última hipótese implica que a fiabilidade do sistema seja assegurada através da atribuição ao credor registante de um código de acesso ao registo, sendo o consentimento do devedor assegurado, para além da necessidade de aposição da assinatura electrónica do credor, mediante o envio àquele por parte da entidade registadora de um documento destinado a confirmar a identidade do credor e a veracidade das demais menções inscritas). Paralelamente, alerta para a premência de uma renovação do quadro legal vigente neste domínio, eliminando os prazos para efectuar o registo e uniformizando a sua duração (deixando às partes a liberdade de convencionarem uma duração coincidente com o prazo de vencimento da obrigação assegurada e, supletivamente, fixando um prazo de 5 anos, renovável) e, sobretudo, definindo com rigor quais as garantias mobiliárias sujeitas a publicidade (da qual deveriam escapar apenas alguns privilégios creditórios). Estas alterações permitirão, segundo o Autor, erigir uma publicidade cabal, a qual se justifica porquanto embora “*la publicité augmente un petit peu les coûts mais fournit une information qu’il n’est pas besoin de rechercher par des moyens plus coûteux au cas ponctuel: quand ont réduit les coûts de transaction, on facilite la libre circulation des biens et on facilite ainsi l’enrichissement général*”.

<sup>1979</sup> M. A. Morgan de Rivery, ob. cit., pág. 86 e segs., embora reconhecendo que o sistema francês já se socorria, antes da reforma, desta ferramenta (na medida em que a maior parte dos registos eram já informatizados), retirando daí diversos benefícios para o comércio jurídico (permitindo a sua consulta pelos interessados – directamente no telemóvel para os assinantes do serviço, mediante pedido para os não assinantes – a um preço razoável e com um conteúdo fiável, uma vez que a integração da informação no sistema informático se dá no próprio dia da inscrição e os erros são limitados através da possibilidade de efectuar buscas por siglas e nome ou denominação comercial do constituinte da garantia), alerta para as insuficiências do sistema publicitário (não apenas porque alguns registos permanecem não informatizados, mas também pela necessidade de instruir o pedido de registo com um conjunto extenso de documentos – v.g. para o penhor de estabelecimento comercial, cumpre apresentar o original do contrato, juntamente com dois exemplares de um modelo tipo aprovado por portaria ministerial -, bem como pela ausência de um mecanismo de transferência das inscrições em caso de transferência da sede do constituinte para outro local abrangido por um registo diverso, de modo que “*La société qui transfère son siège n’a pas a fournir un état des inscriptions figurant sous son nom, et aucun texte ne requiert au greffier de l’ancien siège social qu’il transfère l’état d’inscription au greffier du nouveau siège. La visualisation des sûretés (...) se faisant greffe par greffe, il suffit qu’une société transfère son siège dans le ressort d’un autre greffe pour que son état des inscriptions apparaisse vierge (...). Même si mention du transfert du siège social est faite, il faut que le consultant ait le réflex de visualiser ou de commander l’état d’endettement au greffe d’origine du constituant, ce qu’il ne pensera pas nécessairement a faire*”). Mas o principal problema, na óptica do Autor, reside na existência de um quadro legal disperso e desarticulado, caracterizado pela pluralidade de locais para efectuar o registo em função do tipo de bem a onerar (desde o tribunal do comércio, ao instituto nacional da propriedade intelectual, passando pela esquadras de polícia e até pela sociedade de autores), pela diversidade de prazos para efectuar esse mesmo registo (havendo até algumas garantias para as quais não se fixa prazo algum) e pela diferente validade da inscrição (entre 5 e 10 anos, normalmente renováveis) e, mais grave de tudo, pela ausência de publicidade para determinadas garantias, como o penhor de valores mobiliários, a reserva de propriedade ou os privilégios creditórios: em suma, “*Le système de publicité actuel n’est pas satisfaisant pour le créancier garanti ou pour les tiers. Par son caractère disparate, il ne facilite pas l’inscription des*

Todavia, recentemente<sup>1981</sup> verificou-se um volte face neste cenário, com uma reforma profunda das garantias mobiliárias, a qual se traduziu numa alteração significativa do Código de Napoleão, com a introdução do Livro IV (art.ºs 2284.º a 2488.º), integralmente dedicados às garantias (pessoais e reais).

A necessidade de reunião, num único diploma com a relevância do Code Civil,<sup>1982</sup> da miríade de garantias disseminadas por inúmeras leis avulsas, com vista a

---

*sûretés. Par son domaine d'application restreint, il ne peut prétendre donner une image fidèle du crédit d'une entreprise*".

<sup>1980</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 349 e segs., reclama a eliminação dos mecanismos a que chama perturbadores do jogo normal das garantias (direito de retenção, reserva de propriedade e direito ao pagamento directo) e dos privilégios creditórios (não apenas porque os motivos de equidade e interesse comum que presidiram à sua criação são hoje menos evidentes e, sobretudo, atendendo à sua banalização), embora esta última deva ser progressiva (propondo antes uma redução significativa dos mesmos). Jean-François Riffard, *ob. cit.*, pág. 190 e segs., apesar de reconhecer a sedução da ideia de abolição dos privilégios creditórios (em razão da sua natureza oculta, da dificuldade em determinar a respectiva graduação recíproca e no confronto com as demais garantias, o prejuízo que a sua passividade face à posição do devedor pode representar para os outros credores – podendo, inclusivamente, concorrer para a falência do devedor, por saberem ser os primeiros a ser pagos – e a difícil justificação da concessão a determinados credores), entende que a mesma é utópica (não apenas pela oposição a que estaria votada, mas também pela necessidade de assegurar o pagamento de determinados créditos que representam um interesse colectivo – como os fiscais e previdenciais – que, não fora a existência de privilégios, seriam suportados por todos os cidadãos) e até indesejável (uma vez que uma total liberalização do direito das garantias implicaria uma benefício para os credores dotados de maior poder económico, visando a concessão de privilégios corrigir esses abusos, outorgando uma preferência aos credores cujo menor poder económico não consentiria a obtenção de uma garantia convencional do devedor), sugerindo apenas a redução do número de credores deles beneficiários (apenas àqueles que mereçam uma protecção especial, que não disponham da capacidade de obter uma garantia convencional e que não estejam sujeitos à pressão de outros credores para a renunciarem à sua garantia: com base nestes critérios, advoga a manutenção dos privilégios do fisco, da segurança social e dos trabalhadores) e a aproximação do seu regime ao das garantias convencionais (desde logo limitando a sua duração a um determinado período de tempo, sujeitando-os a publicidade, na ausência da qual o privilégio seria inoponível a terceiros – embora admita excepções nos casos em que ao credor não possa ser exigido o registo e os créditos abaixo de um determinado valor -, e, finalmente, estabelecendo que a prioridade entre garantias contratuais e legais se aferiria pela prioridade do registo e, quanto aos privilégios ocultos, este seriam prioritários).

<sup>1981</sup> Estes novos preceitos foram introduzidos pela Ordonnance n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006, publicada no *Journal Officiel* de 24 de Março de 2006, tendo entrado em vigor no dia seguinte ao da publicação (na falta de disposição específica quanto à entrada em vigor deste diploma, cumpre aplicar o disposto no art.º 1.º do CCF, de acordo com o qual as leis entram em vigor na data por elas fixada ou, se estas nada disserem, no dia seguinte ao da publicação), salvo quanto a alguns aspectos merecedores de regulamentação posterior (cfr. art.ºs 58.º e 59.º da citada Ordonnance n.º 2006-346).

<sup>1982</sup> Esta reforma, como quase todas, não se encontra imune a críticas, designadamente no que toca à não erradicação de regimes especiais espalhados por outros diplomas - inclusive, algumas das inovações da reforma incidirem sobre alguns desses diplomas - assim comprometendo a preocupação de sistematização e de, por outro lado, o penhor sem desapossamento ser impraticável enquanto não for publicado o diploma complementar relativo ao funcionamento do registo em que tal garantia terá que ser inscrita (acerca destas críticas, vide *Taj Société d'Avocats – L'adaptation du droit des sûretés à la vie de économique*, in *La lettre de la Société d'Avocats*, Julho de 2006, n.º 22, pág. 1). Também Legeais, *Sûretés* 2009 cit., pág. 369 e segs., enumerando a subsistência de penhores com (o penhor comercial – entendido, segundo Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 225, como o constituído em garantia de uma dívida comercial, pelo menos do lado do devedor, independentemente da natureza dos bem empenhado e da qualidade de comerciante ou não de qualquer das partes - e o penhor constituído em garantia de entidades autorizadas a exercer a actividade comercial de empréstimos garantidos por penhores) e sem desapossamento (penhor de *stocks, warrants* e penhor de material e equipamento) que usufruem de regimes especiais, que se afastam em alguma medida do regime civilístico (por exemplo, o penhor comercial dispõe de formas de execução mais céleres, bastando uma intimação ao devedor e, oito dias após, o credor poderá vender os bens por um corrector) e que originam por vezes dúvidas de compatibilização com este regime (por exemplo, não é pacífico se, após a reforma, o penhor comercial terá que ser reduzido a escrito, uma vez que até então não tinha de o ser – respondem afirmativamente

assegurar a clareza e coerência do sistema jurídico francês<sup>1983</sup> – e, por inerência, a fiabilidade do comércio jurídico e a concessão de crédito – terá sido o mote para esta reforma: a ocasião, essa, surgiu com o duocentésimo aniversário da lei civil francesa.<sup>1984</sup>

O objectivo genérico da reforma foi o de modernizar o direito das garantias, tornando-o atraente para os actores económicos e os cidadãos em geral, simplificando os mecanismos de constituição, ampliando o âmbito dos bens susceptíveis de ser dados em garantia e flexibilizando os modos de execução, sempre com a preocupação de equilibrar os interesses do credor e do devedor.<sup>1985</sup>

Importava, por outro lado, aligeirar a demasiada rigidez – baseada nos princípios da especialidade e da tipicidade – do direito anterior, com base na qual o mínimo desvio aos tipos legais deixava o credor privado da sua garantia, ao que se associava uma tradicional renitência em aceitar a transferência da propriedade com fins de garantia.<sup>1986</sup>

Todavia e ao invés da tendência dominante no contexto internacional,<sup>1987</sup> não se optou pela criação de uma única garantia mobiliária, de natureza não possessória e sujeita a publicidade – à imagem do art.º 9.º do UCC americano – por se ter considerado inoportuno integrar todas as garantias existentes numa só figura jurídica,<sup>1988</sup> refutando algumas propostas formuladas nesse sentido.<sup>1989</sup>

---

Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 555, alegando que a solenidade do contrato constitutivo do penhor tem um alcance geral; em sentido contrário, Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 225 e Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., págs. 504 e 505, esclarecendo estes últimos que esta ausência de formalismo constitui uma relativização do princípio da especialidade, quando reportado ao crédito garantido (para mais desenvolvimentos sobre este aspecto, vide infra n.º 2.1 do Capítulo II).

<sup>1983</sup> Michel Grimaldi, *La prenda en derecho francés: derecho positivo y proyecto de reforma*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 17 e segs., reconhece, porém, que esse esforço de codificação não foi totalmente alcançado, persistindo diversas garantias em diplomas avulsos, que não só não foram absorvidas pelo Code, como tão pouco foram por ele revogadas.

<sup>1984</sup> Michel Grimaldi, ob. cit., pág. 18 e segs., evidencia como, nestes duzentos anos, o Code Civil foi satisfatoriamente adaptado nos domínios dos direitos de personalidade, da família, mas não no âmbito do direito patrimonial. Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 280 e segs., salientam como, antes da reforma de 2006, o Código de Napoleão, no que toca às garantias reais, tinha sido apenas objecto de retoques pontuais. Tendo em vista a reforma de 2006, foi constituída uma comissão de revisão desta área, composta por 11 membros (6 docentes universitários, 2 banqueiros, 1 magistrado, um notário e um advogado), cuja missão se prolongou por um período de 18 meses, tendo o seu trabalho culminado na apresentação ao Governo de um ante-projecto e de uma exposição de motivos.

<sup>1985</sup> Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 281.

<sup>1986</sup> Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., págs. 285 e 286.

<sup>1987</sup> Realça este aspecto Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 174 a 179, apontando como exemplos o projecto de lei uniforme elaborado pela CNUDCI e a o projecto de garantia uniforme de garantias internacionais sobre material de equipamento mobiliário (sobre estes projectos, vide infra n.º 1.2.10 do Capítulo II).

<sup>1988</sup> Na elucidativa imagem de Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 286, nota 235, “*El arco de La Défense podrá ser muy moderno, pero fue construido en línea con el Arco de Triunfo y con el Louvre*”. Segundo Michel Grimaldi, ob. cit., pág. 21 e segs., o não seguimento desse caminho justifica-se pelas diferenças – nomeadamente ao nível do risco de destruição e ao procedimento de execução – entre as garantias mobiliárias que incidem sobre bens corpóreos e incorpóreos e, por outro, porque relativamente aos primeiros, “*algunos credores y algunos deudores pueden legítimamente preferir una garantía con desplazamiento posesorio: los primeros, porque les confiere un derecho de retención de reconocida eficacia; los segundos, porque la ausencia de publicidad les permite mantener una mayor reserva de su endeudamiento*”. Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 153 e segs., distingue entre os obstáculos jurídicos (desde a qualificação do UCC como uma mera recolha de leis e não como um código, sem regras e princípios claros e com uma complexidade que apenas um jurista especializado o poderá compreender, passando pelo próprio conceito de *security interest* – insusceptível de tradução gramatical e jurídica - e terminando com a impossibilidade de recepção num sistema civilista de uma instituição marcadamente inspirada por princípios de *common law*, nomeadamente porque “*il est difficile de voir un droit réel dans toutes les espèces de biens qui sont susceptibles d’être grevés par une sûreté*”

No que especificamente respeita ao penhor, o progressivo surgimento de penhores sem desapossamento (com a inerente confusão quanto à sua inclusão na órbita do hipoteca ou do penhor) e, por outro lado, a multiplicação de garantias desta índole sobre bens incorpóreos – cuja regulação codicística era manifestamente insuficiente – ditaram esta revisão.<sup>1990</sup>

A reforma, quanto à garantia pignoratícia, opera uma divisão entre os casos os penhores incidam bens corpóreos (denominado “*gage*”) daqueles que recaiam sobre bens incorpóreos (apelidado “*nantissement*”),<sup>1991</sup> ao qual é dedicado um capítulo autónomo dedicado um capítulo autónomo (cfr. art.ºs 2355.º a 2366.º), nele se

---

*inspirée du security interest*” e, noutra ordem de considerações, porque aquela importação poria em causa o carácter acessório da garantia) e os políticos (consubstanciada no desejo de preservar e valorizar as instituições nacionais, sem adulteração das tradições jurídico-culturais).

<sup>1989</sup> Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 156 e segs., conforme se fez alusão anteriormente, propôs uma reforma de âmbito mais geral, apontando o modelo norte-americano como fonte de inspiração - até porque algumas propostas de reforma pontuais enfrentam obstáculos, nomeadamente no que se refere à reserva de propriedade (por ser uma garantia oculta, por que a sua extensão causa problemas de difícil resolução – especialmente quando o seu beneficiário pretenda exercer o seu direito de seqüela sobre um bem transformado, o que implicará um cálculo do valor acrescentado ao bem originário - e por ser particularmente pensada para os fornecedores de bens) e, em geral, ao uso da propriedade com função de garantia (com a invocação do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais, do carácter absoluto do direito de propriedade – insusceptível de dissociação entre uma propriedade valor atribuída ao credor e outra propriedade utilidade conferida ao devedor – e pela prioridade absoluta que conferem ao seu titular que eclipsaria as garantias tradicionais) – não só porque o mesmo trilho foi perseguido com sucesso noutros países, como o Canadá, incluindo o Québec, estado no qual a herança jurídico-cultural francesa não entrou a adequação ao regime do UCC, com a entrada em vigor do novo Código Civil em 1994 (a nova garantia modelo foi apelidada de hipoteca, podendo ser com ou sem desapossamento e rege-se por muitos princípios comuns à *security interest*, como sejam a ausência de formalidade específica para a sua constituição – excepto tratando-se de garantias sem desapossamento, caso em que será necessário, para protecção de terceiros, a redacção de um documento escrito -, a sujeição a registo, a possibilidade de incidir sobre qualquer tipo de bem móvel e mesmo sobre a globalidade do património de um devedor, o prolongamento da garantia para o produto da venda do bem onerado – caso esta ocorra no decurso da actividade normal do devedor – e, em caso de transformação do bem, automaticamente para o produto final), mas sobretudo porque essa perspectiva liberal (abandonando a atitude dirigista do legislador francês e consentindo às partes a criação de qualquer tipo de garantia sobre qualquer categoria de bens móveis: todavia, o Autor reconhece a necessidade de temperar este liberalismo, invalidando as garantias obtidas com o único intuito de prejudicar o devedor e os seus demais credores – bem como nos casos de sobre garantia - e, por outro lado, atribuindo garantias legais a credores com menor poder económico) e uniforme (sujeitando todas as garantias às mesmas regras) é a mais idónea para o desenvolvimento económico (porquanto os financiadores tenderão a conceder mais crédito à medida que as garantias que exija em troca sejam simples e eficazes).

<sup>1990</sup> Neste sentido, Michel Grimaldi, ob. cit., pág. 19 e segs..

<sup>1991</sup> Legeais, Sûreté 2009 cit., págs. 371 e 372, critica que se continue a utilizar o mesmo termo - *gage* - para apelar o penhor com e sem desapossamento, considerando que este último “*se rapproche plus de l'hypothèque que du gage avec dépossession. Il repose sur une publicité par inscription sur un registre. Seuls les autres effets de la garantie justifient véritablement un rapprochement entre gages avec et sans dépossession*”. Apesar disso, o Autor aplaude inquestionavelmente a consagração do penhor sem desapossamento - porquanto o mesmo satisfaz as necessidades do comércio jurídico – qualificando-o mesmo como “*la sûreté de l'avenir*”, não fora a consagração legal da propriedade fiduciária. Para uma crítica da terminologia utilizada na versão originária do Code Civil, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 13 e segs., advertindo para a circunstância de as garantias sobre bens incorpóreos serem designadas ora como “*gage*” (vide, por todos, o penhor de créditos), ora como “*nantissement*” (como sucede com o penhor de participações sociais) e, por outro lado, de o termo “*gage*” ser, na sistematização do Code, uma garantia com desapossamento que, com a evolução posterior, serviu igualmente para designar garantias não possessórias (vide o penhor sobre veículos automóveis, no que constitui, à face dos princípios do Code, uma verdadeira heresia), garantias estas que, não raras vezes, eram também apelidadas de “*nantissement*” (vide o caso do penhor do material e utensílios).

regulamentando o penhor de créditos<sup>1992</sup> e de conta bancária<sup>1993</sup> (sem prejuízo, porém, do disposto em legislação específica, nomeadamente no Código Monetário e

<sup>1992</sup> Embora, na prática, os preceitos de tal capítulo apenas sejam aplicáveis ao penhor de créditos (art.º 2355.º, n.º 3), porquanto o n.º 4 do art.º 2355.º afirma que o penhor sobre outros bens incorpóreos esteja sujeito, na falta de disposição em contrário, às regras sobre o penhor de bens corpóreos.

<sup>1993</sup> Nos termos do art.º 2360.º, este penhor tem como objecto o saldo (provisório ou definitivo) do credor no momento da realização da garantia (salvo a regularização das operações em curso) – vide o n.º 1. Sob a mesma reserva, em caso de falência do constituinte, os direitos do credor incidem sobre o saldo da conta na data de abertura do procedimento (n.º 2). De acordo com Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 392, este preceito constitui o reconhecimento legislativo do entendimento, já dominante na doutrina, segundo o qual as garantias que incidam sobre moeda escritural têm como objecto o saldo da conta bancária (e, portanto, não constituem uma garantia sobre um bem corpóreo), o qual constitui a expressão do crédito do detentor da conta sobre o depositário (em termos análogos, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 526). Contudo e como salienta o mesmo Autor, o preceito em questão não esgota o leque das garantias que podem incidir sobre a moeda, uma vez que o art.º 2360.º aborda apenas a hipótese de abertura de uma conta não bloqueada numa instituição de crédito em nome do constituinte da garantia, podendo a garantia recair sobre uma conta bloqueada (para a qual não existe regime legal específico) ou ainda o dinheiro ser objecto de uma garantia fiduciária, implicando a transferência da respectiva propriedade para o credor. Em termos paralelos, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 565 e segs., realçam existir um conjunto vasto de garantias tendo por objecto a afectação de uma quantia em dinheiro a um credor, visando o seu pagamento preferencial, apontando como exemplos a caução (a que chamam depósitos de garantia, e que constitui um verdadeiro penhor, uma vez que “*malgré le transfert de la propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n’est pas de l’essence de la convention – il ne s’agit pas d’un transfert fiduciaire -, mais résulte simplement de la nature des choses et plus précisément de la nature de l’objet de la convention*”) e o penhor de conta bancária (consagrado agora na lei civil, embora os Autores chamem a atenção para a necessidade de distinguir consoante o credor seja o próprio banco – permitindo, em razão da reciprocidade e da identidade dos sujeitos, que seja convencionada a compensação entre os créditos das partes - ou, ao invés, seja um terceiro, caso em que a instituição bancária assumirá o papel de terceiro depositário, produzindo-se o desapossamento do devedor através da notificação da operação ao banco por parte do credor pignoratório, mas sem que seja possível a operatividade da compensação, mas tão somente a concessão de um mandato para que o credor possa, em caso de incumprimento do devedor, movimentar a conta onerada): em qualquer dos casos, os Autores relatam que alguma jurisprudência tende a qualificar algumas das garantias sobre dinheiro como pagamento antecipado – e não propriamente como garantias – porquanto a sua função é antes de mais de extinguir uma dívida e não tanto de garantir o seu cumprimento, posição esta por eles contestada, uma vez que “*Le gage espèces est en effet un gage avec dépossession ayant pour objet des choses fongibles (art. 2341)*” (embora reconheçam algumas especificidades face ao regime geral do penhor, como sejam a impossibilidade de a execução assumir as modalidades tradicionais de venda ou atribuição judicial), mesmo que as partes dispensem o credor da obrigação de manter separados os bens recebidos em garantia dos seus próprios bens (hipótese na qual este adquirirá a propriedade dos bens onerados, mas com o dever de restituir outros equivalentes – art.º 2341.º, n.º 2, do CCF). Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 532 e segs., adoptam uma classificação diversa, distinguindo entre as garantias concedidas a favor de qualquer credor - dentro das quais incluem aquelas em que o bem onerado é entregue directamente ao credor (hipótese esta enquadrável no art.º 2341.º e, havendo convenção nesse sentido, implica uma transferência da propriedade para o credor, sem que tal obste à qualificação da garantia como penhor, até porque a reforma de 2006 oficializou esta última designação: porém, como salientam os Autores, “*Le créancier étant propriétaire des fonds reçus, il a un droit exclusif sur ces derniers. La dette de restitution qu’il a contractée est appelée à se compenser avec la créance garantie (...). La sûreté est ainsi réalisée par un moyen qui assure à son titulaire la priorité absolue, ce qui trahit l’existence d’une sûreté-propiété et non d’un gage puisque ce dernier ne ménage pas une telle priorité à son titulaire*”) ou a um terceiro, normalmente uma instituição de crédito (pugnando alguns pela qualificação do negócio como penhor de um bem incorpóreo diverso de um crédito, enquadrável no regime geral do penhor – sendo o desapossamento efectuado através da remessa do dinheiro para uma conta especial, normalmente bloqueada, da qual o constituinte não poderá fazer levantamentos sem autorização do credor, não podendo o saldo da conta ser objecto de compensação com qualquer outro existente em outras contas do constituinte ou outro crédito que o banqueiro possua para com o constituinte - enquanto outros consideram estarmos perante um penhor de créditos, posição esta que parece ter merecido acolhimento legal com a reforma de 2006: de qualquer modo, parece pacífico que o credor não dispõe de um direito exclusivo sobre os objectos onerados, mas apenas a preferência pignoratória, embora possa evitar o

Financeiro, no qual se prevê o penhor de contas de instrumentos financeiros,<sup>1994</sup> regime em que se destaca a consagração legal da figura da sub-rogação real),<sup>1995</sup> não

---

concurso de credores recorrendo à atribuição judicial ou acordando uma convenção comissória com o devedor) - e, pelo contrário, as conferidas ao banqueiro depositário (distinguindo consoante o constituinte transfere para uma conta especial os fundos dados em garantia – caso em que estaremos, à imagem do analisado anteriormente, perante um penhor de bem incorpóreo ou um penhor de créditos, em que a extinção do crédito garantido se opera, normalmente, através da compensação com a dívida de restituição do banqueiro, assegurando a este uma prioridade absoluta – ou tais fundos sejam levantados (*prélevés*), hipótese esta em que estaremos perante um penhor em que se verifica uma transferência da propriedade dos bens onerados).

<sup>1994</sup> Nos termos do art.º L211-20 deste Código (na redacção introduzida pela Ordonnance n.º 2009-107, de 30 de Janeiro e regulamentado pelos art.ºs D211-10 a D211-14, aprovados pelo Decreto n.º 2009-297, de 16 de Março), o penhor sobre contas de títulos deve fundar-se num documento escrito contendo os elementos essenciais do acordo (especialmente os títulos financeiros onerados), constituindo-se a garantia - tanto entre as partes como relativamente à entidade emitente dos mesmos e a terceiros – através de uma declaração assinada pelo constituinte titular da conta contendo diversas indicações legalmente tipificadas (como o montante do crédito garantido – ou, pelo menos, dos elementos que permitam assegurar identificar tal crédito -, a natureza e número dos títulos financeiros inscritos inicialmente na conta empenhada, bem como os dados que consintam a identificação desta) e dirigida ao gestor da conta (conforme salienta Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 402, é o momento da recepção que marca a constituição da garantia, a partir do qual o constituinte perde a livre disposição dos bens onerados). Todavia, como indicam Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, págs. 579 e 580, é difícil conceber que o penhor possa resultar da declaração unilateral do devedor, sendo antes mais curial presumir que esta declaração foi precedida de um acordo de vontades entre as partes, esclarecendo os elementos essenciais do pacto e as condições de funcionamento da conta, nomeadamente consentindo ou não ao constituinte manter o poder de disposição dos valores constantes da conta onerada). O credor pode obter, mediante simples pedido ao detentor da conta, um certificado atestando a existência do penhor, com um inventário dos títulos e quantias financeiras inscritos na conta à data do pedido (art.º L211-20, n.º 1). A conta dada em penhor deverá revestir a forma de uma conta especial, aberta em nome do titular e detida por um intermediário financeiro, um depositário central ou pelo próprio emitente (na ausência desta conta especial, consideram-se como integrantes da conta empenhada todos os instrumentos financeiros mencionados, bem como as quantias em dinheiro objecto de um procedimento informático de identificação – cfr. art.º L211-20, n.º 2). Cabe às partes no contrato de garantia definir as condições de disposição dos bens integrantes da conta empenhada por parte do empenhante (e se o detentor da conta não for o credor pignoratício e este tiver autorizado o constituinte da garantia a dispor dos bens integrados na conta, tal facto deverá ser comunicado por escrito ao detentor da conta, não podendo este contrariar as instruções recebidas sem o consentimento do credor – art.º D211-13), sem prejuízo da outorga ao credor de um direito de retenção sobre os instrumentos financeiros e montantes pecuniários existentes na conta dada em garantia (art.º L211-20, n.º 4, norma esta que Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 263, interpretam como um exemplo de consagração legal de um direito de retenção sem detenção, mas à qual atribuem o mérito de, conjugada com a intervenção do terceiro detentor da conta, consentir a dação em penhor do mesmo bem a favor de diversos credores, contornando assim o obstáculo que poderia resultar da indivisibilidade do direito de retenção, que permitiria ao primeiro credor opor-se à posterior afectação dos bens e à sua execução enquanto não fosse integralmente satisfeito, até porque a indivisibilidade do direito de retenção se encontra associada com a posse material do bem empenhado por parte do credor, o que não sucede neste caso, uma vez que a posse é exercida por intermédio do gestor da conta; contra, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 389, alegando que o direito de retenção do credor obsta, salvo acordo do credor, à constituição de penhores ulteriores sobre a mesma conta, mesmo que o valor desta exceda significativamente o valor do crédito garantido, defendendo, por isso, a consagração legal explícita da possibilidade de pluralidade de penhores sobre a mesma conta, mesmo sem o consentimento do primeiro credor pignoratício: mais, estes últimos Autores, *ob. cit.*, págs. 391 e 392, mostram reservas quanto à consagração de um direito de retenção sobre uma conta que permanece em nome do devedor e consideram-no mesmo inútil para protecção do credor, uma vez que o devedor não pode dispor dos bens integrantes da conta, bastando, para tal, a impossibilidade de o devedor transferir os bens para outra conta). Quanto à execução da garantia (cfr. art.ºs L211-20, n.º 4 e D211-12), as regras variam consoante a conta empenhada abarque títulos financeiros negociados num mercado regulamentado e quantias monetárias (caso em que o credor, oito dias após uma intimação dirigida ao devedor - e ao constituinte da garantia, se este não for o devedor, e ao detentor da conta, se este não for o credor pignoratício. Após o não cumprimento da intimação, o credor adquire a propriedade das somas pecuniárias e, relativamente

resolvendo, contudo, a questão relativa à natureza jurídica dos títulos desmaterializados integrantes das contas<sup>1996</sup> parecendo configurar como objecto do penhor as próprias contas de instrumentos financeiros.<sup>1997</sup>

Para além de outros aspectos que já foram (com especial ênfase no alargamento do leque de bens empenháveis - ao consentir-se expressamente a oneração de bens

---

aos instrumentos financeiros e em alternativa, a aquisição da propriedade e alienação em mercado regulamentado – sendo a quantidade de títulos a alienar ou adquirir determinada pelo credor em função da última cotação disponível naquele mercado): pelo contrário, para as contas contenham outro tipo de bens, nomeadamente instrumentos não negociados em mercado regulamentado, aplicam-se as regras gerais do Código Comercial (sobre este aspecto, vide Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 265, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., págs. 540 e 541 e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 392 e 393, estes últimos criticando a ausência da previsão expressa da possibilidade de atribuição judicial ao credor da própria conta, embora, mesmo assim, admitam essa possibilidade com base no regime geral do penhor). Finalmente, quando o credor não for o depositário da conta, deve solicitar a este o desencadeamento da execução da garantia (art.º D211-13). Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 539 e segs., destacam como este tipo de garantias apenas se tornou possível com a desmaterialização dos instrumentos financeiros (iniciada em 1983 e alargada a todos os aqueles instrumentos em 1996).

<sup>1995</sup> Este penhor abrange os títulos existentes na conta empenhada no momento da constituição da garantia, bem como aqueles que os substituam ou completem em garantia do crédito pignoratício (bem como os frutos e produtos em qualquer moeda). Para além disso, os instrumentos financeiros e qualquer montante pecuniário posteriormente inscritos na conta empenhada em garantia do crédito pignoratício, encontram-se sujeitos às mesmas condições que os inicialmente oferecidos em garantia e, por isso, consideram-se como tido sido entregues na mesma data daqueles (art.º L211-20, n.º 1). Como bem nota Legeais, *Sûretés* 2009 cit., pág. 401 e segs., o objecto desta garantia é o portefólio de valores mobiliários susceptíveis de renovação - pelo que recai sobre a própria conta e não sobre os concretos instrumentos que a compõem – fundando o Autor aquelas regras legais na aplicação dos institutos da sub-rogação e da acessão, do mesmo modo reconhecendo a validade da chamada “*clause d’arrosage*”, através da qual o constituinte se obriga a completar a conta onerada com novos títulos, caso o valor dos previamente dados em garantia desçam abaixo de um determinado patamar de segurança (convergentemente, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 540). Em termos praticamente coincidentes, Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., págs. 580 e 581, (considerando que o penhor recai - não sobre os instrumentos em si - sobre a universalidade de facto constituída pela conta, enquadrando igualmente as soluções legais na sub-rogação e na acessão, exemplificando que reentram no âmbito da garantia os títulos resultantes de troca em caso de fusão, cisão ou oferta pública, bem como os subscritos aquando de um aumento de capital em resultado de um direito preferencial de subscrição e os recebidos em pagamento de dividendos), Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., págs. 264 e 265 e Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 389 e 390 (embora estes últimos ressalvem alguns limites a esta sub-rogação, sobretudo no que toca ao caso de perda ou depreciação da garantia – caso em que, de acordo com o regime legal do penhor, o devedor terá que, sob pena de imediata exigibilidade do crédito garantido, prestar outra garantia equivalente, a qual não terá que coincidir obrigatoriamente com os títulos substitutos dos originários – ou de fusão, implicando a emissão de novas participações, entre sociedades de natureza diversa – nomeadamente quando as formalidades prescritas para a constituição de penhor sobre as respectivas participações sociais for diversa).

<sup>1996</sup> Aludem a este aspecto Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 262, noticiando a contraposição entre aqueles que os consideram como bens corpóreos especiais – bens escriturais – e outros que os qualificam como bens incorpóreos, entendendo que a atribuição de um direito de retenção por parte da lei depõe a favor do primeiro entendimento.

<sup>1997</sup> Em face da legislação anterior, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 384, advogavam que a atribuição legal de um direito de retenção (fictício) ao credor pignoratício permitia sustentar que o penhor de contas de instrumentos financeiros permanecesse um penhor com desapossamento, não obstante o desaparecimento material dos títulos outrora representativos dos instrumentos financeiros (os Autores acrescentam, ainda, que o objecto deste penhor é a própria conta – e não os concretos instrumentos que a compõem – embora admitam a empenhabilidade autónoma destes, desde que seja informaticamente possível a sua individualização). Já Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 262, destacam que, pelo menos desde a uma alteração legislativa introduzida ao anterior art.º L. 431-4-1 do Código Comercial e, sobretudo, desde a entrada em vigor do Code Monétaire et Financier (cfr. art.º L. 211-20), não podem subsistir dúvidas quanto à configuração da própria conta no seu conjunto como objecto da garantia.

futuros, universalidades, stocks de bens e bens fungíveis, mesmo em garantia de créditos futuros -, na inadmissibilidade de penhores constituídos *a non domino*, a consagração de um direito de retenção mesmo a favor do credor titular de um penhor sem desapossamento)<sup>1998</sup> ou serão (a reformulação da proibição do pacto comissório)<sup>1999</sup> analisados noutra sede e outras menos relevantes (como a consagração legal supletiva do pacto anticrético quanto aos frutos - cfr. art.º 2345.º- e a renovação das regras relativas ao penhor que incida sobre um veículo automóvel, nos termos dos art.ºs 2351.º a 2353.º),<sup>2000</sup> merece especial referência o facto de o contrato de penhor deixar de ser um contrato consensual, para passar a ser um contrato solene, sujeito a forma escrita (contendo a indicação do crédito garantido, assim como a espécie, natureza e quantidade dos bens empenhados – cfr. art.º 2336.º), surgindo esta como condição de validade do contrato, mesmo entre as partes.<sup>2001</sup>

---

<sup>1998</sup> Vide supra n.ºs 2.4.2.1 e 9.2.1 do Capítulo I.

<sup>1999</sup> Vide infra n.º 4.1 do Capítulo II.

<sup>2000</sup> Acerca destas inovações, vide Ministère de la Justice cit., pág. 7. Relativamente a esta última garantia, importa salientar que se passa a aplicar a todos os créditos e/ou credores (e não apenas, como sucedia até então, a favor de credores vendedores ou mutuantes de somas para a aquisição destes veículos), podendo incidir sobre qualquer veículo automóvel sujeito a matrícula e à emissão da declaração que permita a sua circulação); exige-se, para a sua constituição e sob pena de nulidade, um documento escrito, tornando-se a garantia oponível a terceiros através de declaração efectuada junto da entidade administrativa responsável pela emissão da declaração de circulação (art.º 2351.º), devendo esta inscrição ser efectuada no prazo de 3 meses a contar da entrega do documento de circulação, mas sem efeitos retroactivos (e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 547). Uma vez efectuado o registo, será entregue ao credor recibo dessa declaração, através do qual o credor será considerado como possuidor do bem empenhado (art.º 2352.º). No que concerne aos poderes do credor pignoratício, este disporá de um direito de retenção (defendem a atribuição deste direito, apesar do carácter ficto da posse do credor, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., págs. 619 e 620, referindo ser essa a posição da jurisprudência dominante, mas ressaltam que a circunstância de a posse não ser efectiva ceder perante um eventual direito de retenção material por parte de outro credor sobre os mesmos bens), das faculdades de realização da garantia nos termos do Code Civil (incluindo a possibilidade de requerer a atribuição judicial do bem), sendo mais discutível a outorga de um direito de sequela (de acordo com Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 622, duas teses se contrapõem: para alguns, o terceiro adquirente, se ignorar a garantia no momento da sua aquisição, pode valer-se de regra da posse vale título e afastar as pretensões do credor pignoratício; pelo contrário, para outros este último poderá repelir os acções do adquirente em virtude da sua posse ficta atribuída por lei: os Autores propendem para esta segunda alternativa, por ser a que melhor se coaduna com o valor da publicidade e merecer o beneplácito da jurisprudência que, em face da legislação anterior, apenas fazia prevalecer o direito do terceiro quando o direito do credor pignoratício não houvesse sido publicitado nos termos legais; já Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 549, defendem, apesar do silêncio da lei, a existência de um direito de sequela completo, decorrente do direito de retenção fictício que afasta a regra da posse vale título potencialmente invocável por um terceiro, na medida em que este último não se poderá considerar possuidor, que será o credor: só não será assim se o credor não tiver inscrito a sua garantia no registo, mesmo que o terceiro adquirente se encontre de má fé – traduzida no conhecimento da existência do penhor – uma vez que é a publicidade que torna a garantia oponível a terceiros e outorga ao credor pignoratício o direito de retenção fictício). Porém, as dúvidas acerca da configuração jurídica desta garantia (já existentes na regulamentação anterior, conforme já se aludiu) subsistem, nomeadamente quanto ao seu carácter hipotecário (por comportar um verdadeiro direito de sequela) ou pignoratício (por conferir ao credor direitos de retenção e de atribuição judicial), aceitando Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 623, tratar-se de uma garantia híbrida, mas optando, afinal, por incluí-la no âmbito do penhor (também por força da expressão empregue pelo legislador) – acerca, em geral, da natureza pignoratícia ou hipotecária das garantias não possessórias, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III.

<sup>2001</sup> Sendo esta uma regra comum ao penhor com e sem desapossamento (todavia, como salienta Legeais, Sûretés 2009 cit., pág. 360, no penhor com desapossamento este contrato escrito não terá que ser registado, uma vez que a oponibilidade da garantia é assegurada através do desapossamento). Em caso de inobservância deste requisito, o contrato não produzirá qualquer efeito, pelo que será nulo ou até mesmo inexistente (neste último sentido, vide Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 231).



O facto de a validade *inter partes* do contrato prescindir da entrega do bem, mesmo no penhor com desapossamento, faz com que este deixe de ser considerado um contrato real quanto à sua constituição e, por outro lado, consente que o mesmo bem possa ser dado em garantia de mais de um crédito, ainda que pertencente a diversos credores.<sup>2002</sup>

Se para a validade do contrato a lei exige a sua redução a escrito, a sua oponibilidade a terceiros será assegurada através da entrega do bem ao credor ou a terceiro (no penhor com desapossamento) ou mediante a inscrição num registo<sup>2003</sup> (no penhor sem desapossamento)<sup>2004</sup> – cfr. art.ºs 2337.º, n.º 1 e 2338.º.

---

<sup>2002</sup> Neste sentido, Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, págs. 537 e 538. Afirmam igualmente que o contrato de penhor deixou de ser um contrato real quanto à constituição, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 504, Michel Grimaldi, *ob. cit.*, pág. 22 (salientando este último que tal qualificação não pode subsistir a partir do momento em que o desapossamento do devedor deixa de ser condição de validade do contrato: todavia, o mesmo Autor não deixa de salientar que o contrato não se transforma em contrato consensual – no sentido em que não se tornar perfeito pelo mútuo acordo das partes – porquanto a lei exige agora a sua redução a escrito) e Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 288 a 290 (destacando como a entrega da coisa deixa de ser requisito de perfeição do contrato e do direito real de penhor, para passar a ser mera condição de oponibilidade da garantia, nos mesmos termos da publicidade registal). Aliás, já antes da reforma Aynès, Rapport introductif, in n.º special da *Rev. Jur. Comm.*, ano 38 (1994), n.º 11, págs. 11 e 12, dava conta da existência de duas posições contraditórias a respeito do papel desempenhado pela entrega do bem, a clássica de acordo com a qual o desapossamento seria, não apenas um instrumento publicitário, mas mesmo uma condição de surgimento do penhor (ou, noutros termos, uma formalidade constitutiva do direito, reconduzível à expressão “*En l’absence de dépossession, quelle que soit la volonté des parties, il n’ya pas de gage*”) e que, por isso, qualifica o penhor como um contrato real e outra, mais recente, segundo a qual a entrega do bem assumiria um intuito meramente publicitário, podendo, por isso, ser substituída por outro mecanismo alternativo susceptível de levar ao conhecimento de terceiros a constituição do penhor (permitindo, igualmente, descartar a boa fé dos eventuais terceiros adquirentes): apesar disso, o Autor reconhecia a predominância da primeira orientação (argumentando-se ainda que o desapossamento, tendo em conta o carácter não solene do contrato de penhor, surge como um alerta para a gravidade do acto praticado pelo constituinte), designadamente ao nível da jurisprudência dos tribunais superiores (precisando que o essencial nem é o empossamento do credor como medida de publicidade, mas sim o desapossamento do constituinte, o que consente a entrega do bem a um terceiro, facto que evita que o credor tenha que receber e conservar bens para os quais não possui condições), retirando desta concepção uma conclusão fundamental, qual seja a que os penhores sem desapossamento serão sempre especiais e apenas existirão nos casos expressamente previstos na lei, sem que a autonomia privada tenha legitimidade para inovar neste domínio).

<sup>2003</sup> Segundo o Decreto n.º 2006-1804, de 23/12/2006, este registo situa-se no tribunal do comércio do local de registo do constituinte (ou, se este não se encontrar sujeito a tal obrigação, do local da sua sede ou do seu domicílio), cabendo ao credor pignoratício remeter ao tribunal um original e duas cópias do contrato de penhor (sendo uma delas devolvida ao requerente), contendo uma série de indicações enumeradas na lei (onde se incluem o nome ou denominação do constituinte, a data da constituição da garantia, o montante do crédito garantido – ou, no caso de créditos futuros, os elementos que permitam a sua determinação -, assim como a data da sua exigibilidade e dos juros -, a eventual existência de um pacto comissório, a descrição do bem onerado – quanto à sua natureza, localização ou, quando se trate de um conjunto de bens presentes ou futuros, a sua natureza, quantidade e qualidade – e eventual faculdade concedida ao constituinte de alienar as coisas fungíveis oneradas, nos termos do art.º 2242.º do CCF). Por outro lado, o registo deve indicar a categoria de bens a que os bens onerados pertencem (que, de acordo com a Circular do Ministério da Justiça de 1 de Fevereiro de 2007, publicada a 10 de Fevereiro e entrada em vigor a 1 de Março, são as seguintes: 1. animais; 2. relojoaria e jóias; 3. instrumentos musicais; 4. material, mobiliário e produtos de uso profissional não compreendidos noutras categorias; 5. materiais de uso não profissional não informático; 6. material desportivo; 7. material informático e acessório; 8. mobiliário; 9. móveis incorpóreos, excepto participações sociais; 10. moedas; 11. obras de arte, de colecção ou antiguidades; 12. participações sociais; 13. produtos de edição, de imprensa ou de outras indústrias gráficas; 14. produtos líquidos não comestíveis; 15. produtos têxteis; 16. produtos alimentares; 17. outros), devendo estes registos locais comunicar o nome das partes e a categoria dos bens empenhados a um registo nacional, efectuando-se a consulta, gratuita, através de do nome do constituinte e da categoria dos bens (sendo que a informação fornecida por este registo central se limita a informar a

Resulta, assim, que o novo quadro legislativo elimina a imprescindibilidade do desapossamento do empenhante,<sup>2005</sup> ou seja, admite de modo inequívoco a existência de penhores sem desapossamento do empenhante (art.ºs 2336.º a 2338.º),<sup>2006</sup> sujeitos a

---

existência do penhor, devendo os interessados recorrer ao registo local para obter mais informações). Todavia, estes diversos registos são completados por um registo central nacional (ao qual todos os registos nacionais devem comunicar, por via electrónica, a constituição e modificação das diversas garantias), acessível, de forma gratuita (porém, a emissão de uma certidão contendo a indicação das várias inscrições compete a cada tribunal do comércio e deverá ser paga pelo requerente), através de um *site* na *internet*, que permite a identificação do constituinte e da categoria a que pertence o bem empenhado (porém, a informação prestada pelo registo nacional limita-se a dar a conhecer a existência de uma garantia, devendo os interessados recorrer aos registos locais para obter uma informação mais completa acerca da mesma). Uma vez efectuado o registo, este tem uma validade de 5 anos, podendo ser renovado antes de expirado este prazo; ao invés, a eliminação da inscrição pode ser requerida pelo credor ou pelo constituinte (mas, neste último caso, deverá demonstrar o acordo do credor ou uma decisão judicial nesse sentido). Sobre esta matéria, vide Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., págs. 512 e 513.

<sup>2004</sup> Este aspecto é particularmente importante, porquanto a partir do momento em que o penhor é regularmente publicado, os “*ayant cause*” a título particular do constituinte da garantia não poderão invocar a sua eventual posse de boa fé para impor o seu direito ao do credor pignoratício (art.º 2337.º, n.º 3, do CCF), de modo que a publicidade da inscrição destrói a boa fé daqueles terceiros (apesar de a lei não o dizer expressamente, este preceito apenas deverá ser aplicável aos penhores sem desapossamento, pois só estes se encontram sujeitos a uma publicidade fidedigna capaz de afastar a boa fé de terceiros – neste sentido, Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 540). Assim sendo e como realça Legeais, *Sûretés* 2009 cit., págs. 374 e 375, este preceito consagra um verdadeiro direito de sequela a favor do credor pignoratício, que lhe consente reivindicar o bem do terceiro adquirente a quem o constituinte da garantia tenha alienado o bem (muito embora o Autor advirta que o alcance desta norma é discutível, sustentando alguns – cfr. Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 514 - que a protecção do credor pignoratício não actua quando o conflito seja, não com o adquirente, mas sim com o sub-adquirente, uma vez que este não poderá ser considerado “*ayant cause*” do constituinte da garantia e, por isso, não beneficiar da protecção conferida pela regra da posse vale título) ou, como salientam Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 233, “*Les ayant cause à titre particulier du constituant reste par hypothèse en possession (...) ne pourront pas invoquer la possession du constituant avec lequel ils auront traité même de bonne foi, et devront s’incliner devant les droits du gagiste par inscription*” (apesar disso, estes Autores alertam para a incompletude do direito de sequela do credor titular de um penhor sem desapossamento, resultante da dificuldade de identificação e do risco de desaparecimento do bem, para além do facto de as mutações não serem publicadas no dito registo). Outra questão relaciona-se, no silêncio do legislador, com a circunstância de o constituinte poder ou não alienar o bem empenhado: respondem negativamente Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 514 (com base no facto de o direito de sequela do credor pressupor a correcta publicitação da garantia e, sobretudo, não o proteger contra os sub-adquirentes, concluindo “*L’aliénation créant un risque anormal pour le gagiste, on peut difficilement admettre que le constituant, tenu de maintenir le gage en l’état, ait le droit d’y procéder*”) e Aynès e Crocq, ult. ob. e loc. cit. (tendo em conta as debilidades do direito de sequela anteriormente expostas): porém, qualquer dos Autores citados admite excepções se a garantia recair sobre bens fungíveis (e existir uma convenção nesse sentido – cfr. art.º 2342.º) ou sobre universalidades (que, por definição, recaí sobre um conjunto de bens – fungíveis ou não – que podem ser livremente alienados e renovados pelo constituinte).

<sup>2005</sup> Todavia, como salienta Legeais, *Sûretés* 2009 cit., pág. 371, esta inovação pode ser considerada como aparente, na medida em que o ordenamento jurídico francês consagrava já, em diplomas avulsos, diversos penhores sem desapossamento, normalmente apelidados de “*nantissement*”.

<sup>2006</sup> Com efeito, apesar de ter mantido o tradicional penhor com desapossamento (com a justificação, dada pelo Groupe de travail relatif a la réforme du droit des sûretés cit., pág. 10, que a ele poderão continuar a recorrer aqueles que pretendam guardar sigilo acerca do seu endividamento, uma vez que o penhor sem desapossamento se encontra sujeito a registo), consagra, ao lado dele, um penhor sem desapossamento (de acordo com o Groupe de travail relatif a la réforme du droit des sûretés cit., pág. 10, esta figura foi inspirada na noção de *security interest* criada pelo art.º 9.º do UCC norte-americano), deste modo fazendo sucumbir a qualificação de contrato real do negócio de constituição do penhor. O penhor com e sem desapossamento divergem, ainda, quanto aos efeitos do pagamento do crédito garantido (nos termos do art.º 2339.º, no penhor com desapossamento, o constituinte pode exigir a restituição bem; no penhor sem desapossamento, pode requerer a eliminação da inscrição registal) e das consequências do incumprimento

inscrição no registo<sup>2007</sup> - prevendo mesmo a hipótese de conflito entre penhores com e sem desapossamento (art.º 2340.º, n.º 2)<sup>2008</sup> -, no que constitui, porventura, a alteração mais significativa no âmbito da reformulação do regime do penhor.

Esta solução legal parece aderir à constatação que as formalidades perseguidas pelo desapossamento – proteger o credor contra a dissipação do bem onerado, advertir os terceiros da constituição da garantia e dar cumprimento ao princípio da especialidade, assim evitando os penhores genéricos - podem igualmente ser asseguradas através de um mecanismo publicitário.<sup>2009</sup>

O próprio Ministério da Justiça Francês justifica a alteração legislativa com a constatação que *“l’exigence systématique de dépossession du débiteur peut nuire à ses propres intérêts lorsque la chose est utile à son activité économique. Elle peut donc constituer un frein à sa demande de crédit et le priver d’une source de financement nécessaire à un investissement”*.<sup>2010</sup>

Por último, mas não menos importante, o novo regime das garantias reais reconhece e regula expressamente as chamadas *“propriété-sûretés”* - ou seja, quer a reserva de propriedade (cfr. art.ºs 2367.º a 2372.º),<sup>2011</sup> quer a alienação fiduciária com

---

da obrigação de conservação do objecto empenhado (de acordo com o art.º 2344.º, no penhor com desapossamento o constituinte pode exigir a restituição do bem empenhado e uma indemnização pelos danos sofridos; no penhor sem desapossamento, o credor pode invocar o vencimento imediato da obrigação garantida ou solicitar um reforço da garantia).

<sup>2007</sup> A instituição de um registo contribui, num outro plano, para uma relativização da protecção conferida ao terceiro de boa fé (decorrente da regra posse vale título), porquanto, uma vez inscrita a garantia, todos os titulares de direitos adquiridos posteriormente não se poderão considerar de boa fé (neste sentido, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 294 e 295, ressalvando unicamente a hipótese de o credor ter autorizado o devedor a alienar os bens empenhados).

<sup>2008</sup> Depois de o n.º 1 do art.º 2340.º estabelecer que para dirimir o conflito entre dois ou mais penhores sem desapossamento se atenderá à ordem de inscrição no registo, o n.º 2 dispõe que, quando sobre um bem alvo de um penhor sem desapossamento, for constituído um penhor com desapossamento, o direito de preferência do primeiro credor é oponível (desde que regularmente publicado) ao segundo, sem prejuízo do reconhecimento do direito de retenção a este último. Esta norma não regula o conflito entre mais de um penhor com desapossamento sobre o mesmo bem, parecendo, porém, que, nos termos restritos em que tal conflito se possa dar, o mesmo será dirimido através do recurso à regra da prioridade temporal de constituição de cada um deles. Por outro lado e como salientam Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 234, o credor hierarquicamente inferior poderá mesmo obter a atribuição judicial do bem onerado, mas sujeitar-se-á ao exercício do direito de seqüela por parte do credor com uma preferência superior.

<sup>2009</sup> Neste sentido, Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, págs. 231 e 232, ressalvando apenas o caso de determinados bens corpóreos de difícil identificação e localização, para os quais se afigura inviável a organização de uma verdadeira publicidade (a única função de desapossamento que os Autores entendem poder justificar a manutenção do desapossamento é a protecção do constituinte, alertando-o para a potencial gravidade do acto – em termos análogos à solenidade da hipoteca - , mas tal fito é igualmente assegurado, depois da reforma, através da obrigatoriedade de redução a escrito do contrato).

<sup>2010</sup> Ministère de la Justice, Dossier de presse de 22 de Março de 2006, *L’ordonnance sûreté*, in [http://www.presse.justice.gouv.fr/art\\_pix/conf220306.pdf](http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/conf220306.pdf), pág. 4.

<sup>2011</sup> Sucintamente, este regime consagra dispensa a sujeição a registo, considerando que a reserva de propriedade em garantia é acessória do crédito cujo pagamento assegura (art.º 2367.º, n.º 2), deve constar de documento escrito (art.º 2368.º), pode incidir sobre bens fungíveis (art.º 2369.º, nos termos do qual a reserva de propriedade sobre este tipo de bens pode exercer-se sobre outros da mesma natureza e quantidade de que o devedor seja proprietário), não é prejudicada pela incorporação do bem em questão com outro (excepto se os dois não puderem ser separados sem prejuízo – art.º 2370.º), permitindo ao credor, em caso de incumprimento da obrigação assegurada por parte do devedor, exigir a restituição do bem em questão (imputando o valor desse bem, a título de pagamento, sobre o valor do crédito garantido, devolvendo ao devedor o eventual excedente – art.º 2371.º) e, finalmente, transferindo-se para um eventual crédito do devedor sobre um sub-adquirente ou sobre a indemnização da seguradora do bem onerado (art.º 2372.º). Houve, pelo menos, duas propostas apresentadas pelo Groupe de Travail relatif a la réforme du droit des sûretés cit., pág. 15, que não encontraram acolhimento legal: a possibilidade de a

fins de garantia (cfr. art.ºs 2372-1 a 2372-5)<sup>2012</sup> – bem como a figura do fideicomisso,<sup>2013</sup> apesar de algumas destas figuras apenas tenham sido introduzidas ou tenham visto a sua regulamentação alterada em momento posterior.<sup>2014</sup>

Este reconhecimento, embora mereça o aplauso de alguns<sup>2015</sup> - designadamente por responder aos anseios dos concedentes de crédito, para os quais as estas figuras constituem uma importante garantia -, poderá vir a originar no futuro um progressivo ocaso das garantias tradicionais.<sup>2016</sup>

Aliás, a modernização do direito das garantias mobiliárias foi muitas vezes encarada como um dilema entre a reforma do regime legal do penhor ou o incentivo à utilização da propriedade com fins de garantia, ou seja e utilizando as palavras de um Autor francês, “*Faut-il favoriser le mouvement de promotion de la propriété-sûreté, ou sauver le gage?*”<sup>2017</sup>: ora, a reforma encetada em 2006 acaba por resolver o dilema, não optando por alguma das alternativas, mas recorrendo a ambas.

---

reserva de propriedade garantir um conjunto de operações futuras e, sobretudo, a necessidade de sujeitar a registo (nos mesmos termos do penhor sem desapossamento e como condição de oponibilidade da garantia a terceiros “*ayants cause*” do devedor) a reserva de propriedade sempre que o bem objecto desse negócio ultrapassasse um determinado valor (solução esta que, na óptica dos proponentes, se justificaria por uma questão de coerência com a necessidade de publicitar a generalidade das garantias mobiliárias).

<sup>2012</sup> Em termos sintéticos, poderemos afirmar que este reconhecimento assenta na consagração legal do contrato de fidúcia (art.ºs 2011.º a 2030.º), para o qual se remete (art.º 2372-1), embora com *nuances*. Desde logo, às indicações legalmente exigidas para o contrato de fidúcia, acrescem, sob pena de nulidade, o valor da dívida garantida e o valor estimado do bem ou direito transferido em garantia (art.º 2372-2). Por outro lado, em caso de incumprimento da obrigação assegurada, o credor-fiduciário adquire, salvo estipulação em contrário, a livre disposição do bem ou direito cedido em garantia, sendo o valor deste determinado por um perito (nomeado de comum acordo ou, na falta deste, judicialmente), excepto se o bem disponha de uma cotação oficial num mercado organizado ou se for uma quantia em dinheiro (esta avaliação não pode ser afastada por vontade das partes): se, pelo contrário, o fiduciário não for o credor, este pode exigir-lhe a entrega do bem ou, se o contrato o previr, a sua venda (art.º 2372-3). Porém, mesmo que o beneficiário da fidúcia adquira a livre disponibilidade do bem, tal não o exime do dever de entregar ao constituinte o eventual excedente do valor dos bens face ao da dívida assegurada (art.º 2372-4, o mesmo valendo para o caso de venda do bem). Finalmente (cfr. art.º 2372-5), prevê-se a possibilidade de a alienação em garantia poder servir para assegurar outras dívidas além das elencadas no acto constitutivo, desde que este expressamente preveja tal possibilidade, mesmo que o segundo credor não coincida com o primeiro e mesmo que, nesta segunda hipótese, o primeiro não esteja pago (porém, quando o constituinte for uma pessoa física, o património fiduciário afecto à nova dívida não pode exceder o seu valor estimado na data da recarga).

<sup>2013</sup> Esta figura, incorporada na nova redacção do art.º 2011.º do CCF, introduzida pela Lei de 7 de Fevereiro de 2007 - definindo a figura como aquela operação em que o constituinte transfere bens, direitos ou garantias a um fiduciário que, mantendo-os separados dos seus próprios bens, actuam, com uma determinada finalidade e em benefício de um ou mais beneficiários -, muito embora o alcance deste instituto se encontre duplamente limitado, quer quanto à qualidade dos fiduciários (que apenas podem ser estabelecimentos de crédito ou instituições financeiras), quer quanto aos constituintes (unicamente pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento de imposto sobre sociedades).

<sup>2014</sup> Vide, a este respeito, o art.º 38.º da Loi n.º 2009-526, de 12 de Maio e a Ordonnance n.º 2009-112, de 30 de Janeiro.

<sup>2015</sup> Aynès e Crocq, *Les sûretés* 2009 cit., pág. 224, entendem que este reconhecimento, conjuntamente com o aperfeiçoamento do regime do penhor (traduzido na admissibilidade de penhores sem desapossamento, de penhores sobre bens futuros e na agilização dos modos de execução desta garantia), contribui para o enriquecimento do panorama das garantias no direito francês, tanto mais louvável quanto “*tous les créanciers n’ont pas besoin de la même sûreté, tous les débiteurs ne peuvent pas constituer la même sûreté*”.

<sup>2016</sup> Augura este futuro, Legeais, *Sûretés* 2009, pág. 355 e segs., alegando que as vantagens decorrentes do uso da propriedade com fins de garantia – nomeadamente a fuga ao concurso de credores e a respectiva execução – apontam nesse sentido.

<sup>2017</sup> A questão é colocada por Laurent Aynès, *Rapport introductif* cit., págs. 9 a 15. Com efeito, segundo este Autor, a grande força do penhor reside no empossamento do credor ou de terceiro (ao invés, nas garantias sem desapossamento, constitui uma debilidade, uma vez que, pelo menos enquanto não for

### 1.2.3 - Espanha: referência ao direito catalão

Em termos não dissonantes, em Espanha o regime vertido no Código Civil apenas consagrava o penhor possessório (com todos os inconvenientes que lhe são inerentes),<sup>2018</sup> pelo que não espantou o advento de garantias mobiliárias não possessórias, designadamente com a aprovação da lei da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento (LHMPSD),<sup>2019</sup> embora a consagração de tal norma não tenha representado o pontapé de saída deste percurso de superação do regime vertido na codificação civilística.<sup>2020</sup>

---

organizado um sistema de publicidade fidedigno, o princípio da posse vale título impede o reconhecimento de um verdadeiro direito de seqüela ao credor pignoratício, e, por outro lado e salvo concessão fictícia por parte da lei, não outorgam ao seu titular um direito de retenção), porquanto este permite ao credor exercer uma retenção sobre o bem onerado e opô-la a qualquer interessado, residindo a principal fraqueza na circunstância de tal retenção não desempenhar qualquer papel em caso de execução da garantia, isto é, apenas opera se um terceiro pretender apreender o bem empenhado (ou seja, se o credor pignoratício decidir executar a garantia, designadamente através da venda, terá que suportar o concurso de outros credores prioritários, em especial dos detentores de privilégios creditórios). Ora, é precisamente em sede de execução que o Autor realça as vantagens das garantias fiduciárias, embora não deixe de alertar para o obstáculo decorrente da proibição do pacto comissório (apesar de reconhecer que a jurisprudência tem relativizado o alcance da interdição, descartando a sua aplicação quando estejam em causa bens com um valor fixo, como o dinheiro), instituto este que condiciona também o recurso à atribuição (não judicial) do bem ao credor pignoratício.

<sup>2018</sup> O qual, como salienta Paz-Ares Rodriguez, ob.cit., pág. 1875, o desapossamento “*supone la pérdida de utilidad de la cosa para su titular que se ve privado de ella durante el tiempo de vigencia de la garantía y es causa del escaso uso que en el tráfico jurídico se viene haciendo de este medio de aseguramiento y que justifica el nacimiento de otras figuras que, persiguiendo la misma finalidad, no impliquen el mismo menoscabo para el titular de la cosa*”, como sucede com o penhor sem desapossamento e com a hipoteca mobiliária.

<sup>2019</sup> Relativamente a esta última figura, coloca-se a questão de saber se estamos perante uma nova figura jurídica – não enquadrável na hipoteca, em razão do seu objecto móvel e da dificuldade da respectiva identificação, nem no penhor, por força da falta de desapossamento do empenhante – ou perante um penhor com a especificidade de prescindir do desapossamento: parece ter sido este último o caminho seguido pelo legislador (assim, Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 56).

<sup>2020</sup> Como noticia Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 34 e segs., este caminho iniciou-se com a aprovação do regime do penhor agrícola (Decreto de 22 de Setembro de 1917), seguindo-se a incorporação no Código Civil Espanhol dos art.ºs 1863-bis a 1873.º-bis (através da Lei de 5 de Dezembro de 1941), merecendo particular referência o primeiro desses preceitos (nos termos do qual “*Para asegurar con garantía pignoratícia el cumplimiento de una obligación, podrá convenirse mediante pacto expreso que, no obstante el dispuesto en el art. 1863, el deudor conserve en su poder la prenda sin desplazar su posesión al acreedor*”) e o art.º 1865-bis (que, ao estabelecer que o penhor sem desapossamento podia recair sobre “*un conjunto de cosas en calidad determinada y en cantidad variable entre los límites previamente pactados*” e que “*En tal caso las cosas pignoradas que se enajenen serán substituídas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes*”, consagrava expressamente a possibilidade de um penhor sobre um objecto não concretamente identificado no momento da constituição da garantia e, por outro lado, reconhecia expressamente a figura da sub-rogação real). Todavia, todos estes preceitos foram revogados pela Lei de 16 de Dezembro de 1954, que aprovou o regime da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento ainda hoje vigente, tendo a mesma por objectivo suprir os inconvenientes do regime do penhor com desapossamento, nomeadamente para o devedor (privação da posse do bem), para o credor (ao diminuir a capacidade económica e a possibilidade do devedor liquidar os seus créditos) e para a própria economia nacional (ao paralisar instrumentos de trabalho e de produção), fazendo com que “*la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patentes la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes*”.

Do regime delineado pela LHMPD merece especial referência a diferença entre as duas garantias em função do respectivo objecto,<sup>2021</sup> porquanto as hipotecas recaem sobre bens susceptíveis de identificação individual em termos análogos aos imóveis,<sup>2022</sup> ao passo que os penhores incidem sobre bens de menos fácil identificação (nomeadamente coisa genéricas ou futuras),<sup>2023</sup> de modo que a mesma coisa não pode ser onerada, simultânea ou posteriormente, com as duas garantias.<sup>2024</sup>

---

<sup>2021</sup> García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 183, afirma mesmo que esta lei procedeu a uma revisão da classificação dos bens entre móveis e imóveis, substituindo-a por outra “*que adopta, como criterio ordenador, el de la identificabilidad de los bienes*”.

<sup>2022</sup> Mais precisamente, a hipoteca poderá incidir sobre estabelecimentos comerciais, automóveis, veículos ferroviários, aeronaves (mesmo que em construção – desde que se encontre investido um terço da quantidade total necessária para a construção - e, dada a qualidade de coisa composta deste tipo de bens, tem que incidir pelo menos sobre as partes constitutivas da aeronave, entendendo-se como tal as que permitem enquadrar o dito bem no conceito legal - García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 294), máquinas industriais e propriedade industrial e intelectual (cfr. art.º 12.º da Lei). Relativamente a estes últimos, vigoram algumas regras particulares, como sejam a inadmissibilidade, salvo casos excepcionais, de o onerante renunciar ou ceder o seu uso ou exploração sem o consentimento do credor (art.º 48.º), a possibilidade de as partes autorizarem o credor a cobrar os proveitos resultantes da exploração do direito hipotecado (desde que tal pacto seja comunicado à Sociedade de Autores – art.º 49.º) e o vencimento imediato da obrigação garantida em caso de não pagamento, por parte do constituinte da garantia, das taxas inerentes ao direito hipotecado ou de não exploração da patente por um período superior a 6 meses ou não utilização das marcas durante mais de 4 anos (art.º 51.º). Posteriormente à entrada em vigor da LHMPD foi aprovada legislação específica para a constituição de hipoteca sobre películas cinematográficas (Decreto n.º 3837/70, de 31/12), do qual ressaltam a delimitação do objecto onerado ao direito de exploração do filme (no entanto, o art.º 2.º, n.º 1, acrescenta que, como base para o seu exercício, implica igualmente a disponibilidade sobre os negativos e as cópias, as quais poderão também vir a ser executadas em caso de incumprimento – art.º 11.º), a possibilidade de a garantia abranger bens futuros (isto é, poder incidir sobre um filme ainda não concluído, desde que se trate de um filme espanhol e que já tenha obtido a autorização de realização: nesta hipótese, o registo será preventivo, caducando no prazo de 2 anos, excepto se entretanto for convertida em definitiva, retroagindo os seus efeitos à data da inscrição originária – art.ºs 4.º e 9.º) e a admissibilidade de o credor se apropriar directamente das receitas provenientes da exploração do filme, desde que tal seja acordado com o onerante (art.º 13.º e segs.).

<sup>2023</sup> Merece especial referência a viabilidade de o penhor incidir sobre bens que permanecem em poder do proprietário (nos termos do qual será possível, segundo Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 165 e 166, “*ammettere la permanenza dell’originario rapporto di garanzia nel caso di sostituzione dell’oggetto del pegno*”, consentindo “*un pegno ad oggetto variabile (prenda flotante) in cui il rispetto delle regole sulla costituzione del vincolo (...) sarebbe assicurato per un verso, dalla previsione nel titolo costitutivo di un limite minimo e massimo tra i quali può oscillare il valore della garanzia e per altro verso, dall’indicazione delle caratteristiche dei beni che possono sostituire quelli inizialmente vincolati*”). Nesta conformidade e conforme destaca García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 309, este penhor distingue-se do penhor comum em razão da ausência de desapossamento do constituinte e, por outro lado, afasta-se da hipoteca mobiliária por força da impossibilidade de perfeita identificação registal dos bens, facto este que “*determina que se hayan de adoptar ciertas medidas adicionales, tendentes a asegurar la identificación perfecta del objeto pignorado*”.

<sup>2024</sup> Conforme se alcança do disposto nos art.ºs 12.º e 55.º. Por outro lado, do art.º 2.º, n.º 2, decorre que qualquer das garantias não pode constituir-se sobre bens previamente empenhados, hipotecados ou penhorados (ou cujo preço de aquisição não se encontre totalmente pago, excepto se a garantia houver sido constituída para assegurar o pagamento desse preço: em caso de violação desta proibição, estaremos perante uma anulabilidade, que poderá ser unicamente invocada pelo credor do preço, podendo o credor pignoratício ou hipotecário evitar tal desfecho pagando tal preço antes da anulação do registo da garantia), decorrendo desta norma impossibilidade tendencial de concurso entre uma hipoteca mobiliária ou um penhor sem desapossamento com uma hipoteca comum ou com um penhor tradicional (neste sentido, Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, págs. 729 e 730), a não ser quando a hipoteca comum ou o penhor ordinário forem de constituição posterior a qualquer das duas anteriores. Para além disso, o art.º 55.º vem limitar ainda mais os conflitos, ao dispor que, sobre os bens potencialmente objecto de penhor sem desapossamento não se poderá constituir, nem sequer posteriormente, um penhor ordinário: assim e em suma, os conflitos apenas se poderão dar entre uma hipoteca mobiliária ou um penhor sem desapossamento e uma hipoteca comum posteriormente constituída ou, por outro lado, entre uma hipoteca

No âmbito específico da hipoteca mobiliária, cumpre salientar a possibilidade a mesma recair sobre o estabelecimento comercial,<sup>2025</sup> incluindo as mercadorias<sup>2026</sup>

mobiliária e um penhor comum de constituição posterior, prevalecendo as garantias consagradas na LHMPSD, por força do princípio da prioridade temporal (com exceção do concurso da hipoteca mobiliária com um penhor comum, sobre as partes integrantes ou pertenças que, separadas da coisa principal onerada, escapem à sequele inerente à hipoteca terá preferência o credor pignoratício -Vallet de Goystisol, ob. cit., págs. 539 e 540).

<sup>2025</sup> Nos termos do art.º 20.º e segs. desta lei, esta garantia abrange necessariamente o direito de arrendamento sobre o imóvel onde funciona o estabelecimento (e, mesmo que este não se encontre constituído, a possibilidade de constituição do mesmo, quando seja o proprietário do imóvel que onere o estabelecimento) e, salvo pacto em contrário, o nome comercial, a firma, as marcas distintivas e os demais direitos de propriedade industrial e intelectual, as máquinas, mobiliário, utensílios e demais instrumentos de trabalho (desde que sejam propriedade do constituinte da garantia, que o respectivo preço se encontre integralmente liquidado, que se destinem de modo permanente à satisfação das necessidades do estabelecimento e que os mesmos sejam individualizados no momento da inscrição da garantia). Já as mercadorias e as matérias-primas apenas poderão ser incluídas havendo pacto expresso nesse sentido, desde que sejam propriedade do dono do estabelecimento e o seu preço se encontre integralmente satisfeito (todavia, quanto a estes bens, o devedor é obrigado a manter no estabelecimento uma quantidade e valor igual ou superior ao determinado na escritura constitutiva da hipoteca, sendo que uma diminuição de 25% do valor das mercadorias ou matérias primas hipotecadas originará, em caso de não reposição por parte do devedor, o vencimento da hipoteca – cfr. art.ºs 22.º, n.º 3 e 29.º, n.º 8: segundo Veiga Copo, *Prenda omnibus, prenda rotativa, y garantía flotante*, in *Revista de derecho bancario y bursátil*, ano 20, n.º 82, 2001, pág. 70, esta obrigação de manutenção numa margem de cobertura justificase tendo em conta o facto de, mesmo quando as mercadorias e matérias-primas estejam abrangidas pela garantia, tal não impedir que ditos bens sejam transformados, alienados, ou consumidos). De acordo com Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 498 e segs., decorre desta enumeração legal que esta garantia não pode abranger a propriedade do local nem nenhum direito real imobiliário (porque deverão ser inscritos apenas no registo da propriedade imobiliária), o numerário, os contratos pendentes, os créditos (porque “*su hipoteca exigirá un continuo juego de notificaciones, que no creemos puedan ser suprimidas por la publicidad de la inscripción. Porque no es aconsejable exigir a todos los deudores de un comerciante que examinen el registro mercantil antes de pagar sus deudas para saber si aquél ha hipotecado el establecimiento. Por otra parte, si todos los créditos que fuesen venciendo deberían quedar sujetos a la hipoteca, se dificultaría la marcha del comercio de tal modo que el establecimiento sólo podría seguir funcionando con la venia del acreedor. Y si este fuera cobrándolos, a medida que vencieren, resultaría que el titular del establecimiento hipotecado tan sólo podría cubrir los gastos de mantenimiento y reponer las exigencias con los precios que percibiera al contado*”), nem os valores mobiliários (sujeitos a uma forma de constituição e execução de garantias bem mais célere e expedita): a *ratio* comum a todas estas exclusões reside na necessidade de evitar “*que la hipoteca de un establecimiento comercial agote sus posibilidades de crédito*”). De igual modo e ao invés do que sucede com a lei francesa, a garantia sobre o estabelecimento não abrange a clientela (pois esta se reduz, de acordo com o mesmo Autor, “*a una posibilidad de contratos futuros y renovados. El comerciante no tiene derecho exclusivo a explotar una clientela. Carece de monopolio: está continuamente expuesto a ver cómo su clientela se aparte de él (...) no tiene como contenido el cliente sino una abstención. Los terceros, y en particular los concurrentes, tienen la obligación de no desviar por medios desleales la clientela de una empresa*”), nem o aviamento (que se traduz numa mera expectativa de ganhos futuros e não constitui um elemento da empresa, mas sim uma qualidade desta), embora o Autor admita a estipulação de cláusulas obrigacionais destinadas a preservar a clientela e o aviamento do estabelecimento (contra, García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 262 e segs., entendendo que a garantia não pode ser reduzida ao simples local físico de implantação do estabelecimento, funcionando este como elo de ligação com outros elementos, próprios do aviamento, concluindo que esta garantia “*sigue siendo una Hipoteca “de negocio” o de “fracción de negocio”, que toma en cuenta el valor del aviamento*”, como decorre da inclusão necessária das instalações fixadas que pertençam ao titular do estabelecimento e da exigência que as máquinas se destinem à exploração de uma actividade industrial ou comercial).

<sup>2026</sup> Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 512 e segs., enumera os inconvenientes desta solução, como sejam a circunstância de se onerarem antecipadamente mercadorias que ainda não são do devedor (podendo o credor apoderar-se do produto de venda dessas mercadorias, em prejuízo dos respectivos fornecedores, que não receberão sequer uma parte da quantia que lhes é devida), por se prestar a fraudes (designadamente “*convertiendo una garantía sobre una universalidad con valor casi nulo en una garantía respectable sobre la universalidad, ya prodigamente provista, bastando a tal fin invertir en*

(embora sendo controvertido qual o exacto *quid* onerado),<sup>2027</sup> a circunstância de as máquinas poderem ser objecto de garantias distintas,<sup>2028</sup> bem como enumeração dos

---

*mercancías las disponibilidades del deudor amenazado de insolvencia, de modo que el precio de aquéllas solamente beneficie al acreedor garantizado con hipoteca sobre la universitas, en perjuicio de la massa general de acreedores*”), por desincentivar a alienação de mercadorias por parte dos seus fornecedores (passando estes a exigir uma garantia específica sobre o crédito ao preço dessas mercadorias: assim sendo e no limite, este panorama poderia conduzir ao desaparecimento do crédito pessoal) e por limitar fortemente a possibilidade de financiamento posterior da empresa (na medida em que o devedor não disporia de bens para assegurar tais créditos, pelo que dificilmente obteria fundos, pelo menos junto de outros prestamistas que não o garantido com hipoteca sobre o estabelecimento). Nesta conformidade, conclui que qualquer solução que se oponha à alienação das mercadorias imune face à hipoteca de estabelecimento destruirá o comércio jurídico (para além de significar “*la mezcolanza en una misma hipoteca de cosas registrales, y no fungibles, con otras fungibles y no registrales, formando un conjunto al que no es posible dar tratamiento jurídico uniforme*”), pelo que verbera a opção tomada pelo legislador espanhol, mesmo que esta limite a extensão às mercadorias cujo preço se encontre integralmente pago (aparentemente, deste modo salvaguardam-se os direitos dos fornecedores das mercadorias e, por outro lado, não impedindo o recurso ao crédito por parte do comerciante: contudo, “*La fungibilidad de las mercancías y, especialmente, la posibilidad de comprar al contado nuevas mercancías – para ingresarlas en la universalidad a la que se refiere la hipoteca – pagándolas con el precio obtenido con la venta de otras que hubieran sido suministradas al deudor pignoratício y no satisfechas por éste, nos demuestra la total ineficacia de esta solución*” e, por outro lado, como salienta García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 274, porque “*la fungibilidad de las mercancías hace imposible determinar cuáles están integralmente pagadas, y cuáles no*”) e se imponha ao constituinte o dever de repor continuamente, segundo os usos do comércio, as mercadorias e matérias primas consumidas, substituindo-as por outras de da mesma qualidade e em quantidade igual ou superior (a respeito desta exigência García-Pita y Lastres, ob. cit., págs. 274 e 275, estranha que, sendo o objecto da garantia o estabelecimento comercial, o dever de conservação se traduza na obrigação de reposição das mercadorias e matérias primas). Ainda assim, a solução legal de incluir estes bens no âmbito de uma hipoteca de estabelecimento talvez encontre explicação na circunstância de eles, isoladamente, não se prestarem à sujeição a nenhuma das garantias previstas na lei (García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 275).

<sup>2027</sup> Segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 492, a garantia não incide sobre o estabelecimento comercial como universalidade, mas antes “*en torno a su base físico-jurídica, el local del negocio con su afección negocial, con el que se integran para constituir esa garantía unificada determinados elementos del activo susceptibles de ofrecer garantía real*”. Este entendimento seria corroborado pelo facto de a lei tomar o local como base da hipoteca sobre o estabelecimento, embora cumpra distinguir entre o caso em que o proprietário do estabelecimento também o é do imóvel onde o mesmo funciona (no qual o adjudicatário se tornará arrendatário de pleno direito do imóvel, solução esta que o Autor entende não consistir num direito sobre outro direito, uma vez que “*la hipoteca no recae sobre la propiedad ni sobre el usufructo o el arrendamiento, sino que sujeta la cosa en garantía*”: se, porventura, o proprietário arrendar o imóvel a um terceiro, este “*debería soportar la prioridad de la vinculación previamente inscrita y no podría desconocer la limitación de facultades en orden a arrendar que sufre el propietario hipotecante*”) da hipótese em que é apenas arrendatário desse espaço (hipótese na qual a execução da garantia redundará na transferência do bem para o adjudicatário, com o proprietário a receber a parte proporcional à transferência do imóvel (art.º 89.º), razão pela qual o art.º 19.º da lei exige, como condição para poder hipotecar o estabelecimento, que o arrendatário do imóvel disponha de legitimidade para trespassar o local. Porém, a transferência deste direito para terceiros depende da prévia notificação, por parte do credor ou do devedor, ao proprietário do imóvel (embora García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 284, saliente que o consentimento do proprietário não é necessário para a constituição da garantia): em caso de acordo deste, produzir-se-á a transferência, havendo direito a um aumento de renda (art.º 31.º); caso contrário, o proprietário poderá rescindir o contrato de arrendamento, subsistindo a hipoteca sobre os demais bens que integrem o estabelecimento (art.º 32.º). Para além disso, na hipótese de o imóvel onde funciona o estabelecimento ser arrendado pelo constituinte da garantia, ao credor assiste o direito de exercitar alguns direitos que cabem ao arrendatário (como sejam o de exigir reparações do senhorio) ou cumprir alguns deveres que impendem sobre o arrendatário (com o pagamento da renda). García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 242 e segs., defende que a perspectiva da empresa que se deve acolher para efeitos de oneração é a objectiva (abarcando as coisas e direitos afectos à sua actividade), embora reconhecendo subsistir sempre a dúvida acerca do carácter unitário do bem resultante dessa união (e, mesmo para os que aceitem este carácter unitário, acerca do tipo de coisa – imaterial ou património autónomo – que o estabelecimento representa): apesar disso, entende que a lei “*no llegó a configurar una Hipoteca*



direitos de propriedade intelectual como possível objecto de hipoteca mobiliária<sup>2029</sup> e, finalmente, a abertura de uma brecha no princípio da indivisibilidade da garantia.<sup>2030</sup>

Por seu turno o penhor sem desapossamento tem como possíveis objectos os frutos agrícolas (não apenas os separados, mas igualmente os pendentes ou previstos para o ano agrícola em que for celebrado o contrato) os animais (assim como as suas crias e produtos), os utensílios agrícolas, a maquinaria e demais equipamento identificável através de marca, modelo ou número de fabrico (desde que não afecto, de modo estável, a uma exploração industrial ou comercial), as mercadorias e matérias primas armazenadas, objectos de arte ou com valor histórico e/ou cultural - como quadros, esculturas, porcelanas ou livros – isoladamente ou enquanto colecção em que

---

*mobiliaria sobre la totalidad del “Negocio”, sino que limitó a el objeto del contrato (y del derecho real) a establecimientos mercantiles, singularmente considerados, de modo que, una quando un “Negocio” pudiera estar compuesto por varios establecimientos, lo cierto es que no seria posible constituir una Hipoteca mobiliaria única, sobre la totalidad de los mismos: bien por el contrario, habría que constituir tantas como establecimientos”* (nesta conformidade, o Autor conclui que o conceito legal de estabelecimento comercial tende a equivaler ao de “*local de negocio*”). Por último, diga-se que a lei tipifica (art.º 29.º) as causas de extinção desta garantia, algumas relacionadas com a diminuição do acervo patrimonial e outras com a relação arrendatária.

<sup>2028</sup> Como salienta Vallet de Goystisoló, ob. cit., pág. 510 e segs., podem ser objecto de um penhor sem desapossamento (quando não se encontrem instaladas ou não se destinem a uma exploração industrial – art.º 53.º, n.º 1), de uma hipoteca mobiliária (quando se encontrem instaladas e sejam destinadas pelo seu proprietário à exploração de uma indústria e concorram directamente para tal exploração – art.º 42.º) ou ainda como elemento da hipoteca sobre o estabelecimento comercial em que se integrem (art.º 21.º, alínea a)).

<sup>2029</sup> Dispõe o n.º 1 do art.º 46.º desta lei que esta garantia compreende, no caso da propriedade intelectual, além do direito principal (não fazendo a lei, quanto a este, qualquer distinção entre o direito pessoal que se traduz na liberdade de autodeterminação relativamente à publicação da obra e, por outro lado, à exploração económica do mesmo, formulação esta contestada por García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 300 e segs., por entender que apenas a vertente patrimonial é susceptível de exploração económica e permite a sua comercialidade) e, salvo convenção em contrário, a adaptação, reprodução, tradução, reimpressão, nova edição ou audição da obra hipotecada. Relativamente aos direitos de propriedade industrial, a hipoteca abrangerá, além do direito principal (que poderá consistir em películas cinematográficas), a adição, modificação, ou aperfeiçoamento de uma patente, marca ou modelo (art.º 46.º, n.º 2). Como salienta Vallet de Goystisoló, ob. cit., pág. 593 e segs., o facto de estes bens imateriais terem uma duração limitada e de o seu valor muitas vezes se diluir com extrema rapidez, impõe a protecção especial do credor com garantia sobre os ditos bens, alcançada através da interdição de renúncia e de cessão da exploração, por parte do constituinte, sem o consentimento do credor (art.º 48.º, n.º 1, o qual, segundo García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 306, deve ser interpretado restritivamente, no sentido de não impedir a exploração pessoal do bem onerado, através da celebração de contratos de edição ou de obtenção de capital para a colocação em prática das invenções patenteadas), bem como da autorização dada ao credor para, em caso de inércia do constituinte, proceder à renovação, reabilitação ou prorrogação dos direitos hipotecados ou financiando o constituinte para o efeito (art.º 50.º) e, finalmente, do vencimento antecipado da obrigação garantida em caso de não pagamento das quantias relativas aos direitos hipotecados (nomeadamente rendas ou renovação de inscrições) ou de falta de exploração da patente por um período superior a 6 meses ou de falta de uso das marcas durante mais de 4 anos consecutivos (art.º 51.º): mais ainda, as partes podem pactar a cessão ao credor hipotecário dos créditos que o hipotecante possua directamente relacionados com o bem onerado, devendo este pacto ser notificado à sociedade de autores (art.º 49.º que, de acordo com García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 307, consagra um verdadeiro pacto anticrético, “*ya que prevé a la posibilidad de que, a virtud de pacto, el Acreedor adquiera la facultad de cobrar los derechos del titular, ya sea en su totalidad, o en una determinada proporción*”). Em suma e segundo García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 302 e segs., a lei considera como hipotecáveis “*los derechos de exclusiva; razón por la cual exige que la invención, el signo distintivo, o la obra se encuentren debidamente registradas*”.

<sup>2030</sup> Com efeito, decorre do art.º 14.º que, quando sejam onerados conjuntamente e em garantia de um mesmo crédito vários estabelecimentos comerciais, automóveis, aeronaves, veículos ferroviários, aeronaves ou direitos de propriedade industrial ou intelectual, deverá distribuir-se entre eles a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação principal.

estejam integrados e, finalmente, a generalidade dos créditos, mesmo que futuros (art.ºs 52.º a 54.º).<sup>2031</sup>

Para além disso, a especial capacidade de deslocalização e dissipação dos bens objecto do penhor impõe a tomada de diversas cautelas em ordem a solidificar a garantia do credor, de entre as quais se contam a qualificação do empenhante como depositário (sujeito às sanções civis e penais, embora sem prejuízo da faculdade de uso, sem comprometer o respectivo valor – art.º 59.º),<sup>2032</sup> a inadmissibilidade de, sem consentimento do credor, se proceder à deslocação do bem onerado para local diverso daquele que ficou consignado no acto de constituição do penhor (art.º 60.º), o direito do credor pignoratício inspeccionar o objecto da sua garantia (art.º 63.º).

Outros aspectos que distinguem estas duas modalidades residem, por um lado, no direito de sequela de que se encontra munida a hipoteca<sup>2033</sup> e que, embora com dúvidas, está ausente no penhor (sobretudo porque esta legislação não afasta a regra da posse vale título)<sup>2034</sup> e, noutro plano, na amplitude do direito de preferência que cada

---

<sup>2031</sup> Quanto a estes últimos, a lei depois de mencionar expressamente os créditos e demais direitos dos titulares de contratos, licenças, concessões ou subvenções administrativas (sempre que a lei ou o título de constituição autorizem a sua alienação a terceiro) alude, em geral, à empenhabilidade de créditos futuros, sempre que não estejam representados por valores e não sejam qualificados como instrumentos financeiros. Pelo contrário, não pode o penhor (nem tão pouco a hipoteca mobiliária) incidir sobre bens previamente hipotecados ou empenhados, sobre quotas indivisas ou sobre bens cujo preço de aquisição não tenha sido integralmente pago (salvo, neste último caso, se a garantia se constituir para assegurar o pagamento do preço), não podendo igualmente constituir-se sub-hipoteca ou penhor sem desapossamento sobre bens susceptíveis de hipoteca mobiliária. De acordo com Vallet de Goystisoló, ob. cit., pág. 463, a enumeração legal é taxativa (pelo que não será possível constituir um penhor sem desapossamento sobre mercadorias não armazenadas, nem tão pouco sobre um conjunto variável e mutável de mercadorias e matérias primas, mas tão somente a manipulação e transformação destes bens dentro do local onde se encontrem depositadas, de modo que “*Si en la elaboración se incorporasen a la materia pignorada otra u otras sustancias, creemos que debe reputarse pignorado el producto resultante, cualquiera que sea el valor o importancia de los elementos incorporados. Sí mas de una de las materias primas fusionadas estuvieran pignoradas y la fusión se hubiese realizado sin previo acuerdo de los acreedores, cabe entender que es preferente la prenda primeramente constituida o bien, a semejanza de las reglas de la accesión, considerarlas de igual rango y regular la preferencia entre ambas en proporción al valor que cada materia represente respecto al todo*”).

<sup>2032</sup> Em caso de uso indevido ou de violação do dever de não movimentação do bem onerado e de acordo com o art.º 61.º, assiste ao credor o direito de exigir o imediato cumprimento da obrigação garantida ou a imediata venda do bem empenhado (sem prejuízo da responsabilidade do empenhante pelos danos causados, especialmente em caso de perda ou deterioração dos bens onerados).

<sup>2033</sup> Quanto à hipoteca, não restam dúvidas em face do art.º 16.º da lei, ao dispor que esta garantia sujeita, directa e imediatamente, os bens sobre que recai, qualquer que seja o seu possuidor, ao cumprimento da obrigação para cuja segurança foi constituída (embora, como salienta Vallet de Goystisoló, ob. cit., pág. 516 e segs., esta regra sofra excepções relativamente às matérias primas e mercadorias integradas na hipoteca de estabelecimento e às partes integrantes e pertenças, não especificamente indicadas no acto de constituição da garantia, separadas da coisa hipotecada: neste último caso, considera o Autor que “*El adquirente de una pertenencia no puede ser considerado de mala fe por el hecho de haber conocido el vinculo pertenencial y la existencia de la hipoteca, puesto que la sujeción se extingue por la separación con respecto a aquélla*”: todavia, tal não significa que o devedor seja livre de proceder à separação deste tipo de bens de modo a diminuir a garantia do credor, porquanto poderá o credor exigir o depósito judicial do bem ou o reforço da garantia e sem prejuízo de eventuais sanções penais). Também García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 221 e segs., considera a hipoteca mobiliária como um direito real – com as mesmas excepções referidas – na medida em que conferem ao seu titular a sequela (oponível a qualquer adquirente e implicando o afastamento da regra, vigente em sede mobiliária, posse vale título) e inerência próprios dos direitos reais.

<sup>2034</sup> No que concerne ao penhor, a ausência de uma norma equivalente ao art.º 16.º possibilita a aceitação ou a negação do direito de sequela desta garantia: a primeira posição baseia-se no art.º 4.º da lei – nos termos do qual o devedor não poderá alienar os bens empenhados sem o consentimento do credor – para daí retirar a conclusão que, sendo nula a alienação, esta não poderia prejudicar o credor pignoratício; a

uma confere ao seu titular<sup>2035</sup>: partindo destas diferenças, poderá mesmo questionar-se a natureza jurídica do penhor sem desapossamento, designadamente no que concerne à sua inclusão na categoria dos direitos reais.<sup>2036</sup>

---

tese contrária (defendida por Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 516 e segs), assenta na intenção da lei distinguir claramente a hipoteca do penhor e, sobretudo, na anteposição do interesse geral do comércio jurídico face ao interesse particular do credor pignoratício (considerando uma exigência desproporcionada exigir-se aos terceiros a comprovação da não oneração prévia de bens que, por natureza, se destinam à circulação e, mais ainda, opor a terceiros de boa fé semelhante garantia), à imagem do que sucede com o penhor tradicional (por força da regra posse vale título e sempre que o credor perca a posse do bem): por ser assim, o Autor conclui que o penhor sem desapossamento apenas será oponível a terceiros adquirentes de má fé (e mesmo de boa fé, desde que o objecto se mantenha no local onde foi inscrita no registo, pois, deste modo, se mantém uma situação correspondente à posse no penhor tradicional e, nos termos do art.º 60.º, o credor pode evitar que os bens sejam transferidos para outro local sem o seu consentimento) e ainda em caso de sub-rogação real (uma vez que, sustenta o Autor, existe um princípio geral nesta matéria que impõe que o direito de preferência conferido pelo penhor se alargue ao preço que o adquirente de boa fé tenha pendente, devendo, para o efeito, o credor notificar este último para não entregar esse montante ao devedor). Para além disso, a constituição de um penhor sem desapossamento não pode prejudicar os direitos anteriormente constituídos sobre os mesmos bens (art.º 56.º), mas, ainda assim, esta garantia produz vários efeitos *inter partes* (o Autor enumera, para além da proibição de o constituinte dispor dos bens sem o consentimento do credor, o direito de este último impedir que o bem seja transportado para local diverso daquele onde foi registada a garantia, o direito de inspecção, a faculdade do credor exigir que os bens sejam entregues a outrem em caso de morte do constituinte, o vencimento antecipado da dívida havendo mau uso do bem ou incumprimento das obrigações assumidas pelo constituinte depositário ou de abandono dos bens onerados e a responsabilidade civil e criminal do depositário em caso de perda ou deterioração desses mesmos bens – cfr. art.ºs 59.º a 64.º). Nega igualmente o direito de sequela ao penhor sem desapossamento Cordero Lobato, ob. cit., pág. 86 e segs., afirmando que, apesar do silêncio da lei, “*al menos frente a adquirentes de buena fe la prenda sin desplazamiento no tiene eficacia real, y el bien pignorado quedará excluido de la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, sin importar si ha mediado o no el consentimiento del acreedor*”.

<sup>2035</sup> Segundo Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 539 e segs., a hipoteca mobiliária apenas cederá perante a alguns créditos garantidos por hipoteca naval (art.º 41.º), ao passo que o penhor sem desapossamento será preterido em face dos créditos por sementes, gastos de cultivo e recolha de colheitas e frutos, assim como pelo crédito de rendas dos últimos 12 meses relativo ao arrendamento do imóvel no qual foram produzidos, armazenados ou depositados os bens empenhados (art.º 66.º).

<sup>2036</sup> Apesar de a lei não se pronunciar directamente sobre este aspecto, a resposta à questão encontra-se indissoluvelmente ligada à existência ou não de um verdadeiro direito de sequela e, por outro lado, à identificabilidade dos bens onerados (condição *sine qua non* para poderem ser objecto de direitos reais). Partindo da ausência de um verdadeiro direito de sequela, Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 260 e segs., nega a natureza real deste penhor (assegurando que a publicidade da garantia, que a torna oponível a terceiros, depende da manutenção dos bens no *status loci*, não operando o direito de sequela senão verificando-se esse condicionalismo); pelo contrário, García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 310 e segs., partindo da qualificação legal do constituinte como depositário do bem onerado, não apenas como dono e no próprio interesse, mas igualmente por conta do credor pignoratício (que, por esta via, se torna igualmente possuidor, ao ponto de o Autor considerar mais correcto apelidar esta garantia de “*prenda sin desplazamiento del posesión inmediata*”), sustenta que se diluem as diferenças face ao penhor tradicional (isto é, o depositário “*ejercerá una forma de posesión que sirve de base a otra forma (mediata) de poseer los bienes pignorados. Y si el acreedor posee mediatamente, habrá tenido lugar una especie de constitutum possessorium, de forma que el Acreedor adquirirá una dominación real directa (aunque mediata) sobre la res aliena*”), sendo por isso legítimo qualificar esta garantia como um verdadeiro direito real, até porque dotada de inerência e sequela (esta última é inequívoca frente a terceiros de má fé e será exercitável mesmo contra os de boa fé sempre que se mantenha o *status loci*, podendo o credor usar dos meios de defesa possessória para impedir a deslocação do bem, pelo que a sequela “*no es mayor, ni menor, que en el caso de la Prenda ordinaria*”). Em termos concordantes, Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 735 e 736, porquanto “*su eficacia erga omnes no es inferior a la de la prenda normal, pues su ineficacia frente a terceros adquirentes de la cosa pignorada, si el pignorante (indebidamente) la enajena, se daría igualmente se hubiese sido prenda con desplazamiento*”, desde logo porque, salvo o princípio da posse vale título, o penhor sem desapossamento é oponível a terceiros, podendo, fora desse condicionalismo, o titular de um penhor sem desapossamento exercer o direito de sequela para o recuperar das mãos de terceiro (naturalmente que tal direito de sequela não tem a amplitude do que é

Para além destas diferenças, existem inúmeros aspectos comuns a ambas as garantias,<sup>2037</sup> nomeadamente no que concerne ao modo de constituição de cada uma delas, (porquanto as hipotecas estão sujeitas escritura pública e inscrição num registo especial criado para o efeito,<sup>2038</sup> exigindo-se a verificação dos mesmos requisitos para o penhor – cfr. art.º 3.º),<sup>2039</sup> embora subsistam requisitos específicos para esta última garantia.<sup>2040</sup>

---

conferido ao titular de uma hipoteca mobiliária, uma vez que esta garantia é oponível a qualquer terceiro, mesmo que este obtenha, de boa fé, a posse do bem hipotecado, em termos muito similares aos vigentes para a hipoteca imobiliária). Acerca da natureza jurídica das garantias mobiliárias não possessórias, vide infra n.º 1.2 do Capítulo III e sobre a natureza jurídica do penhor, em especial quanto à sua eventual integração no seio dos direitos reais, vide infra Capítulo IV.

<sup>2037</sup> Com efeito, os art.ºs 1.º a 11.º da lei são de aplicação a qualquer das duas garantias, de entre as quais merecem destaque o já citado art.º 2.º, ao consagrar a proibição de constituição da qualquer delas sobre bens previamente onerados (ou seja, como afirma García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 194, exige-se que a garantia a constituir seja a primeira sobre aquele bem), a proibição de alienação dos bens onerados sem o consentimento do credor, com a consequente responsabilidade civil e penal do devedor, assim como o vencimento imediato da obrigação garantida (art.ºs 4.º, 29.º, 44.º e 59.º), o alargamento da preferência, salvo pacto em contrário, aos juros dos últimos dois anos, bem como a parte vencida no ano corrente (art.º 10.º), e a prescrição da acção hipotecária e pignoratícia no prazo de 3 anos a contar da data em que possam ser exercitadas (art.º 11.º). Para além disso, também em sede de execução as regras são similares, prevendo a lei um procedimento judicial (entretanto revogado, encontrando-se a execução destas garantias submetidas ao regime das execuções) e outro extra-judicial para o efeito (sem que o recurso a este pressuponha qualquer acordo prévio das partes nesse sentido, muito embora, para a hipoteca, a lei imponha que na escritura de constituição da garantia o devedor ou o terceiro empenhante designem um mandatário que os represente na venda, podendo este ser o próprio credor – art.º 86.º), decorrendo este último perante um notário (cfr. art.ºs 86.º a 91.º e 94.º a 95.º da lei), embora no penhor sem desapossamento o credor disponha de um direito de preferência para adquirir, por via de dação em pagamento, sempre que o preço da venda projectada seja inferior ao valor da dívida (art.º 65.º). Finalmente, merece realce a circunstância de qualquer das duas garantias poder ser constituída para assegurar contas correntes de créditos ou de letras de câmbio (art.º 10.º), o que, segundo García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 189, se traduz numa “*garantía de máximo*”, isto é, deverá ser definido um tecto máximo até ao qual a garantia responde.

<sup>2038</sup> Este registo é condição de concessão dos direitos de preferência e de sequela e dele devem constar também as penhoras anteriores sobre os mesmos bens, na medida em que a lei proíbe a constituição de penhor ou hipoteca sobre bens previamente empenhados (se a penhora não constar do registo no momento da inscrição do registo da hipoteca ou do penhor, estes direitos prevalecerão sobre aquele). Contudo, Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 30, nota 65, alude a uma controvérsia acerca da natureza do registo: para uns seria condição de surgimento da própria garantia; para outros, seria mera condição de oponibilidade da garantia - e, na sua falta, esta seria válida inter partes – parecem propender para a primeira alternativa, Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 554 e segs. e 609 (com base no art.º 3.º, §3, da lei, destacando ainda como os efeitos deste registo não são similares para a hipoteca e para o penhor: relativamente à primeira, a inscrição produzirá efeitos contra terceiros adquirentes dos bens hipotecados, embora não sane uma eventual falta de titularidade por parte do constituinte da garantia - porquanto o registo é unicamente de ónus e não de titularidade; quanto ao penhor, nem sequer garante a eficácia da garantia face a terceiros, não assegurando assim o direito de sequela contra terceiros adquirentes de boa fé, funcionando unicamente como alerta para os demais credores do constituinte da garantia) e Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, pág. 728, enquanto a posição de García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 199 aponta no sentido contrário (uma vez que, depois de afirmar que “*la inscripción registral es igualmente constitutiva e imprescindible ad substantiam frente a terceros*”, aceitando que o contrato constitutivo da garantia, ainda que nem sequer formalizado em escritura pública, “*será válido y comenzará a producir efectos jurídicos, por el solo consentimiento*”). Relativamente ao registo propriamente dito (posteriormente integrado no registo de bens móveis, aprovado pelo Real Decreto n.º 1828/99, de 3 de Dezembro, no qual se enumeram os bens sujeitos a tal formalismo), o respectivo regulamento (aprovado pelo Decreto de 17/6/1955, publicado no BOE n.º 198, de 17 de Julho de 1955), determina que este funcione sob a alçada da Direcção-Geral dos Registos e Notariados (art.º 1.º).

<sup>2039</sup> No entanto, a escritura pública poderá ser substituída, no caso de determinadas operações bancárias, por um documento particular redigido com a intervenção de um agente de câmbio ou de um mediador de comércio (art.º 3.º, §2.º). Em qualquer caso e para além das menções gerais impostas pela necessidade de

Outro aspecto que merece ser salientado é o reconhecimento nesta legislação, embora de forma indirecta, da figura da sub-rogação real, ao determinar-se o prolongamento da garantia a extensão da garantia às indemnizações devidas em caso de sinistro posterior à constituição das mesmas, a cargo do segurador ou de quem tenha praticado esses actos, bem como na eventualidade de expropriação (art.º 5.º).<sup>2041</sup>

Na medida em que qualquer das garantias prescinde do desapossamento do devedor, o dever de conservação do bem onerado impende, em ambas, sobre o constituinte,<sup>2042</sup> o qual, no caso do penhor, se considera como depositário desse mesmo bem.<sup>2043</sup>

---

determinação dos negócios jurídicos, do documento escrito devem constar a exacta descrição dos bens (com indicação da sua natureza, qualidade, quantidade, estado e demais circunstâncias que concorram para a sua individualização – cfr. art.ºs 13.º e 57.º), embora as demais indicações que devam constar do acto constitutivo da garantia variem consoante se trate de uma hipoteca (identificação do credor, do devedor e do empenhante que não seja o devedor, bem como menção dos respectivos domicílios; título de aquisição do bem e declaração do hipotecante atestando que os bens a onerar não se encontram hipotecados, empenhados ou penhorados; e indicação valor do crédito garantido, prazo de pagamento e juros) ou de um penhor (indicação do imóvel em que se encontram os bens a empenhar ou no qual venham a ser depositados; menção da obrigação de conservação dos bens onerados a cargo do empenhante; a indicação da existência de seguros sobre os ditos bens). Porém, para efeitos de registo, o regulamento da LHMPD é mais exigente, impondo requisitos adicionais para as hipotecas mobiliárias em geral (cfr. art.º 15.º, do qual avulta a necessidade de demonstração do título do hipotecante), bem como para algumas delas em função do respectivo objecto (art.ºs 19.º a 22.º) e, sobretudo, obrigando a uma mais pormenorizada descrição de cada um dos bens onerados (art.º 16.º); analogamente, para o penhor tais exigências adicionais constam, em geral, do art.º 29.º (praticamente igual ao art.º 15.º) e, especificamente para os frutos, dos art.ºs 31.º (para os ainda não separados) e 32.º (para os já recolhidos).

<sup>2040</sup> Como salienta Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 483 e segs., para além do registo, no penhor será ainda necessária a determinação do local de situação dos bens (podendo o credor impedir que os bens sejam retirados desse local e mesmo, em certos casos, fazê-las regressar coactivamente como meio de conservação da garantia) e a constituição do devedor como depositário do bem (ultrapassada a incompatibilidade tradicional entre as qualidades de proprietário e depositário). Por outro lado e como evidenciam García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 321 e segs., a escritura funciona como instrumento de identificação e determinação dos bens onerados (pois, se assim não fosse e atendendo à natureza dos bens, o contrato correr-se-ia o risco de o contrato ser indeterminado quanto ao objecto).

<sup>2041</sup> Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 783, destaca com alguns Autores reconhecem nesta norma a manifestação de um princípio geral de sub-rogação real, enquanto García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 232, salienta como a essa qualificação não obsta o facto de as indemnizações constituírem um direito de crédito, uma vez que o princípio geral de troca de coisa por coisa “*incluye también créditos por indemnizaciones debidas en razón de los bienes*”.

<sup>2042</sup> Para a hipoteca mobiliária a lei (cfr. art.ºs 17.º e 18.º) estabelece que o constituinte da garantia deverá conservar os bens onerados com a diligência de um bom pai de família (de acordo com García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 237 e segs., este critério é insuficiente, tendo em conta que os objectos onerados são instrumentos de uma actividade profissional levada a cabo pelo próprio constituinte: porém, quando se constitua uma hipoteca sobre o estabelecimento comercial este dever assume contornos especiais, obrigando o hipotecante a continuar a actividade comercial ou industrial – de acordo com os usos do comércio – e a participar ao credor, no prazo de oito dias, qualquer acto danoso, ou seja e de acordo com García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 275 e segs., este dever assume uma perspectiva dinâmica, cujo cumprimento se alcança através da exploração do negócio, sendo vedado ao devedor alienar ou sequer alterar a actividade desenvolvida pelo estabelecimento, para além de ser associado a um dever de não concorrência – cfr. art.º 27.º da lei), efectuando as reparações que se justificarem, gozando igualmente o credor do direito de ser indemnizado da diminuição de valor dos bens hipotecados que não seja consequência de casos fortuitos (podendo, ainda, pedir judicialmente a administração dos ditos bens), acrescentando o art.º 22.º que ao credor assiste o direito de inspecionar o desenvolvimento do negócio, mas sem afectar a actividade deste – sobre o dever de conservação, vide Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 732 e 733

<sup>2043</sup> Esta qualificação legal é, contudo, fonte de discórdia, porquanto há quem conteste tratar-se de um verdadeiro depósito (pois o constituinte da garantia pode usar o bem, pode transformá-lo e nem sequer existe o dever de restituição ao depositante-credor), embora García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 323 e

Finalmente, importa ressaltar que o registo destas garantias não é um registo completo, porquanto não se trata de um registo de titularidade, mas somente de ónus, pelo que a garantia pode ser inscrita ainda que o bem não se encontre em nome do constituinte.<sup>2044</sup>

Uma outra garantia exclusivamente mobiliária de criação relativamente recente é a reserva de propriedade sobre bens móveis,<sup>2045</sup> que pode assegurar qualquer contrato de compra e venda, a prazo,<sup>2046</sup> de bens móveis corpóreos não consumíveis e identificáveis,<sup>2047</sup> bem como os empréstimos destinados a permitir a aquisição de tais bens (cfr. art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 28/1998, de 13 de Julho),<sup>2048</sup> embora a oponibilidade a terceiros se encontre dependente do seu registo.<sup>2049</sup>

---

segs., aceite tal qualificação, contrapondo que a possibilidade de uso pode traduzir-se numa forma de conservação, sendo tal dever reforçado pela proibição de transladar o bem onerado para local diverso e que a suposta ausência de restituição é falsa (pois em caso de venda o empenhante deverá entregar o bem ao adquirente), aceitando que os deveres próprios da relação de depósito possam nascer de outro contrato que não um contrato de depósito, admitindo, por isso, que o depósito recaia sobre um bem próprio do depositário (considerando que, atentos os deveres de conservação que recaem sobre o depositário, “*la propiedad es un derecho real, que no afecta a la relación de custodia; que no es incompatible con ella, porque si el derecho real es un derecho de exclusión, en cambio del derecho de credito, la obligación patrimonial ex contractu, representa una relación de colaboración, compatible, por tanto, con la relación jurídico-real*”).

<sup>2044</sup> Salienta este aspecto, Cordero Lobato, *Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 78 e 79, concluído que a falta de titularidade não fica convalidada pela inscrição, de modo que não se produz o efeito de inoponibilidade que opera em sede imobiliária. Por outro lado, a publicidade assegurada por este sistema face a terceiros é muito débil, não só porque não se impõe aos terceiros a consulta do registo de bens móveis, como sobretudo porque o registo é mais um registo de contratos do que de bens, ou seja, cada contrato de garantia é inscrito separadamente, sem consideração dos bens que se oneram (pelo que qualquer terceiro, para avaliar os ónus sobre os bens empenhados, teria que consultar todos os registos isolados para verificar quantos contratos de garantia o devedor havia celebrado), o que conduz a uma “*debilidad del sistema registral y de la publicidad que produce, con el agravante de que no existe mecanismo alguno que impida la doble pignoración de los mismos bienes*”. Apesar de tudo, o Autor aplaude o facto de o registo ser unicamente de ónus, asseverando ser uma restrição desmesurada ao comércio jurídico de bens móveis a inscrição de todas as mudanças de titularidade e rematando que a protecção desse mesmo comércio é assegurada através da regra da posse vale título e os direitos dos credores com garantia inscrita são respeitados na medida em que os futuros adquirentes dos bens terão que suportar esses ónus.

<sup>2045</sup> Para assegurar o cumprimento destes contratos, a lei permite que o credor se muna, em alternativa às garantias tradicionais, de uma cláusula de reserva de propriedade ou imponha ao devedor a proibição de alienar ou praticar qualquer acto de disposição sobre os bens, sem o consentimento do credor: porém, a eficácia de tais garantias encontra-se dependente da sua indicação no contrato de compra e venda (art.º 7.º, n.ºs 10 e 11) e o posterior registo.

<sup>2046</sup> Definido como aquele através do qual uma das partes entrega à outra uma coisa móvel corpórea, comprometendo-se esta última a pagar um preço num prazo superior a três meses, contados da data da celebração do contrato (art.º 3.º). Este contrato deve ser reduzido a escrito, sob pena de invalidade (art.º 6.º), contendo diversas menções enumeradas na lei (art.º 7.º)

<sup>2047</sup> Considerando-se como tal todos aqueles de que conste a marca e número de série de fabrico, ou que possuam uma característica distintiva que exclua a confusão com outros bens (art.º 1.º, n.º 2).

<sup>2048</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de derecho civil cit.*, págs. 303 e 304, completando que esta garantia deve, sob pena de inoponibilidade a terceiros, ser inscrita no registo (e, em caso de incumprimento da obrigação de pagamento do preço por parte do adquirente, o credor apenas poderá executar os bens objecto da reserva de propriedade, de acordo com um procedimento de execução especial). Mais discutida é a natureza jurídica da figura, entendendo a jurisprudência estarmos perante uma compra e venda sujeita à condição suspensiva de integral pagamento do preço (assim consentindo ao credor vendedor opor-se a quaisquer actos de apreensão – penhoras, embargos - levados a cabo por outros credores do devedor comprador, invocando a excepção que tais bens não são propriedade do devedor), embora o Autor considere preferível conceber esta como um direito real sobre um bem alheio, de modo que “*La propiedad del bien vendido a plazos se habría transmitido al comprador desde la entrega de su*

Mas, no seio do ordenamento espanhol, deparamo-nos com uma compilação legislativa repleta de soluções inovadoras no âmbito das garantias mobiliárias, qual seja o Código Civil Catalão, apesar de não afastar a necessidade de desapossamento do empenhante (cfr. art.º 569-12).

Assim, este diploma prevê e regula expressamente garantias rotativas<sup>2050</sup> ou de objecto variável,<sup>2051</sup> consentindo a substituição dos bens inicialmente onerados<sup>2052</sup> de

---

*posesión (teoría del título y el modo), si bien quedaría gravada con un derecho de realización de valor a favor del vendedor o prestamista”* (pelo que o titular da reserva de propriedade não poderia opor-se a eventuais a actos de apreensão requeridos por outros credores do devedor, limitando-se a, em sede de concurso, fazer valer o seu direito de preferência).

<sup>2049</sup> Nos termos do art.º 15.º da Lei. Através da Orden de 19/7/1999, foi aprovado o registo da venda de bens móveis a prazo, do qual deverão necessariamente constar as garantias inerentes a tais contratos (art.º 2.º, n.º 2).

<sup>2050</sup> Cfr. art.º 569-16, n.ºs 2 e 3, anteriormente citados a propósito das universalidades.

<sup>2051</sup> Vide Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 29 e, sobretudo, Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 277 e segs.. De acordo com este último Autor, o disposto no art.º 15.º, n.º 2, da anterior lei catalã de garantias reais (correspondente ao actual art.º 569-16, n.º e, do Código, nos termos do qual “*Se considere como un único objeto de prenda el conjunto de cosas cuyo valor en el tráfico se determina en consideración al número, al peso o al tamaño*”), consente a consideração do *quid* onerado como um único objecto, atendendo as partes na relação de garantia unicamente ao valor do conjunto (“*todos los objetos se consideran como un único objeto, de forma que todos responden conjuntamente del cumplimiento de la obligación*”). Para além desta hipótese, em que a configuração unitária do objecto da garantia decorre da lei (embora as partes possam especificar o objecto genérico inicialmente empenhado, criando uma pluralidade de objectos e até distribuir a responsabilidade entre esses diversos objectos), o art.º 569-16, n.º 3 (correspondente ao art.º 15.º, n.º 3, da anterior lei), concede às partes a faculdade de considerar como objectos unitários do penhor “*los conjuntos o paquetes de valores, como acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, de acuerdo con la legislación aplicable en esta materia*”, com duas consequências importantes, decorrentes do princípio da indivisibilidade: o proprietário não poderá requerer a devolução de parte dos bens onerados em caso de pagamento parcial do crédito e, por outro lado, a eventual alienação executiva deve abranger o objecto empenhado no seu conjunto, que deve ser vendido unitariamente. Aponta igualmente esta norma como um exemplo de consagração legal de garantias rotativas Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 256, colocando especial enfoque na influência que a variação do valor económico do conjunto dos valores empenhados produz na quantidade de bens concretamente onerados, isto é, “*si el valor de los valores concretos pignorados aumenta, el número exacto de los que se consideran incluidos en la lista disminuirá. Por si se reduce el valor económico, el número de elementos concretos que lo componen aumentará. Y si la disminución supera ese margen de cobertura de garantía dispuesto por el acreedor, hace que o bien se pida un suplemento de garantía o adición de objetos a esa garantía, o bien provoca la ejecución anticipada de la prenda*” (todavia, o Autor faz dois reparos ao regime legal, um que se prende com a ausência de limites para o estabelecimento da margem de cobertura da garantia de que goza o credor, o outro relativo à não discriminação dos bens potencialmente objecto deste tipo de garantia).

<sup>2052</sup> Nos termos do art.º 569-17, n.º 1 (anterior art.º 16.º, n.º 1, da lei catalã de garantias reais), é concedida às partes a faculdade de, se assim o desejarem, estipularem que o devedor (ou, em caso de penhor prestado por terceiro, o empenhante) possa substituir, total ou parcialmente, os bens fungíveis empenhados (entendendo-se como tal os que podem substituir-se por outras da mesma espécie e da mesma qualidade), sendo que tal substituição implica a manutenção da garantia inicial (uma vez que o n.º 4 do mesmo art.º 569-17 determina que “*Se entiende a todos los efectos, en los casos de sustitución del bien empeñado, que la fecha de la pignoración se mantiene, como si se hubiese constituido inicialmente sobre los bienes que sustituyen a los inicialmente gravados*”), esclarecendo ainda o n.º 2, quando a garantia incida sobre valores mobiliários, o modo de avaliação dos bens substituídos (dispondo que “*La sustitución de unos valores por otros, en caso de valores cotizables, se hace de acuerdo con el precio de las cotizaciones respectivas en el mercado oficial el día de la sustitución. En caso de valores no cotizables, para acreditar la sustitución es suficiente que los tengan en su poder los acreedores pignoratícios o las terceras personas designadas y que conste inscrita en el mismo efecto o documento que acredita el derecho*”). Para Barrada Orellana, *ob. cit.*, pág. 339 e segs., este preceito constitui o reconhecimento da admissibilidade da sub-rogação (significando “*El mantenimiento de la eficacia de la garantía, a pesar del cambio del elemento objetivo del negocio*”) e um passo mais no sentido do reconhecimento do conceito de “*prenda de valor*”. De acordo com Daniel Ripley, *ob. cit.*, pág. 10, esta

acordo com a vontade das partes:<sup>2053</sup> todavia, mesmo antes da aprovação deste regime e em face das normas da lei civil, era defensável a licitude do penhor rotativo, colmatando o silêncio do Código Civil Espanhol sobre esta matéria através da constatação que este tipo de garantia não contraria normas legais imperativas, nem princípios de ordem pública.<sup>2054</sup>

Ao nível das obrigações garantidas pelo penhor, determina-se que aquelas possam ser futuras ou presentes mas relativamente às quais o respectivo montante se desconhece no momento da constituição da garantia – o que já resultava do CCE –, mas sujeita a respectiva validade à indicação do montante máximo pelo qual a garantia responde (art.º 569-14, n.º 2), legitimando assim as chamadas garantias de máximo.

Para além disso, quando a garantia incida sobre mais de um objecto, as partes podem estabelecer uma repartição da responsabilidade entre cada um deles (art.º 569-

---

faculdade só existe quando o penhor incida sobre coisas fungíveis e que a outra hipótese de sub-rogação se encontra consagrada a propósito do penhor de créditos (porquanto o art.º 569-18 do Código determina que, se o crédito empenhado se vencer – e for cobrado – antes do vencimento do crédito garantido, a garantia passará a incidir sobre a prestação recebida em consequência daquele pagamento).

<sup>2053</sup> Segundo Barrada Orellana, ob. cit., pág. 340 e segs., o acordo das partes terá que ser expreso (embora possa ser anterior, contemporâneo ou posterior à constituição da garantia – desde que, neste último caso, seja anterior à respectiva execução), celebrado entre o credor e o empenhante, mesmo que este não seja o devedor principal (podendo, porém, o bem substituto ser propriedade do empenhante, do devedor ou até de um terceiro, sendo que nestes dois últimos casos o sujeito ocupará a posição do empenhante), mas sem que o credor possa exigir da contraparte o recurso a esta faculdade acordada (nem proceder ele mesmo à substituição). A lei, todavia, ocupa-se especialmente da substituição no penhor de valores mobiliários, determinando que a mesma é possível se não contrariar a legislação específica para esse tipo de bens, se a diferença de preço entre os bens substitutos e substituídos não ultrapassar 5 por 1000 e se essa diferença for compensada em dinheiro no momento da substituição, desta forma se impedindo uma modificação substancial do valor dos bens empenhados (sem prejuízo, porém, de as partes poderem acordar na substituição sem verificação destes requisitos). Todavia e segundo a Autora, é discutível se a norma em questão consente a configuração como objecto unitário do penhor, não apenas a carteira de valores, como também o dinheiro do cliente que o gestor daquela carteira tenha em seu poder (de modo a abranger as situações em que os valores alienados não sejam imediatamente reinvestido na aquisição de outros e impedindo que, nesta hipótese, a posterior aquisição possa ainda qualificar-se como substituição dos valores inicialmente empenhados) e, por outro lado, se a substituição terá que ser efectuada no próprio dia (o Autor tende a responder negativamente a ambas as questões, alegando que a lei “*al referirse al día de la substitución, indica la necesidad de ingreso inmediato de los valores sustitutos en la cartera donde hasta entonces se integraban los sustituidos*”). Outras questões dizem respeito à fixação do valor a atender no momento da substituição (no caso dos valores cotados, será o preço estabelecido no mercado oficial na data da substituição e, tratando-se de valores não cotados, será aquele que for fixado por um auditor na mesma data), ao modo de efectuar a substituição (através da entrega do título ao credor ou, no caso de valores escriturais, através da anotação no respectivo registo – tratando-se de participações sociais, será ainda necessário comunicar a substituição à sociedade emitente de tais valores) e à possibilidade de do credor se opor à substituição (que o Autor nega, embora admita que, em caso de substituição de valores por outros voláteis ou menos seguros, o credor possa recorrer aos mecanismos legalmente previstos para reagir contra a diminuição da consistência da sua garantia).

<sup>2054</sup> Dá conta desta interpretação Piscitello, Le garanzie cit., pág. 28, sugerindo que o respeito pelas normas do Código Civil seria assegurado através da indicação, no momento da constituição do penhor, de um limite mínimo e máximo entre o qual o valor da garantia poderia oscilar e, por outro lado, identificando as características dos bens que poderiam substituir os originariamente empenhados (acrescentando que não constitui obstáculo a este entendimento um eventual desfasamento temporal entre a percepção do produto da alienação dos bens originariamente empenhados e o reinvestimento desse valor na aquisição de outros bens – como acontecerá no caso de gestão de carteiras de títulos – pois “*tra la vendita dei titoli costituiti in pegno ed il successivo investimento del ricavo sussiste un iato temporale in cui l’oggetto della garanzia è costituito da una somma di danaro e, pertanto, non permangono beni della medesima especie y calidad per tutta la durata della garanzia*”).



16, n.º 1),<sup>2055</sup> o que, na opinião de alguns, redundaria num afastamento dos princípios da especialidade e indivisibilidade do penhor.<sup>2056</sup>

Para além do que ficou dito a respeito da rotatividade, no que respeita ao penhor de créditos o Código (cfr. art.º 569-18) consagra mesmo um princípio genérico de sub-rogação, dispondo que se o crédito onerado se vencer antes do garantido, o penhor passa a recair, *ope legis*, sobre a prestação efectuada em consequência do pagamento do crédito empenhado.

Um outro aspecto inovador desta lei catalã foi a consagração da possibilidade de o credor pignoratício, quando a sua garantia incida sobre dinheiro ou um título representativo de dinheiro (desde que a quantia seja líquida e exigível), se apropriar do objecto da garantia em caso de incumprimento do devedor, mas apenas até ao montante do crédito garantido, devendo notificar tal procedimento aos demais devedores do empenhante (cfr. art.º 569-20, n.º 5),<sup>2057</sup> sem que a tal obste a proibição das convenções comissórias.<sup>2058</sup>

---

<sup>2055</sup> Como salienta Barrada Orellana, ob. cit., pág. 262 e segs., esta norma consente às partes, quando em garantia da mesma obrigação seja afectada uma diversidade de objectos, fixar a parte da dívida pela qual cada um responde, ou seja, “*en este caso, se entienden constituidos tantos derechos de prenda como objetos haya*” (em caso de silêncio das partes, valerá o princípio geral da responsabilidade solidária de todos os bens onerados pelo cumprimento da obrigação assegurada). Quando exista acordo, este poderá abranger todos os bens (cabendo a cada um a responsabilidade pelo cumprimento da dívida) ou apenas alguns deles (de modo que algum ou alguns responderão por uma determinada parcela em débito e todos os demais assegurarão o cumprimento pelo restante da dívida), não tendo a divisão que ser proporcional ao valor de cada objecto e podendo o acordo ser firmado em momento prévio, simultâneo ou posterior à constituição da garantia, embora deva constar do registo para produzir efeitos face a terceiros. Por outro lado, convencionando-se esta divisão da responsabilidade, qualquer dos proprietários poderá requerer a sua devolução em caso de cumprimento da obrigação pela qual tal objecto respondia, bem como proceder à substituição do mesmo por outro (nos limites em que a lei o consente) e o credor, em caso de incumprimento, poderá alienar qualquer dos bens que responda pelo pagamento da quantia exequenda (e, em caso de insuficiência daqueles, sobre os demais bens do devedor empenhados, mas como credor comum). Em termos concordantes, Daniel Ripley, ob. cit., pág. 10.

<sup>2056</sup> Ao consentir que as partes procedam a uma repartição da responsabilidade entre os diversos objectos que compõem a garantia, de modo a que cada um responda apenas pela parte do crédito que lhe corresponda, salvo melhor juízo, o que está aqui em causa não é o afastamento do princípio da especialidade (entendido como necessidade de os direitos reais incidirem sobre coisas certas e determinadas), mas sim a indivisibilidade da garantia, porquanto deixa de existir uma responsabilidade solidária de todos os objectos que a compõem, para passar a haver uma responsabilidade distribuída entre cada um deles (contra, Barrada Orellana, ob. cit., pág. 270 e segs., alegando não haver violação da dita indivisibilidade, desde logo porque a mesma não é inerente à noção de garantia – podendo, por isso mesmo, ser afastada por vontade das partes; depois porque, *ab initio*, a própria garantia nasce já dividida; e, finalmente, porque a lei, ao permitir que se constituam tantos penhores quantos os objectos onerados, dispõe que “*se entienden constituidos*” não que se constituam efectivamente, pelo que “*existe una sola obligación cuyo cumplimiento se garantiza con un sólo derecho real que recae sobre varios objetos, respecto de los cuales unicamente la responsabilidad es la que se fracciona e individualiza, de forma que han de entenderse constituidas, no que se constuyan, tantas garantías como objetos existan. A este argumento podría añadirse que sólo existe una prenda porque, de querer varias, las partes hubieran podido constituir tantas como objetos a afectar*”; entende, ao invés, estarmos perante uma excepção à indivisibilidade da garantia Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 255 e 256, a menos que se faça dela uma leitura mais flexível e se considere “*que en este tipo de prendas rotativas o sustitutivas no prima tanto la cosa concreta objeto de la garantía, sino el valor económico y global que el deudor pignoraticio se compromete a mantener constante y (...) debería admitirse la reducción de la garantía. Incluso beneficiaría al tráfico en el sentido de poder darse en garantía esos remanentes de otro crédito y frente a otros terceros*”).

<sup>2057</sup> Em face do anterior art.º 19.º, n.º 5, da Lei catalã de garantias reais (cujo conteúdo em nada difere da disposição mencionada no texto), Aranda Rodríguez e Mondéjar Peña, La compensación por el acreedor pignoraticio como forma de ejecución de la garantía de dinero o título representado por dinero en la ley catalana 19/2002, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal),

À guisa de conclusão, o juízo sobre a completude do sistema espanhol é negativo, não apenas relativamente à desadequação do regime do penhor às exigências da económicas, mas atendendo também ao âmbito limitado de bens que podem ser objecto de garantias mobiliárias não possessórias<sup>2059</sup> e, noutra ordem de considerações, aos entraves à utilização da propriedade com fins de garantia<sup>2060</sup>, à existência de

---

Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 563 e segs., distinguem consoante estejamos perante uma garantia sobre dinheiro (caso em que consideram estarmos perante um penhor irregular, garantia este que raramente se utilizará para garantir um crédito pecuniário – pois, quando assim for, o devedor preferirá usar o dinheiro para pagamento e não como garantia -, mas sim obrigações de *facere*, de *non facere* ou de *dare*) ou sobre títulos representativos deste (*fattispecie* qualificada como penhor de créditos) e elencam os requisitos para que tal apropriação possa produzir-se, quais sejam que a dívida garantida seja líquida e exigível e que o devedor seja notificado da decisão de compensação.

<sup>2058</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 4.3.4 do Capítulo II.

<sup>2059</sup> Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 725 e segs., considerando-o defeituoso por não consagrar nenhuma garantia mobiliária não possessória que, à imagem do penhor tradicional, possa recair sobre qualquer bem móvel e para assegurar qualquer tipo de obrigação (o Autor socorre-se do próprio preâmbulo da lei que aprovou a hipoteca mobiliária e o penhor sem desapossamento, no qual se demonstra uma preferência pelo modelo da hipoteca imobiliária: simplesmente, tal implicaria a criação de um registo de propriedade – à semelhança do que sucede com os bens imóveis - para todos os bens móveis, ideia esta que não logrou efeito, uma vez que “*exigiria un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión y contractación de esta clase de bienes*”. Todavia, ao não ser assim, o sistema sujeita-se à crítica que “*no parece posible una publicidad necesaria para la constitución de la garantía real sin que esté prevista de hecho una registración originaria del bien (...) porque sólo tal registración puede dar, de los singulare, concretos bienes muebles, la más rigurosa determinación indispensable para la hipoteca, dada su especialidad respecto al objeto, y también para toda otra publicidad mobiliaria, que de hecho se realiza siempre con us sistema no personal, sino real*”) e por se manter arreigado a dogmas como o princípio da especialidade, do qual decorre a exigência de perfeita identificação dos bens onerados. Também García-Pita y Lastres, ob. cit., pág. 184 e segs., alude a alguns reparos dirigidos à lei sobre hipoteca mobiliária e penhor sem desapossamento, como sejam o não ter incorporado hipoteca naval (ao contrário do que fez com a hipoteca de aeronaves) e por se ter limitado a criar um registo de ónus (não ousando criar um registo de propriedade mobiliária).

<sup>2060</sup> De acordo com Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 762 e segs., o ordenamento espanhol não é tão radical como o italiano na proclamação da invalidade, por simulação, das alienações com função de garantia. Com efeito, a jurisprudência dominante admite a validade de tais negócios, com base na autonomia contratual, embora neguem a possibilidade de registo de tal direito. A solução passa, na óptica do Autor, por considerar que “*la causa (garantía) determina el tipo de derecho constituido (...). Si aceptamos la tipicidad de los derechos reales de garantía, y el principio causalista del nuestro ordenamiento, un contrato de (venta en) garantía es causa de la constitución de un derecho de hipoteca*”, encontrando-se, por isso, a eficácia das alienações em garantia face a terceiros dependente da observância dos requisitos legais da garantia a constituir, que no caso dos imóveis será a hipoteca, mas nos móveis poderá não ser necessariamente o penhor (pois, “*Si en la simulación relativa se trata de sacar a la luz el contrato disimulado para que éste produzca efectos jurídicos, los problemas surgen cuando no tenemos la certeza de cuál es tal contrato y que efectos puede producir*”). Já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 145 e segs., relata que a proibição do pacto comissório constitui o principal entrave à admissibilidade deste negócio, pois parece que a mesma alcança não apenas as garantias típicas, mas igualmente os pactos autónomos (considerando-a a manifestação de um princípio geral de acordo com o qual “*no se permita al acreedor pignoratício apropiarse del objeto de la garantía sin valorar si corresponde con la cantidad del crédito garantizado*”). Aranda Rodríguez, ob. cit., pág. 138 e segs., entende que os negócios fiduciários não se encontram interditos no ordenamento espanhol, tendo em conta a ausência de proibição expressa e a consagração do princípio geral da autonomia negocial, surgindo dúvidas quanto à sua configuração jurídica, porquanto o Autor entende ser de rejeitar a teoria germânica do duplo efeito, que configura o negócio fiduciário com uma operação complexa, divisível num negócio positivo através do qual se transmite o direito e por um direito obrigacional negativo através do qual o cessionário fiduciário se obriga a retransmitir o direito ao cedente em caso de cumprimento da obrigação por parte deste, contendo uma causa atípica (esta rejeição assente no facto de o sistema espanhol, ao contrário do alemão, ser um sistema causal, não consentindo negócios abstractos) e optando pela chamada teoria da propriedade aparente (de acordo com a qual “*el negocio fiduciario es un negocio único con una causa propia y peculiar que consiste en el afianzamiento del débito, es decir, la causa del negocio fiduciario no*

inúmeros privilégios creditórios<sup>2061</sup> e a uma interpretação castradora do princípio da tipicidade limitadora da liberdade contratual.<sup>2062</sup> em face deste panorama, não surpreende o recurso a outras formas de financiamento da actividade económica, de que é exemplo o leasing.<sup>2063</sup>

---

*es la enajenación sino la garantía*”, sem que exista transmissão da titularidade do bem ou direito, uma vez que “*El fiduciante, en estos casos, sigue siendo el titular real o material del derecho, porque la causa de garantía no justifica la transmisión plena e irrevocable. El fiduciario, por su parte, sólo recibe una propiedad formal o aparente, titularidad fiduciaria, que se apoya en el pacto fiduciario subyacente (mandato o garantía de préstamo, disimulado o no), pero no en el negocio transmisor de la titularidad*”).

<sup>2061</sup> Deste modo colocando em risco a consistência das garantias reais - Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 765 e segs..

<sup>2062</sup> Faz referência a este aspecto Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 48 a 50. O Autor, embora defenda uma interpretação flexível do princípio (adaptada às necessidades de evolução do comércio e das próprias garantias), considera que a posição dominante passa por qualificar o princípio como sendo de ordem pública e preclusivo e, em consequência, conduz à interdição da criação de novos direitos reais não previstos pelo legislador, uma vez que estas novas figuras ao serem munidas de sequela e preferência implicam “*una derogación del de titularidad aparente basada en la posesión y del de par conditio creditorum, derogaciones difícilmente concebibles fuera de los supuestos tipificados por el legislador*”. Em termos análogos, Finez Ratón, ob. cit., págs. 37 e 38 (declarando que “*Nadie pone en duda el carácter de numerus clausus de los derechos reales de garantía. La autonomía de la voluntad no puede jugar a tal efecto; al menos, no en un ordenamento como el nuestro, donde el legislador parte del principio básico de la par conditio creditorum. Los contratos con función de garantía tendrán validez y surtirán plenos efectos en la medida en que se ajusten a los presupuestos constitutivos de los negocios de garantía detallados legalmente. Las fuentes de privilegio y preferencia del crédito están tasadas legalmente. La voluntad de las partes es inhábil para crear otros privilegios distintos de los legales*”). Bastante menos rígido se mostra Manuel Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 327, não sem reconhecer ser minoritário o seu entendimento, escrevendo que “*Los señalados d.r. no son los únicos posibles. Puede llamarseles típicos, en cuanto regulados específicamente cada uno de ellos en la ley (lo mismo que se llaman típicos los negocios jurídicos que ésta regula en particular). Pero, junto a ellos (y, se sobreentiende, siempre que se cumplan los requisitos legales adecuados al d.r. en general y se trate verdaderamente de que se establezca un poder directo e inmediato sobre una cosa, y no solo de que las partes así lo digan o califiquen de d.r. a la figura que creen), caben, en principio, cualesquiera otros d.r. concretos que los particulares quieran establecer, creando otras variedades (bien originales, si es prácticamente posible, bien mezclando elementos de los ya existentes o modificando en éstos los normales) de poderes directos sobre cosas. Estos d. se llamarían atípicos, porque la ley no los regula específicamente*” (argumentando, por um lado, que o princípio da liberdade contratual tem um âmbito geral – não vislumbrando razão para excluir a sua aplicação no domínio dos direitos reais – e, por outro, que, sendo estes direitos criados por via contratual, é possível a modelação do respectivo conteúdo face ao regime consagrado na lei), duvidando apenas da viabilidade de criação de novas figuras (uma vez que as existentes abarcam os poderes normalmente inerentes às coisas, admitindo cada uma das figuras típicas várias modelações do seu conteúdo) e, noutro plano, questionando se qualquer relação denominada pelas partes como real o possa efectivamente ser (o que dependerá, na óptica do Autor, de o conteúdo definido pelas partes “*tenga objetivamente naturaleza de poder directo sobre una cosa*”). Em termos concordantes, Serrano Alonso, ob. cit., págs. 32 e 33, aceitando que no ordenamento espanhol vigora o princípio do *numerus apertus* dos direitos reais – assim consentindo a criação de outros para além daqueles previstos na lei – argumentando que nenhuma norma específica afasta, para os direitos reais, o princípio da autonomia negocial e, por outro lado, que algumas leis registais, depois de enumerarem os títulos para tal registo, acrescentam a expressão “*y otros cuasquiera reales*” (ademais, o Autor conclui que esta posição “*supone reconocer la vitalidad de la realidad social al establecer instrumentos que puedan adecuar las normas jurídicas a las exigencias sociales de cada momento*”).

<sup>2063</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 410 e segs., relata que a jurisprudência dominante distingue este contrato da compra e venda a prazo e do financiamento da mesma (cujas garantias se encontram reguladas autonomamente na lei), tomando como elemento decisivo a existência de um direito de opção no final do contrato: todavia, o Autor tal concepção deverá ser refutada porque em todos estes contratos o que se pretende é “*obtener una financiación externa a la empresa para la adquisición de bienes destinados a la actividad propia de la misma. En ambos casos la financiación se busca en un tercero distinto del proveedor o vendedor del bien. En ambos casos*

#### 1.2.4 - Alemanha

Nos ordenamentos em que a modernização do regime legal do penhor não tenha acompanhado a evolução económica, assiste-se ao surgimento de outras garantias ou até de outros institutos que, não tendo um intuito primacial de garantia, acabam por desempenhar tal função, sendo disso exemplo paradigmático o caso alemão.

Neste direito, a procura de instrumentos alternativos ao penhor com desapossamento<sup>2064</sup> tem assentado principalmente na iniciativa privada, mesmo na ausência de previsões legais expressas ou surgindo estas últimas como legitimadoras das criações daquela, fenómeno este que abarca um conjunto vasto de bens.<sup>2065</sup>

---

*se trata de que ese financiador se haga cargo inmediatamente del pago total del precio del bien. En ambos casos se trata de que la empresa que desea adquirir el bien pueda utilizarlo inmediatamente y pagar su precio a plazos*” (por outro lado, o Autor considera artificial a distinção em que assenta a posição da jurisprudência, porquanto o direito de opção “*en la mayoría de los casos su valor equivale a uno de los plazos o renta mensual establecida. Frecuentemente se establece mediante algún sistema (garantía del pago de la renta o de la debida conservación del bien) el pago adelantado (en el momento de perfeccionarse el contrato de leasing) de ese precio correspondiente a la opción de compra*”).

<sup>2064</sup> Rolf Serick, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Giuffrè, 1990, págs. 10 e 11, coloca em destaque os inconvenientes do desapossamento (que conduzem ao acantonamento do penhor “*solo là dove colui che riceve il credito può rinunciare al possesso immediato delle cose, e questo non onera chi dà il credito: cio accade ad esempio nel caso di preziosi, che la banca finanziante può prendere in deposito, ed inoltre nell’ipotesi di merci affidate in deposito*”) e o facto de não ser admitido o acordo através do qual o constituinte da garantia mantenha a posse imediata da coisa onerada (nomeadamente a título de comodato), enquanto o credor pignoratício obtivesse unicamente a posse mediata. Por ser assim, o Autor esclarece que é a necessidade de assegurar a continuação do uso do bem empenhado por parte do devedor na sua actividade profissional que justifica a decadência da figura do penhor. Já para O. Kloop, *Le gage commercial en droit allemande*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 106 e segs., o facto de, no ordenamento alemão, a transferência da propriedade ter substituído o penhor regulado no BGB e, paralelamente, de terem sido criados penhores sujeitos a registo (por exemplo, o *Pachtkreditgesetz* – penhor legal, a favor dos fornecedores de adubos, sobre os frutos da colheita seguinte -, o *Kabelfpfandgesetz* – penhor sobre cabos de alto mar, sujeito a autorização ministerial, a inscrever num registo especial -, e o *Schiffregistergesetz*, verdadeiras hipotecas sobre navios sujeitas a inscrição num registo especial), permitem constatar que o penhor com desapossamento não constitui um princípio de ordem pública no direito alemão. Um caso, porventura residual, do reconhecimento de um penhor sem desapossamento apontado por Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., págs. 1562 a 1564, é o penhor constituído em garantia dos bens pertencentes ao agricultor que exerça a sua actividade num imóvel/terreno arrendado (por serem estes os únicos bens de que, não raras vezes, o empenhante dispõe para garantir os financiamentos de que carece para a sua actividade, bens dos quais não pode prescindir para esse mesmo efeito), embora o credor pignoratício tenha que ser obrigatoriamente uma instituição de crédito autorizada para esse tipo de operações, surgindo a garantia (para além do acordo das partes) através do depósito do contrato numa repartição administrativa (podendo os terceiros consultar e aceder a estes registos), sem necessidade de entrega do bem onerado, incidindo sobre todos os bens inventariados pertencentes ao empenhante (incluindo as expectativas e os bens adquiridos com reserva de propriedade, mesmo em momento posterior ao da constituição da garantia) e até de terceiro (nos termos da aquisição *a non domino*, desde que se encontrassem no terreno no momento da constituição da garantia).

<sup>2065</sup> Refere Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 35 e 36, que estas garantias têm como objecto matérias-primas (mesmo que o devedor ainda não tenha adquirido definitivamente a sua propriedade), complexos de bens de consistência variável (sendo, inclusivamente, permitido ao devedor, no exercício da sua actividade profissional, vender certas quantidades desses bens, desde que as substitua por outras ou reembolse proporcionalmente o credor), veículos automóveis e mercadorias em viagem ou armazenadas. Procurando resumir as características de uma garantia idónea para as necessidades do comércio jurídico, Rolf Serick, ob. cit., pág. 78, menciona a não exigência de uma posse imediata por parte do credor, a possibilidade de o devedor utilizar o bem onerado, a ausência de qualquer requisito formal de publicidade para a constituição da garantia sobre bens móveis, a legitimação do empenhante para praticar actos de disposição do bem no âmbito da sua actividade profissional ou para a transformação desse bem (e, no

Com efeito, apesar de o penhor ser a única garantia mobiliária que encontra guarida no BGB, o facto de do seu regime decorrer a imperatividade do desapossamento como pressuposto da constituição do penhor de coisas<sup>2066</sup> (vide art.º 1205.º do BGB) – deste modo tornando inviável a criação de um penhor através do recurso ao instituto do constituto possessório<sup>2067</sup> – e a notificação ao devedor do crédito cedido (cfr. art.º 1280.º do mesmo Código), como requisito para o advento do penhor de créditos<sup>2068</sup> –

---

caso do penhor de créditos, a desnecessidade de notificação do surgimento da garantia ao terceiro devedor do crédito empenhado).

<sup>2066</sup> Como salienta O. Klopp, *Le gage commercial en droit allemande*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, págs. 106 e 107, o regime do penhor de coisas consagrado no BGB alemão não se afasta grandemente do regulado na generalidade dos direitos europeus, permanecendo o penhor como um acessório do crédito cujo cumprimento assegura, podendo incidir apenas sobre bens identificados (e não sobre universalidades – negando a constituição de uma garantia cujo objecto seja o estabelecimento comercial, vide Emanuele Ferrari, *ob. cit.*, pág. 1359), sendo a sua publicidade assegurada através de desapossamento do devedor (ou, excepcionalmente, através do registo, nomeadamente para as aeronaves e os navios) e encontrando-se a sua execução regulada na lei: ora, estes escolhos são ultrapassados na reserva de propriedade e na cessão em garantia, uma vez que a acessoriedade não resulta da lei (apenas existirá se convencionada pelas partes), não se exige qualquer mecanismo publicitário (sendo o desapossamento substituído por um simples “*Besitzmittlungskonstitut*”, convenção destinada a assegurar ao credor um direito de vigilância sobre o bem onerado), consente-se a oneração de universalidades de bens (bastando uma indicação global destes) e de quase todos os bens de um mesmo devedor a favor de um mesmo credor (através de figuras como a cessão global de créditos ou da reserva de propriedade prolongada), deixando às partes uma ampla liberdade quanto ao modo de execução da garantia (podendo até convencionar-se cláusulas de tipo comissório).

<sup>2067</sup> De acordo com Rolf Serick, *ob. cit.*, pág. 73 e segs., a necessidade da entrega do bem ao credor satisfaz, também aqui, exigências publicitárias, destinando-se a dar a conhecer a terceiros a constituição do penhor, sendo a obrigatoriedade de transferência da posse, aliás, comum à própria transferência do direito de propriedade. Todavia, enquanto para a transferência do direito de propriedade o legislador admitiu diversas excepções quanto à necessidade de entrega do bem (como sejam o constituto possessório ou a cessão do direito à devolução do bem, quando o bem se encontre em poder de um terceiro: neste segundo caso, a entrega pode ser substituída pela cessão do direito à restituição efectuada pelo proprietário a favor do adquirente, sem necessidade de comunicação ao terceiro possuidor), no que concerne ao penhor foi bastante mais rígido, não admitindo para a constituição desta garantia qualquer daquelas duas excepções (salvo, no que respeita à cessão do direito à restituição, a possibilidade de, quando o bem a onerar se encontre na posse mediata do proprietário – este posse, nos termos do § 868 do BGB, define-se como aquela em que o possuidor imediato se encontra temporariamente legitimado ou obrigado perante outrem, o possuidor mediato, à posse do bem, mas continuando este último a ser igualmente considerado como possuidor, apesar de não ter a respectiva disponibilidade material – a entrega ser substituída pela cessão da posse mediata ao credor pignoratício, acompanhada da notificação do penhor ao terceiro - cfr. § 1205, n.º 2, do BGB).

<sup>2068</sup> Relativamente ao penhor de créditos e apesar de a lei mandar aplicar supletivamente o regime da cessão, acaba por introduzir algumas especificidades, de entre as quais avulta a necessidade de notificação da constituição da garantia ao devedor do crédito empenhado, comunicação esta que constitui condição de eficácia do negócio (ao invés, a cessão produz efeitos a partir da data da celebração do negócio, sem necessidade de notificação do devedor cedido). Ora, é esta necessidade de notificação que normalmente é invocada para explicar o menor recurso ao penhor de créditos (tendo em conta o interesse do credor em manter secreta a operação de crédito e a concessão de garantia, isto é, “*Per il debitore pignorante questa notificazione può essere estremamente imbarazzante, in quanto lo costringe a far sapere al proprio debitore, sul quale peraltro non grava alcun obbligo di riservatezza, che egli ha utilizzato il diritto per garantire l’assunzione di un credito*” - Rolf Serick, *ob. cit.*, pág. 81 e segs”) e o uso massivo da cessão de créditos: todavia, para o Autor acabado de citar, não é esta a razão decisiva para a decadência do penhor de créditos (como se comprova pelo facto de algumas modalidades de *factoring* pressuporem essa notificação ao terceiro devedor e nem por isso terem deixado de ser utilizadas na prática comercial), residindo a mesma na inidoneidade dessa figura para onerar créditos futuros, uma vez que “*la notificazione della costituzione del pegno, che deve essere sempre effettuata dal primo creditore, non può aver luogo con riferimento ad un diritto futuro, in quanto è ancora incerto chi ne sarà debitore e quale ne sarà debitore e quale ne sarà l’atteggiamento concreto (il titolo, l’ammontare, ecc.). Una notificazione sarà quindi possibile solo dopo che il credito gravato è venuto ad esistenza*”, pelo que “*La*

torna inviável a manutenção do carácter sigiloso das operações asseguradas com a garantia pignoratícia, factor este que desincentiva o recurso à mesma.<sup>2069</sup>

Perante este cenário, a liberdade contratual foi desenhando figuras alternativas que permitem ao credor munir-se de uma garantia sobre bens móveis, sem que o devedor deles fique privado, designadamente recorrendo às alienações com função de garantia<sup>2070</sup> ou à venda com reserva de propriedade, contando com o beneplácito da jurisprudência,<sup>2071</sup> suportada juridicamente no recurso ao costume como fonte de direito.<sup>2072</sup>

---

*costituzione di un pegno di questo credito futuro, però, non potrebbe essere efficace prima della nascita del diritto gravato*”, permanecendo ineficaz até à notificação do devedor, ao contrário do regime do penhor de créditos presentes, o qual “*può divenire immediatamente efficace, dato che si sa chi è il debitore del credito gravato e pertanto si può dar subito luogo alla notificazione della costituzione*”. Já Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1571, revelam que esta garantia foi suplantada pela cessão em garantia (em termos análogos ao que sucedeu com a utilização marginal do penhor de coisas face à alienação em garantia), em razão não apenas do carácter sigiloso da cessão (por contraponto à publicitação do penhor), mas igualmente das dificuldades decorrentes do regime legal para a execução do penhor de direitos (embora este inconveniente possa ser convencionalmente atenuado).

<sup>2069</sup> De acordo com Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 277 e 278, é este desejo de preservar o segredo das relações jurídico-comerciais – e não tanto a (eventual) exiguidade de poderes conferidos ao credor – que justifica a pouca utilização do penhor no ordenamento alemão, uma vez que este “*pourrait donc compromettre la réputation commerciale de l'emprunteur*”. Contra, Rolf Serick, ob. cit., págs. 78 e 79, contestando que seja a necessidade de manter em segredo o recurso ao crédito e a correspondente obrigação de fornecer garantias a justificar a decadência do penhor, pois actualmente é do conhecimento de todos a inevitabilidade do recurso ao crédito – e a inerente obrigação de conceder garantias – concluindo, por isso, que “*L'interesse del debitore e datore della garanzia a mantenere nascoste queste operazioni pertanto non è più idoneo ad offrire una spiegazione dell'inutilizzabilità pratica del tipo legale del pegno su cose mobili*”.

<sup>2070</sup> Conformia salienta Salinas Adelantado, *El régimen* cit., págs. 155 a 157, as principais vantagens da venda em garantia são a ausência de desapossamento do devedor, a execução mais célere (se não operar relativamente a ela a proibição do pacto comissório) e a manutenção da aparência de solvabilidade do devedor. Pelo contrário, os inconvenientes prendem-se com a ausência de publicidade, com os riscos acrescidos para o devedor (pois, uma vez que o credor se tornou proprietário do bem, pode transmiti-lo a terceiros, cabendo ao devedor unicamente uma acção pessoal de restituição, na qual agirá como mero credor comum) e com o perigo para o credor da manutenção do bem em poder do devedor (na medida em que, por força do princípio da posse vale título, este pode transmitir direitos sobre o bem a terceiros, os quais, desde que se encontrem de boa fé, os adquirirão validamente). Já Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., págs. 128 e 129, preferem salientar o equilíbrio de interesses que com a alienação em garantia se logra, protegendo o credor (que vê ser-lhe atribuído um direito de propriedade sobre um bem, podendo até excluir, em caso de concurso, os demais credores do constituente), o devedor (que pode continuar a usufruir do bem onerado), os sub-adquirentes de boa fé (prevalecendo os direitos destes sobre os do credor pignoratício, desde que tenham adquirido os bens no âmbito do decurso ordinário dos negócios do devedor, uma vez que o credor – expressa ou tacitamente - concedeu autorização ao devedor para proceder a tais alienações) e os demais credores do constituente (por força do princípio da conversão, o direito do credor é transformado num mero direito de preferência, similar ao do penhor) – para além do mais e permitindo o direito alemão as transferências abstractas de direitos, esta figura consente que ao contrato de mútuo seja associado um acordo de garantia, que mantém a posse imediata do bem no devedor, cabendo ao credor a posse mediata (sendo que, por força de tal princípio da abstracção, a garantia do credor é independente, não apenas da validade deste acordo de garantia, como também da existência do crédito a garantir).

<sup>2071</sup> Anna Veneziano, ob. cit., pág. 25, destaca a ausência, no ordenamento alemão, dos limites à autonomia privada vigentes em Itália e, por outro lado, a criação por via jurisprudencial de algumas figuras (de acordo com esta Autora, o sistema alemão caracteriza-se, no essencial, pela não imposição de qualquer formalidade para constituição ou oponibilidade das garantias - o que reduz a opacidade dos negócios das mesmas - , assim como pelo recurso aos negócios translativos da propriedade, fazendo com que o credor seja formalmente investido de um poder maior relativamente à função de garantia). Já Albina Candian, *Le garanzie* cit., pág. 256 e segs., assegura que o ordenamento alemão baseia-se, no que às garantias mobiliárias diz respeito, em duas fontes diversas, uma codificada (que prevê como figura basilar

Contudo, vozes se erguem assegurando que a reserva de propriedade (legislativamente reconhecida) e as alienações em garantia (embora contra ou *praeter legem*) mais não são que duas modalidades de penhor sem desapossamento, nas quais a publicidade teria sido eliminada, ao menos no primeiro caso, por expressa previsão normativa nesse sentido.<sup>2073</sup>

Já quando o penhor recaia sobre créditos, especialmente futuros,<sup>2074</sup> a sua colocação em garantia obedece normalmente ao esquema da cessão de créditos em

---

o penhor com desapossamento) e outra de natureza consuetudinária (fundada na transferência fiduciária da propriedade para o credor, acompanhada da manutenção da posse no devedor, através do recurso à figura do constituto possessório), sendo este último o efectivamente praticado, o que conflui na existência de “*un sistema alternativo a quello descritto nel codice che si applica pacificamente su base consuetudinaria anche contra legem*”.

<sup>2072</sup> Rolf Serick, ob. cit., pág. 9, realça que, no ordenamento germânico, o costume ocupa, na hierarquia das fontes de direito, uma posição tão relevante como o direito escrito. No que especificamente respeita à transferência em garantia (não apenas de coisas, mas também de créditos ou outros direitos) as normas consuetudinárias “*sono norme più recenti hanno la forza di abrogare il diritto scritto, come ad esempio le norme coercitive dettate dal BGB in tema di pegno. Si parla in questo caso di forza derogatoria della consuetudine*”. O mesmo Autor (ob. cit., pág. 113 e segs.), salienta que este reconhecimento das alienações em garantia encontrou a oposição daqueles que defendem que “*questo trasferimento nascosto, realizzato attraverso il constituto possessorio, rappresenterebbe una frode alla legge, dato che il codice aveva approntato lo strumento del pegno con spossessamento quale mezzo per offrire la garanzia di un credito utilizzando una cosa mobile, per il quale vige il principio della pubblicità. Secondo quella opinione la legge avrebbe voluto vietare categoricamente un pegno occulto realizzato con l’ausilio di un constituto possessorio al posto della consegna*”, mas salienta que, *in casu*, podem vislumbrar-se os elementos típicos do costume (“*la comunità – la gente comune, i giudici e la dottrina – hanno contribuito a delinearne i connotati, e le regole giuridiche che si sono venute a formare in questo modo vengono applicate regolarmente e sono considerate diritto vigente*”).

<sup>2073</sup> Alude a esta posição, Rolf Serick, ob. cit., pág. 137 e segs., justificando o alargamento da mesma conclusão à alienação em garantia com a identidade de interesses em causa nesta figura e na reserva de propriedade: desta concepção decorre o carácter unitário dos dois institutos. Porém, o Autor, apesar de reconhecer a existência de similitudes entre eles (como o facto de na transferência em garantia o constituinte da garantia adquirir, tal como na reserva de propriedade, uma expectativa relativamente ao bem onerado; de ambas as garantias prescindirem do desapossamento do onerante; a ausência de publicidade de qualquer delas; e a possibilidade de o constituinte continuar a utilizar o bem enquanto não ocorra uma perturbação da relação obrigacional subjacente), recusa tal unificação (aceitando, quando muito, uma análise unitária do ponto de vista económico), enumerando diversas diferenças entre ambas, sobretudo na medida em que a reserva de propriedade é uma garantia que, em caso de incumprimento, conduz à satisfação sobre o produto da venda de um bem próprio do credor (ou seja, como um penhor sobre coisa própria), ao invés do que sucede nas vendas em garantia, nas quais o proprietário em garantia “*sottopone a liquidazione (...) una cosa che proviene dal patrimonio del datore della garanzia é che alla fine è destinata a ritornare in questo patrimonio (...). Il diritto del titolare in garanzia potrebbe pertanto essere qualificato, se venisse considerato come un pegno senza spossessamento, alla stregua di un pegno su cosa altrui*”. Não obstante, o Autor não deixa de reconhecer que, em caso de prolongamento vertical da reserva de propriedade (por força de uma cláusula de laboração ou de uma cessão antecipada de créditos), esta garantia se transfigura numa alienação em garantia ou seja, “*questo nuovo diritto di garanzia consiste sempre in una forma di titolarità fiduciaria del bene o del credito, anche quando il creditore era all’inizio un venditore con riserva di proprietà*” (ao invés, aquando do prolongamento horizontal da reserva de propriedade, o Autor entende que não se verifica esta mutação, porquanto “*Dopo il pagamento del prezzo la garanzia si sposta su di un altro credito del venditore, ma in ogni caso resta a suo carico l’obbligazione fondamentale derivante del contratto di compravendita, e cioè che il bene, dopo che lo scopo di garanzia si è definitivamente esaurito, venga trasferito al compratore. È quindi soltanto la funzione di garanzia che ha perduto il suo scopo originario, cioè di garantire il diritto al prezzo della merce, acquistando invece i caratteri propri di un normale diritto di garanzia per un credito pecuniario*”) – acerca destes prolongamentos, vide o que se dirá adiante no texto.

<sup>2074</sup> Normalmente este negócio assume a configuração de uma cessão antecipada (que produzirá efeitos mesmo na ausência de notificação do devedor cedido, o qual não será sequer informado do negócio, destarte preservando o sigilo acerca deste), caso em que “*la fattispecie dispositiva si realizza in pieno con la manifestazione della volontà negoziale (...) qui la notificazione dell’atto di disposizione al debitore*

garantia (*Sicherungsabtretung*),<sup>2075</sup> a qual pode assumir diversas modalidades, como sejam a cessão global,<sup>2076</sup> a cessão antecipada,<sup>2077</sup> a cessão preliminar<sup>2078</sup> ou a

---

*non è necessaria, in modo che il traferimento è efficace solo in base alla convenzione*”, embora “*l’atto di disposizione può esplicare i propri effetti soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza: in ogni caso, comunque, il trasferimento di questo diritto è sempre un effetto esclusivamente del contratto di cessione*” – cfr. Rolf Serick, ob. cit., págs. 85 e 86 (acrescentando que, à imagem do que sucede com a transferência da propriedade em garantia, o cessionário recebe, face a terceiros, um direito pleno, embora a intenção das partes seja a de constituir uma garantia de tipo pignoratício, o que não é viável em face do regime vigente). Desta forma, superam-se os problemas do penhor de créditos, resultantes do facto de, no momento da celebração do negócio de garantia, ser incerto se o crédito cedido chegará a existir e qual o título do qual derivará, bastando para a determinação suficiente desse crédito seja suficiente a prestação concreta de que o cessionário se tornou credor, identificação essa que deve possibilitar a determinação do credor, do devedor, do título e do montante do crédito (embora ressalvando que “*Se quindi il trasferimento del credito rappresenta un effetto della cessione anticipata solo nel momento in cui il credito ceduto come futuro viene ad esistenza, di conseguenza non è necessario che l’oggetto dell’atto di disposizione sia già da prima determinato*”). Também Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 282 e segs., destaca que esta garantia pode incidir sobre créditos futuros, desde que definidos de forma aproximada no momento da celebração do negócio (bastando, para este efeito, que “*au moment de l’accord relatif à la cession, l’origine (Entstehungsgrnd) de la créance et l’étendue de la cession soient précisées de telle manière que, lorsque la créance naître, la personne du débiteur et la nature de la créance puissent être déterminées avec certitude*”, exemplificando que tal requisito se tem por verificado na cedência de todos os créditos provenientes da venda das mercadorias indicadas no negócio).

<sup>2075</sup> Como salienta Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 282 e segs., trata-se, antes de mais, de uma cessão de créditos. Todavia, este negócio produz efeitos distintos de uma comum cessão de créditos, não apenas entre as partes (originando uma relação fiduciária, de acordo com a qual se o cedente cumpre a sua obrigação adquire um direito à retransmissão do seu crédito, podendo as partes convencionar que a transferência do crédito é efectuada sob condição resolutiva do cumprimento por parte do devedor, caso em que este, em caso de pagamento, se recupera imediatamente a propriedade do crédito cedido em garantia: todavia, é discutido se este negócio tem uma componente predominantemente fiduciária – hipótese na qual será de reconhecer ao credor o direito de dispor do crédito cedido - ou, pelo contrário, de garantia, caso em que será de recusar tal possibilidade), mas sobretudo relativamente ao devedor do crédito empenhado (o qual, normalmente, não é sequer notificado do negócio de cessão, não chegando a tomar conhecimento do mesmo nem sequer no momento do cumprimento da sua obrigação, porquanto será normalmente o cedente a efectuar a cobrança do crédito cedido em garantia, prevendo-se, em regra, o dever de depositar o resultado da cobrança numa conta bancária do credor cessionário em garantia: deste modo, compaginam-se os interesses das duas partes no negócio de cessão em garantia, “*Le nouveau créancier se trouve libéré de l’obligation de recouvrement. Le créancier initial a, lui, intérêt à ce que la convention intervenue reste ignorée de ses créanciers*”, embora a validade de tal convenção esteja dependente da possibilidade de o credor tornar público o negócio), especialmente porque este último não poderá opor quaisquer excepções relativas à relação entre o cedente e o cessionário em garantia.

<sup>2076</sup> Rolf Serick, ob. cit., pág. 92 e segs., define-a como aquela através da qual “*il cliente garantisce la banca mutuante attraverso la cessione globale di un complesso di un complesso di crediti, cioè trasferisce alla banca tutti i propri crediti, presenti e futuri, derivanti dalla vendita di mercè o da prestazioni effettuate a favore di terzi, che per questo motivo sono obbligati nei suoi confronti ad un corrispettivo (...): questa cessione globale può essere limitata solo ad un gruppo di debitori*”. Particular atenção merece o chamado *factoring* impróprio (no qual o factor se faz ceder os créditos com base numa cessão global, entrando o empresário numa relação de crédito com o factor, ou seja, “*i crediti ceduti vengono quindi a rappresentare una forma di garanzia per la restituzione del finanziamento ed insieme lo strumento per consentire al factor la soddisfazione diretta del proprio creditore*”: ao invés, no *factoring* próprio, ocorre uma verdadeira venda do crédito, funcionando a cessão global de créditos como preço acordado para a transferência de tais créditos), embora o Autor recuse o seu enquadramento na cessão em garantia, preferindo a qualificação como mútuo atípico. Já Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 285 e 286, ressalva, porém, a necessidade de determinação dos créditos dados em garantia (admitindo, porém, a jurisprudência a oneração de todos os créditos relativamente a sujeitos cujo nome comece por determinadas letras ou de todos os créditos, presentes ou futuros, provenientes da entrega de mercadorias ou de prestações de serviços), salientando igualmente os riscos que envolve para o devedor (podendo esgotar todas as possibilidades de crédito, ao dar em garantia a generalidade dos seus bens) e para os seus demais credores (que, deste modo, constatam que um outro credor do seu devedor adquire uma garantia sobre uma grande parte do seu activo mobiliário).



*Mantelzession*,<sup>2079</sup> cada uma delas mais adaptada aos condicionalismos da operação negocial em causa,<sup>2080</sup> surgindo, porém, conflitos entre os credores titulares destas diversas modalidades de cessão.<sup>2081</sup>

Este fenómeno é particularmente notório no âmbito das garantias financeiras, em especial bancárias, oscilando a opção das partes entre a cessão de créditos em garantia (*Sicherungsabtretung*)<sup>2082</sup> - a qual pode abranger apenas, como acabámos de ver, um crédito determinado ou a globalidade dos detidos pelo onerante - e a alienação fiduciária com o mesmo fim (*Sicherungsübereignung*).

---

<sup>2077</sup> Rolf Serick, ob. cit., págs. 92 e 93, descreve-a como que tem por objecto unicamente créditos futuros, mais concretamente “*viene ad integrare il trasferimento in garanzia di un magazzino di merci di consistenza variabile, alienato dal debitore alla banca come garanzia del credito. La banca consente in questo caso al cliente di vender la merce presente nel magazzino nell’ambito della normale gestione dell’impresa, e comunque toglierla dal magazzino, ma in sostituzione della garanzia reale (...) si fa cedere già al momento della conclusione del contratto i vari crediti derivanti di volta in volta dalla vendita di questa merce*”.

<sup>2078</sup> Que incidirá sempre sobre créditos presentes, obrigando-se o devedor “*a trasferire al creditore dei diritti di credito futuri nel momento in cui verranno ad esistenza, quindi non già al momento della conclusione del contratto, come si ha invece nella cessione anticipata (...): dato che la cessione diviene efficace solo con il compimento dell’attività prevista dalle parti, essa avrà per oggetto sempre e solo crediti esistenti*” - Rolf Serick, ob. cit., pág. 93).

<sup>2079</sup> Gabrielli, Sulle garanzie rotative cit., pág. 35, define a *Mantelzession* como aquela garantia em que a determinação dos créditos cedidos é efectuada através do reenvio para posteriores actos de identificação. Legeais, Les garanties conventionnelles cit., págs. 284 e 285, esclarece que esta figura é utilizada, sobretudo, quando a data de vencimento dos créditos garantidos é posterior à dos créditos cedidos: ora, como os devedores destes últimos se liberam pagando ao seu credor, existe o risco de diminuição da garantia, razão pela qual, no contrato de cessão, as partes podem impor ao cedente o dever de manter um determinado volume de créditos cujo montante total ascenda a um determinado valor, de modo que os créditos cobrados devem ser substituídos por outros (obrigando-se o cedente a, periodicamente, enviar ao cessionário uma lista dos créditos, com indicação dos devedores e dos respectivos montantes).

<sup>2080</sup> Sempre segundo Rolf Serick, ob. cit., pág. 93 e segs., a figura da cessão antecipada é mais comum no âmbito das operações sobre mercadorias, enquanto no domínio dos financiamentos bancários predomina a cessão global (a principal diferença entre elas é que na cessão global o critério para identificar o crédito futuro refere-se à pessoa do devedor - na medida em que são cedidos os créditos de que o cedente é ou será titular - enquanto na cessão antecipada é relativa à coisa, uma vez que tem por objecto os créditos que o cedente adquirirá no futuro para com o comprador do bem onerado).

<sup>2081</sup> De acordo com Rolf Serick, ob. cit., pág. 94 e segs, em caso de cessões sucessivas do mesmo crédito futuro, prevalecerá o princípio da prioridade temporal (até porque “*in modo che la perdita da parte del cedente del proprio potere di disposizione comporta che egli non possa più compiere, anche prima che il diritto sorga, validi atti di disposizione su di esso a favore di un secondo cessionario*”), salvo em caso de conflito entre uma cessão global e a cessão de um crédito futuro estipulada para ampliar a garantia conferida por uma reserva de propriedade, caso em que esta segunda garantia prevalecerá, mesmo que de constituição posterior (com base no argumento que “*una cessione globale di crediti futuri ad una banca è contraria a buona fede, in quanto venga a ricomprendere anche crediti che il cedente dovrà trasferire e trasferirà in base ad una riserva di proprietà ampliata*”, uma vez que através da cessão global o devedor ficará compelido “*a continui inadempimento contrattuali, dato che se gli è impossibile stipulare delle cessioni di credito futuro nell’ambito dell’ampliamento della riserva di proprietà, il che equivale a dire che egli è impossibile ricorrere alla stessa riserva di proprietà, egli non potrà più ottenere dai propri fornitori le merci necessarie alla continuazione della sua impresa*”).

<sup>2082</sup> Segundo António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 688 e segs., a cessão de créditos em garantia é igualmente uma figura atípica, moldada sobre o regime da transmissão de créditos (Abtretung - cfr. §398 e segs. do BGB), de modo que o devedor, em garantia da sua obrigação, cede ao seu credor um direito por si titulado contra terceiros: mais concretamente, “*a cessão é concebida como devendo ser temporária, o que permite a aquisição dos créditos se o crédito garantido for reembolsado antes do vencimento daqueles; o banco cessionário fica investido na generalidade dos poderes do proprietário, podendo cobrar os créditos cedidos ou acordar prorrogações do seu prazo de vencimento. No entanto, os juros produzidos pelos créditos cedidos, não podem ser adquiridos pelo banco cessionário, mas devem ser creditados a favor do cedente*”.

Retornando às duas principais alternativas ao penhor, as alienações em garantia caracterizam-se por um acordo de natureza obrigacional, nos termos do qual a propriedade é transferida para o credor através de um negócio dispositivo, permanecendo o devedor na posse do bem alienado através de um constituto possessório: todavia, a natureza fiduciária da operação impõe ao credor o dever de retransmitir o bem quando o financiamento seja liquidado:<sup>2083</sup> em termos jurídicos, surge um acordo de garantia que define os moldes em que o credor pode, em termos

---

<sup>2083</sup> Como esclarece Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 33 e segs., a ausência de desapossamento do devedor é obtida através do recurso à figura do constituto possessório. Com efeito, o vendedor/dador da garantia (devedor) pode, apesar da alienação, conservar a posse e o gozo do bem onerado, desde que convencie com o credor (adquirente do bem) que este permita a conservação do bem em poder do alienante a outro título (locação, comodato ou depósito): em face do exposto, o credor adquire a propriedade do bem, mas não a respectiva posse, que permanece no alienante, embora a outro título que não de propriedade (pelo que este se torna possuidor imediato, também por conta do adquirente credor, enquanto este será apenas possuidor mediato, através do devedor). Em caso de cumprimento das obrigações assumidas, o devedor readquire o direito de propriedade sobre os bens alienados; caso contrário, perde a posse dos bens alienados e o credor pode exercer todos os direitos inerentes à propriedade previamente adquirida. Confirmando o uso sistemático das alienações em garantia - *Sicherungsübereignung* – não expressamente vedadas pelo BGB e amplamente difundidas na prática, vide Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 30 e segs. e 65 e segs. e Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 102, nota 135 (este último define este instituto como “*un contratto con il quale l'imprenditore – dopo aver ottenuto il finanziamento – trasferisce alla banca la proprietà delle merci che, dalla stessa banca, però, gli vengono attribuite, al medesimo tempo, a titolo di possesso mediato ex §930, con la possibilità di utilizzarle nel processo produttivo*”, acrescentando ainda que, por vezes, vem associada a uma cessão dos créditos decorrentes da venda dos bens dados em garantia). António Pedro A. Ferreira, ob. cit., págs. 686 e 687, destaca como esta alienação em garantia (entendida como contrato através do qual a propriedade de um bem – normalmente móvel – é transmitida fiduciariamente para o credor, como garantia da pretensão deste contra o devedor, podendo essa garantia ser prestada pelo próprio devedor ou por terceiro) é uma figura negocial atípica, que origina a transferência da posse do bem onerado para o credor-proprietário, permanecendo o devedor garante como mero detentor (através do recurso à figura do constituto possessório – cfr. §930 do BGB): todavia, a finalidade de garantia da transferência de propriedade implica que ao credor esteja vedada a utilização da propriedade do bem para fins diversos (e, em caso de concurso de credores, o direito do proprietário em garantia é convertido num crédito pignoratício munido do direito de satisfação preferencial sobre o objecto da garantia, integrando-se tal objecto no património do devedor) e, inversamente, o devedor dispõe, em caso de cumprimento da obrigação garantida, de uma pretensão obrigacional à restituição do direito de propriedade do direito ou bem onerado (portanto, salvo disposição em contrário, o devedor não é titular de um direito automático de reacquirição do *quid* onerado). De acordo com Anna Veneziano, ob. cit., pág. 23, esta figura é particularmente apreciada pelos bancos (juntamente com a *Sicherungscession*, isto é, a cessão de créditos, presentes ou futuros, com a contextual autorização dada ao cedente para cobrar as respectivas prestações). Segundo Legeais, Les garanties conventionnelles cit., págs. 281 e 282, a principal vantagem desta garantia reside na circunstância de o acordo fiduciário apenas produzir efeitos *inter partes*, não sendo assim do conhecimento de terceiros (aos olhos dos quais o empenhante permanece proprietário da coisa onerada), o que permite assegurar a reserva sobre a operação negocial (para além disso, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor pode dispor imediatamente do bem objecto da alienação em garantia, sem ter que observar as formalidades previstas para a execução dos bens empenhados, destarte se legitimando uma cláusula comissória). Na opinião de Rolf Serick, ob. cit., pág. 12, este acordo consiste num negócio que à transferência real em garantia, associado a um constituto possessório (em termos mais concretos, “*la proprietà sulla cosa viene trasferita fiduciariamente attraverso il contratto reale ed a questo trasferimento si affianca la convenzione di un rapporto possessorio (si hanno cioè l'atto di trasferimento ed un costituito possessorio). Il costituente ed il creditore devono allora dar luogo ad un rapporto convenzionale, in base al quale l'acquirente acquista il possesso mediato (§930 BGB): un rapporto di questo tipo si ha (...) quando il costituente possieda la cosa come depositario od in base ad un rapporto simile in forza del quale egli è legittimato od obbligato nei confronti del creditore garantito a possedere la cosa: in questa maniera anche il creditore diviene possessore, e precisamente possessore mediato (...). È però, necessario che il costituito possessorio si realizzi attraverso un vero e proprio rapporto obbligatorio, e questo si ha nel caso di un rapporto regolato dalla legge, il quale legittima od obbliga il possessore per un certo periodo di tempo oppure di un contratto atípico, che ponga in essere questi stessi effetti*”).

temporários e até extinção da obrigação garantida, legitimamente considerar-se titular do objecto da garantia.

No que toca à reserva de propriedade,<sup>2084</sup> a transferência da titularidade do bem alienado é subordinada ao integral pagamento do respectivo preço,<sup>2085</sup> sendo a *fattispecie* integrada por um negócio causal de compra e venda e outro de disposição ou transferência,<sup>2086</sup> embora subsista uma particular dependência do segundo relativamente ao primeiro,<sup>2087</sup> assumindo esta garantia relevância mesmo a nível falimentar.<sup>2088</sup>

---

<sup>2084</sup> De acordo com Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 278 e 279, alguns princípios do direito alemão dos contratos quase que impelem os vendedores a optar por esta garantia, designadamente porque o §454 do BGB prescreve que o vendedor que tenha cumprido as suas obrigações contratuais – v.g., tenha transferido a propriedade e entregue o bem ao comprador – não dispõe do direito de rescisão do contrato (e, ainda que tal direito lhe seja contratualmente reconhecido, resumir-se-á a uma mera pretensão a obter do adquirente uma nova transferência da propriedade em seu benefício), concluindo o Autor ser esta uma das consequências do princípio da abstracção vigente no ordenamento germânico: ora, não fora a reserva de propriedade e o alienante ficaria desprotegido (para além disso, o Autor destaca como a reserva de propriedade é a única garantia capaz de assegurar o crédito do vendedor quando este concorra com o crédito de um terceiro que tenha financiado a aquisição e seja beneficiário de uma alienação fiduciária).

<sup>2085</sup> Esta figura, designada por *Eigentumsvorbehalt*, encontra-se disciplinada no §455.º do BGB – acerca deste assunto, vide Gaetano Piepoli, ult. ob. e loc. cit., Anna Veneziano, ob. cit., pág. 38 e segs. e Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., págs. 101 e 102, nota 134. De acordo com este último Autor, esta garantia é utilizada para assegurar o crédito do fornecedor de mercadorias ou produtos transformados, constituindo-se através da simples notificação oral do fornecedor à empresa adquirente (dando conta da criação de uma reserva de propriedade), assim prescindindo do acordo e da produção do efeito translativo do direito de propriedade, embora se permita que o adquirente-empresário se torne possuidor do bem e o possa usar no processo produtivo (além de, por vezes, as partes acordarem que, quando o título de vendedor venha a cessar por força da transformação dos bens por parte do devedor, o vendedor conserve o seu direito sobre os bens transformados ou sobre o preço decorrente da respectiva alienação). Na prática, o vendedor transfere a propriedade do bem para o comprador, com a condição suspensiva do pagamento integral do preço (assim, igualmente, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 279), continuando assim proprietário pleno até à verificação da condição, determinando a existência da condição apenas uma alteração da eficácia do negócio, mas não produzindo, até à sua verificação, qualquer limitação ao direito de propriedade (assim, Gabrielli, *Garanzie rotative* cit., pág. 6 e segs.).

<sup>2086</sup> Como salienta Rolf Serick, ob. cit., pág. 23 e segs., a causa do negócio reside na compra e venda (por ser este o fundamento que, de facto, autoriza o comprador a reter definitivamente o bem vendido), mas importa distinguir a venda enquanto negócio causal (regulado, essencialmente, pelo direito das obrigações) e o negócio de disposição levado a cabo para a cumprir (pertencente ao campo dos direitos reais), embora seja possível “*che il contratto causale, nel nostro caso la compravendita, sia invalido, mentre è valido il negozio traslativo di adempimento con cui si realizza l’attribuzione patrimoniale. Ciò deriva dal così detto Abstraktionsprinzip*”, ou seja, “*Il negozio di esecuzione di una qualunque compravendita è il successivo atto di trasferimento della cosa, che in genere non è sottoposto a condizione: il negozio di trasferimento di cose mobili (...) è un negozio astratto, che si perfeziona indipendentemente dal negozio obbligatorio che ne costituisce la causa, soltanto con l’accordo e la consegna o l’equivalente di quest’ultima*” (o Autor justifica este regime com a necessidade de protecção, não apenas do adquirente, mas sobretudo de terceiros, dado que estes “*devono essere messi in grado di non doversi preoccupare dei rapporti che sono intercorsi tra l’alienante ed il suo dante causa: anche e soprattutto nei loro riguardi il compratore è proprietario della cosa solo sulla base dell’atto di trasferimento*”: todavia, para evitar um enriquecimento ilícito da parte do comprador que adquiere a propriedade de um bem apesar da invalidade do contrato de compra e venda, ou seja, “*Se una prestazione validamente effettuata (nel nostro caso il trasferimento della proprietà della cosa venduta) non è accompagnata da un valido accordo sul fondamento (causa) che nel nostro esempio deve essere ravvisato nel contratto di compra e vendita, allora colui che ha ricevuto la prestazione (il compratore) non può mantenerla. Il venditore, che ha subito una diminuzione del proprio patrimonio ha quindi nel confronto del compratore, che si è ingiustificatamente arricchito alle sue spese, il diritto di riavere l’oggetto dell’arricchimento, che ha la natura di un semplice diritto di credito alla restituzione*”). Em termos mais simples, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 279, evidencia como esta garantia se projecta sobre a relação obrigacional (adquirindo o vendedor um direito - *Rücktrittsrecht* - à retoma do bem em caso de não pagamento do preço na data de vencimento da obrigação garantida, podendo o

Qualquer destas figuras, porém, não está isenta de dúvidas e incertezas, seja no que respeita à configuração da alienação fiduciária,<sup>2089</sup> seja, no que concerne à reserva de propriedade, às condições de oponibilidade a terceiros<sup>2090</sup> e à qualificação da expectativa decorrente deste negócio para o comprador.<sup>2091</sup>

---

devedor exigir a devolução de eventuais somas parciais já pagas, excepto de estas constituírem uma contrapartida pela utilização do bem) e sobre a situação real do bem (mantendo o vendedor a propriedade do bem até integral pagamento, embora o devedor beneficie da posse directa da coisa, enquanto o vendedor é um mero possuidor mediato ou fictício; por outro lado, o adquirente, antes do pagamento integral do preço de aquisição, tem um direito de aquisição – *Anwartschaftsrecht* – dotado de autonomia e valor próprio, pelo que poderá ser cedido ou empenhado).

<sup>2087</sup> Rolf Serick, ob. cit., pág. 28, coloca em evidência esta dependência (e o seu carácter excepcional face ao *Abstraktionsprinzip*), escrevendo que “*Il punto di contatto, che unisce i due negozi, si ritrova nella condizione sospensiva, che fa dipendere l’efficacia del negozio di disposizione dal titolo obbligatorio, in modo che esso si trasforma in un trasferimento causale. Con il verificarsi della condizione la proprietà si trasferisce immediatamente al compratore*” (cfr. igualmente Gabrielli, *Autonomia cit.*, pág. 650 e segs. e *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 30 e segs., destacando que, por ser assim, “*il venditore, proprietario con riserva, non può revocare il negozio di disposizione ed impedire in questo modo l’acquisto del compratore che abbia adempiuto le obbligazioni derivanti dal contratto di vendita*”).

<sup>2088</sup> Rolf Serick, ob. cit., pág. 29, destaca ser esta uma vantagem da reserva de propriedade face à alienação em garantia, porquanto o beneficiário da primeira dispõe da faculdade de excluir da massa falida a coisa vendida, como corolário da posição de pleno proprietário do vendedor reservatário até integral pagamento do preço.

<sup>2089</sup> Mais concretamente com a estrutura complexa do mesmo, composta de um negócio causal (constituído pela relação de segurança do crédito e que compreende a obrigação do constituinte transferir um dado bem em garantia) e de outro real de cumprimento, dando origem a uma ligação umbilical entre a relação de crédito (financiamento) e a de garantia, da qual resulta uma única operação negocial com efeitos obrigatórios para ambas as partes, de contornos nem sempre claros (acerca deste assunto, vide Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 33 e segs.) e, sobretudo, com as consequências em caso de falência do devedor (de acordo com Anna Veneziano, ob. cit., pág. 39 e segs., a jurisprudência alemã tende a atribuir ao credor um mero direito de preferência como se houvesse sido estipulado um penhor e, por outro lado, a apenas reconhecer a validade das alienações em garantia quando sejam respeitados os requisitos de publicidade do penhor, isto é, a entrega ao credor ou – para os bens que não consentam tal entrega – a aposição de sinais alternativos que consentam a potenciais interessados um fácil reconhecimento da garantia, sob pena de, não o fazendo, esta garantia constituiria uma forma de contornar as regras imperativas do penhor) ou do próprio credor (segundo Anna Veneziano, ob. cit., págs. 39 e 40, a natureza fiduciária do vínculo permite ao devedor separar os bens da massa falida, como se fosse o seu proprietário). Em termos particularmente explícitos, para Rolf Serick, ob. cit., pág. 14 e segs., esta propriedade fiduciária não é ilimitada, assegurando unicamente um poder de liquidação do bem em caso de incumprimento da obrigação assegurada, sendo esta limitação especialmente notória em sede de falência do devedor dador da garantia, caso em que o mutuante disporá, à imagem do que sucede com o credor pignoratício e por força de um princípio de conversão ou *Umwandlungsprinzip* (nos termos do qual “*un diritto trasferito illimitato al creditore a scopo di garanzia deve essere imputato al patrimonio del datore della garanzia e perciò conferisce al primo solo una legittimazione di natura simile a quella derivante del pegno*”), de um mero direito de prelação (em termos gerais, o fiduciário encontra-se ligado ao fiduciante por um vínculo de natureza obrigacional, pelo que esta propriedade “*conferisce al fiduciario non la titolarità definitiva del bene, ma solo una proprietà limitata nel tempo (...). Il fiduciario, però, in base agli accordi obbligatori intervenuti fra le parti, può fruire del suo diritto solo in modo limitato, in quanto è obbligato ad usare la sua posizione di titolare solo per il conseguimento delle finalità di garanzia, ma non per utilizzare la proprietà ad altri scopi: per esempio, nella sua posizione di proprietario vincolato da patto fiduciario, egli non può donare il bene*”. Em caso de insolvência do credor pignoratício, “*il fiduciante viene considerato alla stregua di un proprietario che abbia diritto alla separazione del proprio bene della massa (...)* la sua posizione può in casi eccezionali perdere il carattere di un diritto meramente obbligatorio alla restituzione della cosa dopo la realizzazione dello scopo di garanzia, per acquistare quello di una titolarità piena e illimitata del diritto”.

<sup>2090</sup> Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 28 e segs., depois de salientar a limitação do risco de incumprimento e de insolvência do devedor que este negócio representa, alude ao debate quanto aos efeitos de garantia do pacto (ou seja, se a cláusula serviria apenas para garantir apenas a restituição do bem em caso de rescisão do contrato – desse modo tornando oponíveis *erga omnes* os efeitos da rescisão -

Todavia, o recurso a institutos cujo intuito primacial não é do operarem como garantias reais gera, por vezes, uma incapacidade das mesmas para satisfazer as necessidades dos credores, especialmente quando se recorra à reserva de propriedade e os bens onerados sejam de natureza dinâmica.<sup>2092</sup>

---

ou, pelo contrário, representaria uma garantia que cobriria um eventual não pagamento do preço acordado), conclui pela função de garantia da convenção, traduzida na criação de uma garantia real não possessória, com força análoga ao penhor, ou até mais forte, porquanto o credor munido de uma reserva de propriedade não tem de submeter-se ao concurso de credores (embora o Autor atenuie esta diferença, salientando que, naquele concurso, o credor pignoratício será o primeiro a ser pago). Por seu turno Anna Veneziano, ob. cit., pág. 43 e segs., nota que no direito germânico não é exigida qualquer formalidade para a validade ou oponibilidade a terceiros do direito do vendedor (ao contrário do que sucede noutros ordenamentos, alguns impondo a redacção de um documento escrito, outros requerendo ainda a inscrição da reserva num registo, o qual pode funcionar como condição de oponibilidade da garantia a todos os terceiros ou, como sucede no direito italiano, apenas aos terceiros adquirentes), nem tão pouco se impõe a contextualidade entre o pacto de reserva de propriedade e o acordo de garantia (admitindo-se antes que tal pacto pode ser estipulado até à entrega do bem).

<sup>2091</sup> Gabrielli, *Garanzie rotative* cit., pág. 6 e segs., assegura que o comprador é titular de um direito subjectivo actual – e não meramente futuro, cujo conteúdo consiste na expectativa de aquisição desse bem – sobre a coisa, passível de actos de disposição, mas um direito *sui generis*, não enquadrável, nem na categoria dos direitos reais, nem dos direitos de crédito. Rolf Serick, ob. cit., pág. 30 e segs., por seu turno, considera que a posição do comprador não é regulada pela lei como um direito subjectivo, mas antes como uma expectativa legítima (*Anwartschaftsrecht*) peculiar que “*si collochi in una posizione tutt'affatto peculiare, a cavallo fra le posizioni reali e quelle obbligatorie (...). È un diritto soggettivo sui generis, una posizione soggettiva insieme assoluta e relativa: è un diritto reale che ha ancora la dipendenza causale propria dei diritti di credito od anche un diritto di credito che presenta già dei tratti di realtà*”, posição esta que deverá ser protegida contra comportamentos unilaterais e arbitrários do alienante (também a respeito da tutela falimentar desta expectativa o Autor destaca a diferença face à alienação em garantia que, quando sujeita à condição resolutiva de cumprimento da obrigação assegurada, isto é, quando o dador da garantia se torne imediatamente proprietário da coisa transferida em garantia assim que liquide a soma em dívida: nesta última, a expectativa sobrevive à insolvência, dado que a sua causa “*non è un contratto a prestazioni corrispettive, e pertanto il curatore del fallimento non ha nessun diritto di rifiutare l'adempimento della prestazione*”, ao contrário da expectativa do comprador na reserva de propriedade, cuja causa – o contrato de compra e venda – “*attribuisce al curatore (...) il diritto di scelta (...) se dare o meno esecuzione al contratto di vendita*”).

<sup>2092</sup> Com efeito, a figura da reserva de propriedade encontra-se consagrada – e assume particular relevância – a respeito de bens estáticos (destinados a permanecer no património do comprador), mas a lei não regula a eventualidade de o bem a adquirir pelo comprador seja destinado à introdução no seu giro comercial (*maxime*, quando destinados à revenda ou a transformação). Daqui decorre, de acordo com Rolf Serick, ob. cit., pág. 117 e segs., a premência de permitir ao credor revender os bens adquiridos com reserva de propriedade para, com o produto dessa venda, cumprir a primeira obrigação (considerando mesmo contrária à boa fé uma cláusula em sentido contrário, em razão dos danos que adviriam para a actividade económica do comprador com reserva de propriedade). Nesta conformidade, “*il venditore è obbligato a far acquistare al compratore la proprietà della merce oppure autorizzarlo ad alienarla. Se la vendita è con riserva di proprietà, allora il venditore sarà considerato adempiente già nel momento in cui il compratore rivende la merce, in forza di questa autorizzazione, ancora prima di aver corrisposto l'intero prezzo*” (o mesmo se aplicando à eventualidade de os bens em questão se destinarem a transformação, caso em que se considera que o vendedor cumpriu a sua obrigação de transferir o seu direito sobre o bem, uma vez que “*attraverso la lavorazione effettuata dal compratore la merce è stata trasformata in una nuova cosa. Tutto ciò vuol dire che il venditore in questa ipotesi di vendita con riserva di proprietà è obbligato a permettere al compratore di lavorare la cosa già prima che questi abbia terminato di pagare il prezzo*”). O mesmo sucederá, *mutatis mutandis*, com a transferência da propriedade em garantia, na qual, quando verse sobre bens de carácter dinâmico, “*il creditore garantito deve acconsentire a che il datore della garanzia già prima della estinzione del debito sottoponga i beni a lavorazione o li rivenda, concedendogli anche qui un'apposita autorizzazione, od inserendo nel contratto una clausola di lavorazione*”. Todavia e em qualquer das garantias, o credor vem a perder os direitos que detinha sobre objecto onerado, pelo que carece de encontrar um sucedâneo: daí a necessidade de “*trovare un surrogato, che prenda il posto della garanzia originaria (...) attraverso un intervento sul diritto al*

Perante estas dificuldades, a adequação das garantias às exigências do comércio jurídico é mais cabalmente alcançada através da criação de uma figura que siga as várias transformações económicas do respectivo objecto, através da substituição dos bens empenhados pelos créditos resultantes da respectiva venda<sup>2093</sup> (normalmente acompanhada da autorização ao devedor para alienar os bens onerados e encaixar o produto dessa venda, o qual permanecerá onerado)<sup>2094</sup> ou pelos resultantes da respectiva

---

*prezzo che il loro debitore acquista attraverso la vendita della cosa*”: daí o surgimento de formas ampliadas de garantia.

<sup>2093</sup> Mais detalhadamente, a generalidade das garantias ligam “*la concessione di un potere di disposizione sui beni al debitore – comprendente la trasformazione e la vendita successiva degli stessi – alla cessione dei crediti futuri di cui diverrà titolare il debitore medesimo in seguito alla sudetta vendita*” (em algumas hipóteses chegam mesmo a exigir-se outras garantias para assegurar os créditos cedidos, designadamente através da reserva de propriedade; ou prevendo a explícita manutenção da reserva de propriedade criada a favor do primeiro fornecedor, mesmo após a venda desses bens a terceiros; ou convencionando a cessão, a favor do fornecedor, da reserva de propriedade que o primeiro devedor constitui em nome próprio sobre os bens no momento da venda a terceiros) - Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 67 e segs.. Anna Veneziano, ob. cit., pág. 24, alude em especial à *Vorausabretungsklausel* (nos termos da qual a garantia do vendedor - ou do financiador - se estende ao produto da (re)venda dos bens por parte do devedor), cláusula esta, segundo Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 280, muito utilizada nas reservas de propriedade (cedendo o adquirente todos os eventuais créditos futuros decorrentes da revenda dos bens adquiridos, assim configurando uma cessão de créditos em garantia, de modo que uma garantia que, inicialmente, recaía sobre um bem corpóreo pode, em seguida, passar a onerar um crédito).

<sup>2094</sup> Gabrielli, *Garanzie rotative* cit., pág. 10 e segs., *Autonomia* cit., pág. 656 e segs. e *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 34, realça o facto de ao constituinte ser legítimo, no decurso da normal actividade da empresa, vender as mercadorias a terceiros (devendo, contudo, o acto de disposição subordinar-se ao acordo das partes que fixe os limites e modos de exercício do poder de disposição e, quando o credor seja titular de uma reserva de propriedade sobre os mesmos bens, o mutuante deva dar o seu consentimento à alienação). Já Rolf Serick, ob. cit., pág. 47 e segs., destaca que o credor autoriza o devedor a vender, em nome próprio e no decurso da normal actividade empresarial, os bens onerados a um novo comprador, sendo o meio técnico que sustenta esta operação a autorização para actos de disposição (cfr. §185 do BGB), embora advirta que “*L’atto di disposizione compiuto dal soggetto autorizzato è però valido solo quando è conforme all’accordo obbligatorio che determina i limiti e l’atteggiamento del potere di disposizione derivante dell’autorizzazione*” (como exemplo de actos que extravasam este âmbito, o Autor aponta, por um lado, os casos em que não se permita ao credor adquirir o direito ao preço resultante da alienação, como sucederá quando o terceiro adquirente tenha consentido na estipulação de uma proibição de cessão, uma vez que “*in questo caso il mutuante od il proprietario riservato verrebbero a perdere la propria garanzia senza acquistare alcun surrogato di essa, in modo che questo negozio oltrepassa i limiti stabiliti dal negozio autorizzativo*” e, noutra ordem de considerações, a obtenção de crédito por parte do cedente dos meios para cumprir a obrigação e, em seguida, a transferência em garantia a um novo credor o direito perante o terceiro devedor, uma vez que “*l’atto di disposizione eccede sicuramente i limiti del potere conferito al cedente, dato che una nuova cessione in garanzia non è più ricompresa nello scopo di garanzia*”). Relativamente à autorização dada ao devedor para cobrar e receber os créditos cedidos em garantia (*Einziehungsermächtigung*) justifica-se pelo facto de o comprador do bem outorgado em garantia desconhecer a cessão (pois esta não tem que lhe ser notificada) e, por isso, supor ter de pagar a quem lhe vendeu o bem e não ao credor garantido (todavia, este mandato é revogável em caso de prejuízo para a garantia – nomeadamente quando a cobrança não se integre na actividade comercial corrente - e, quando assim seja, o pagamento é ineficaz e não extingue o crédito), podendo até admitir-se uma autorização tácita para o devedor dispor dos bens (uma vez que “*il fatto che l’oggetto della garanzia viene ampliato attraverso la cessione anticipata dei crediti consente di ritenerla concessa in maniera tacita: il creditore garantito sa che le merce (...) è destinata ad essere immessa nel commercio, ed attraverso le cessione anticipata del diritto al prezzo si cautela proprio per il caso in cui essa venga rivenduta. Dal suo canto la cessione anticipata, che si realizza senza che il futuro debitore ne venga mai a conoscenza, si ricollega istituzionalmente ad un’autorizzazione all’incasso, in modo che essa può essere dedota, anche in mancanza di una pattuizione espressa, da un’autorizzazione agli atti di disposizione che comprenda anche la vendita a credito della merce sottoposta alla garanzia*”): porém, a autorização só pode ser revogada, salvo convenção em contrário, em caso de perigo de frustração do fim de garantia, para além de alguns casos de extinção automática da autorização (apesar da ausência de regulamentação legal a este

transformação<sup>2095</sup> ou, ainda, da contínua substituição dos bens empenhados por outros do mesmo tipo<sup>2096</sup> - assim consagrando um prolongamento vertical da garantia<sup>2097</sup> - ou,

---

respeito, o Autor aceita que, por exemplo, tal desfecho se produza em caso de insolvência do devedor) - a este propósito, vide Rolf Serick, ob. cit., pág. 108 e segs..

<sup>2095</sup> Após a conclusão do processo produtivo, os bens são retirados das instalações do devedor e retidos pelo financiador com base na cláusula de laboração (*Verarbeitungsklausel*), que consente a transferência da garantia do bem que resulta do culminar do processo de laboração. Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 69 e segs. e Stefano de Paola, ob. cit., pág. 6 e segs., acrescentam que, caso esses processos impliquem outros bens sobre os quais existam garantias específicas a favor de outros credores, o credor adquirirá a propriedade desses bens. Por seu turno Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 24, nota 50, alude à chamada *Herstellerklausel* (a qual, com o fito de impedir que o devedor venha a adquirir a propriedade do novo bem resultante da transformação, se prevê que esta decorra a cargo do credor garantido), mas ressalva ser controvertida a sua admissibilidade. Alude igualmente a esta controvérsia Rolf Serick, ob. cit., pág. 55 e segs., relatando que a mesma se prende com a interpretação do §950 do BGB (nos termos do qual aquele que tenha trabalhado ou transformado uma ou mais matérias primas numa coisa móvel adquire a propriedade da coisa nova, excepto se o valor do trabalho ou da transformação não for notoriamente inferior ao valor da matéria), considerando uns que tal norma é inderrogável (e, em consequência, produtor deverá ser sempre quem suporta o risco da laboração, pelo que “*il debitore, che ha trasformato la cosa originaria in una nuova ne acquisti la proprietà a titolo originario*”, podendo eventualmente concedê-la em garantia, como bem futuro, ou seja, “*Attraverso il trasferimento anticipato egli aliena la proprietà della nuova cosa al creditore, il quale quindi acquista il diritto a titolo derivato*”), outros que a mesma é meramente dispositiva (admitindo a sua exclusão por simples convenção das partes) e outros ainda que, embora inderrogável, a cláusula de laboração seria legítima enquanto identificadora do sujeito que deve ser qualificado como produtor do novo bem (posição subscrita pela jurisprudência dominante e pelo Autor e que se pode resumir deste modo: “*nel caso in cui il debitore-imprenditore proceda alla lavorazione in maniera conforme alla clausula, infatti, in base al tenore di questa sarà il creditore garantito che di regola deve essere considerato come il soggetto al quale si deve imputare il processo di lavorazione, in modo che egli acquisterà a titolo originario la proprietà sulla nuova cosa*”): precisamente tendo em conta estas divergências, as cláusulas inseridas prevêm a aquisição da propriedade por parte desses credores e, simultaneamente, para precaver a ineficácia deste efeito (nomeadamente pelo carácter inderrogável do §950 do BGB), consagrando uma transferência antecipada para o credor do produto futuro resultante da laboração (opção esta denominada de duplo binário e considerada como aconselhável pelo Autor). Outras questões prendem-se com o funcionamento da cláusula quando a garantia seja a reserva de propriedade (sendo discutível se o direito do vendedor com reserva é ainda a propriedade reservada ou a coisa lhe é transferida em garantia: Rolf Serick, ob. cit., pág. 59, opta por esta segunda alternativa, considerando que o vendedor “*perde il suo diritto di proprietà riservata sulla materia prima nel momento in cui essa viene trasformata nel prodotto finale, ed acquista quale surrogato la proprietà in garanzia su di esso*”) e com a chamada cláusula de laboração ilimitada, nos termos da qual o credor adquire a plena propriedade sobre o produto resultante da laboração (Rolf Serick, ob. cit., pág. 61, admite a sua licitude, embora alertando que “*il creditore garantito deve però approntare dei meccanismi, come ad esempio una clausula per la restituzione della cosa, affinché non si abbia un eccesso di garanzia contrario a buona fede*”) e mesmo das cláusulas de laboração limitadas, de acordo com as quais o credor adquire apenas a propriedade de uma quota do produto final proporcional à quantidade de matérias primas fornecidas (exigindo-se, por um lado, “*che la clausula permetta di determinare la quota di comproprietà che il creditore garantito acquisterà sul prodotto finale*” e, ainda que tal suceda, “*La presenza di più clausule di lavorazione a favore di più venditori, dei quali ciascuno ha fornito una parte della materia prima necessaria per ottenere il prodotto finale, può creare parecchi problemi nel caso in cui esse determinino con una percentuale diversa la quota di comproprietà spettante rispettivamente ai diversi fornitori*”).

<sup>2096</sup> Constituinto o chamado *Raumsicherungsvertrag*. Neste caso o efeito pretendido é que “*la garanzia assorba in continuazione sempre nuovi beni, che vengono sistematicamente a sostituire quelli dello stesso tipo, in precedenza coperti della garanzia stessa*”, sendo este tipo de garantias normalmente utilizado quando o objecto a onerar consiste em mercadorias depositadas num lugar definido e que vão sendo continuamente levantadas e substituídas, assim permitindo que a garantia abranja “*tutte le merci che di volta in volta vengono a trovarsi in un magazzino*”, ao mesmo tempo que se consente ao empenhante levantar a quantidade de mercadorias necessárias para a actividade da empresa, substituindo as retiradas com outras do mesmo tipo e valor (Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 69, assegura que a jurisprudência alemã admite mesmo “*la costituzione della garanzia anche sulle merci future che sostituiranno quelle di volta in volta prelevate ed utilizzate nell’attività di impresa*”). Também Stefano de Paola, ob. cit., pág. 6, alude

inclusive, utilizando conjuntamente mais de um destes mecanismos,<sup>2098</sup> no que se poderá considerar como o reconhecimento do efeito de sub-rogação.<sup>2099</sup>

Paralelamente e do ponto de vista do crédito garantido, assistiu-se a uma extensão horizontal das garantias, fazendo com que esta passe a assegurar o cumprimento, não apenas do financiamento em vista do qual foi concedido, mas também de outros créditos – presentes ou futuros – relativamente ao mesmo devedor,<sup>2100</sup> muito embora este tipo de alargamento suscite algumas dúvidas,<sup>2101</sup> em especial quando associado a uma reserva de propriedade.<sup>2102</sup>

---

à *Raumsicherungsvertrag*, cláusula de natureza fiduciária através da qual “*l’oggetto della garanzia ricomprende tutte le merci (attuali o future), destinate alla lavorazione, che si trovino in un determinato magazzino dell’imprenditore, o in una parte di esso, descritta nel contratto*”, consentindo ao empresário retirar as quantidades necessárias para prosseguir o processo produtivo (na condição de as substituir por outras dos mesmos género e valor). Acerca do *Raumsicherungsvertrag*, vide também Antonio Fontana, ob. cit., pág. 65 (salientando as suas vantagens e sendo apologista da criação de uma garantia análoga em Itália) e, principalmente, Rolf Serick, ob. cit., págs. 37 e 174 (dando conta que, nesta *fattispecie*, o *quid* dado em garantia é constituído por um armazém de mercadorias em constante movimento, cabendo ao credor indicar “*le merci giacenti e quelle che vi si aggiungeranno (...) L’indicazione si riferisce ad un determinato luogo (Raum), che viene descritto nel contratto di garanzia (...) e l’oggetto della garanzia sarà rappresentato da tutte le merci che vi si trovano attualmente e che vi verranno immagazzinate in futuro*”).

<sup>2097</sup> O mesmo se passa quando o objecto da garantia seja um crédito, caso em que o efeito de prolongamento se produz sem necessidade de notificação ao devedor, sendo o cedente autorizado à cobrança dos créditos cedidos e até à sua reutilização. Por seu turno “*La necessità di ottenere delle garanzie sostitutive sui surrogati ha pertanto luogo in questo caso attraverso la cessione della massa dei crediti futuri, sia immediatamente (Globalzession), sia con rinvio a successivi atti di individuazione e di designazione dei crediti ceduti (Mandelzession)*” - Gaetano Piepoli, ob. cit., págs. 69 e 70.

<sup>2098</sup> Rolf Serick, ob. cit., pág. 37 e segs., noticia o uso simultâneo, em diversos formulários bancários tipo, da *Raumsicherungsvertrag*, da cláusula de laboração e da permissão dada ao devedor para a venda das mercadorias (*Veräußerungsermächtigung*), conjugada com a cessão antecipada ao credor do produto dessa venda, o qual poderá ser cobrado pelo devedor. Todas estas figuras fazem com que “*il creditore garantito si impadronisce quasi sempre, in base al contratto, del surrogato che il debitore ottiene al posto della cosa originaria in seguito alla lavorazione o alla vendita (...) il creditore garantito si premunisce per far sì che valori patrimoniali non ancora esistenti, che subentrano al posto della cosa originariamente destinata alla garanzia e che senza un’apposita convenzione sarebbero di titolarità del debitore, vengono a rientrare nella garanzia*” (o Autor salienta ainda que estas modalidades de extensão da garantia são comuns à alienação em garantia e à venda com reserva de propriedade). Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 35, reconhece que o uso conjugado da cláusula de laboração e da cessão de créditos futuros resultantes da venda desses mesmos produtos consente ao devedor pode alienar, no decurso da sua normal actividade, os bens cuja propriedade fiduciária havia passado para o financiador, cedendo a este último os direitos decorrentes da venda desses mesmos bens (podendo no entanto, se tal for convencionado, ser o constituinte a cobrar esses mesmos créditos).

<sup>2099</sup> Consideram que esta extensão vertical das garantias mais não é do que o reconhecimento do efeito da sub-rogação real, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 133.

<sup>2100</sup> Através desta ferramenta, os credores obtêm uma garantia que tutela a generalidade das suas pretensões creditórias decorrentes de relações presentes ou futuras com um determinado empresário (*Geschäftsverbindungsklausel*), sendo esta cláusula muitas vezes justificada – particularmente no caso de contratos de financiamento contínuo de mercadorias fungíveis - pela circunstância “*che né il finanziatore, né l’imprenditore sono in grado di conoscere quale parte delle merci è stata pagata e quale invece no*”. Outra possibilidade passa por associar a garantia específica ao saldo decorrente de uma relação de conta corrente (*Kontokorrentsklausel* ou *Kontokorrentvorbehalt*). Mais rebuscada ainda é a chamada *Konzernklausel*, por via da qual a garantia abrange, além dos créditos do financiador, também os de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo económico – Gaetano Piepoli, ob. cit., págs. 70 e 71 e 83 e segs.. Já Rolf Serick, ob. cit., pág. 61 e segs., destaca o facto de o efeito omnibus se produzir por efeito de uma estipulação negocial determinando o fim da garantia prestada - *Zweckbestimmungserklärung* – “*la quale determina i particolari del rapporto, come ad esempio la durata e l’estensione della garanzia omnibus*” e, por outro lado, acarretando a extinção de todos os créditos garantidos a verificação da condição suspensiva na reserva de propriedade (e a consequente aquisição, por parte do comprador, da definitiva e automaticamente propriedade do bem) e, na alienação em garantia, a obrigação do credor



Contudo, este duplo prolongamento da garantia origina diversas interrogações,<sup>2103</sup> nomeadamente no que concerne à relação com os credores quirografários e à protecção que a regra da *par conditio creditorum* postula, motivando intervenções jurisprudenciais no sentido de resolver alguns dos conflitos entre os diversos credores preferentes.<sup>2104</sup>

---

fiduciário retransmitir o bem para o devedor (ou até, nalguns casos, funcionando o pagamento como condição resolutiva da propriedade fiduciária do credor, readquirindo o devedor automaticamente a propriedade). Por seu turno, Anna Veneziano, ob. cit., pág. 84 e segs., entende que tais cláusulas colocam problemas semelhantes aos das cláusulas omnibus, admitindo a *praxis* germânica, dentro de determinados limites, que o mesmo bem ou crédito possa garantir um conjunto de créditos, mesmo que futuros (*Erweiterungsklauseln*), designadamente e quando exista uma venda com reserva de propriedade, acordando que a propriedade dos bens vendidos apenas se transfira o adquirente quando todas as dívidas, presentes ou futuras, deste para com o adquirente (*Kontokorrentvorbehalt*, cuja validade é reconhecida pela jurisprudência, mas contestada por alguma doutrina), sendo que a *Konzernklausel* é objecto de um juízo desfavorável. Para mais desenvolvimentos acerca das cláusulas omnibus e da extensão da garantia a outros créditos, vide infra n.º 2.1 do Capítulo II.

<sup>2101</sup> Pois tal alargamento consubstancia “*la sottoposizione del patrimonio del debitore ad un vincolo illimitato e non circoscritto nel tempo*”, com nítidos riscos, não só para o devedor, como também “*a causa della sua strutturale indeterminatezza, costituisce un pregiudizio per i terzi creditori, in particolare quelli chirografari, il cui affidamento sulla estensione della garanzia generica viene ad essere così seriamente leso*” – Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 83 e segs., muito embora assegure que a jurisprudência dominante considera válidas tais cláusulas.

<sup>2102</sup> De acordo com Rolf Serick, ob. cit., pág. 66 e segs., quando a reserva de propriedade passa a garantir outro crédito que não o originário, “*viene a svolgere il ruolo che normalmente compete alla proprietà in garanzia, dato che serve alla garanzia reali di crediti, che non si riferiscono immediatamente alla cosa sottoposta alla garanzia*”, de modo que o credor disporá de uma legitimação de tipo pignoratício: em suma, “*la riserva di proprietà presenta un’elasticità del tutto estranea alla normale proprietà piena, che consente in via eccezionale di riportarsi ad una legittimazione di tipo pignoratizio (...) la riserva di proprietà ha fin dall’origine la funzione di garantire il diritto al prezzo (...) ma non quella di rafforzare la situazione proprietaria del venditore: diviene allora evidente come questa funzione renda la riserva di proprietà una forma di titolarità temporanea del bene, a fine di garanzia, anche se manca il carattere fiduciario. Dopo l’estinzione del diritto al prezzo e lo spostamento della garanzia su di un altro credito la funzione di garanzia del diritto rimane: ma dato che il diritto di garanzia ha perso il suo riferimento originario – il credito al corrispettivo per la merce – esso assume la forma generale di una normale garanzia del credito*”.

<sup>2103</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 286 e 287, alude, sobretudo a respeito da reserva de propriedade, aos problemas decorrentes do uso de prolongamentos verticais (traduzidos, no essencial, no conflito entre o beneficiário de uma reserva de propriedade prolongada sobre os créditos decorrentes da venda dos bens em questão e daquele que tenha financiado o adquirente, que tenha garantido o seu crédito por uma *Globalzession*; ou entre dois credores, cada um com uma reserva de propriedade prolongada sobre os bens resultantes da transformação dos bens vendidos, a *Verarbeitungsklauseln*), bem como aos respeitantes aos prolongamentos horizontais (especialmente quando uma garantia seja concedida para garantir todas as dívidas futuras do devedor - *Konzernklauseln* - ou do grupo de empresas que ele controla: em ambos os casos, verificam-se riscos para o devedor – uma vez que a garantia se arrisca a nunca se extinguir, em razão do número de créditos que, potencialmente, pode assegurar - e para os seus demais credores, para os quais se torna difícil encontrar créditos do devedor não onerados e até, ademais, determinar quais os créditos não onerados).

<sup>2104</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 288, esclarece que a jurisprudência adopta, como regra para dirimir os concursos entre credores preferentes sobre os mesmos bens, o princípio da prioridade (*Prioritätsprinzip*, consagrado, para o penhor no §1209.º do BGB), embora da sua utilização possam resultar consequências iníquas, sobretudo quando o credor mais antigo disponha de uma garantia com uma grande abrangência, por força de um prolongamento vertical: por isso, a jurisprudência tem sentido necessidade de temperar tal princípio (por exemplo, em caso de concurso entre dois credores titulares de duas *Verarbeitungsklauseln* sobre os mesmos bens, tende a considerar a que o bem transformado será compropriedade de ambos os credores, questionando que “*Porquoi en effet favoriser un créancier, alors que, par l’effet du hasard, la matière qu’il a fourni est celle qui la première est nécessaire à la fabrication du bien*”, não sem alertar para a dificuldade em determinar a percentagem em que cada um dos credores contribuiu para o produto final e, logo, a quota de cada um na compropriedade

Não espanta, por isso, que o sistema alemão de garantias mobiliárias seja alvo de diversos reparos, mormente no que concerne à sua influência negativa nos procedimentos de insolvência<sup>2105</sup>, à ausência de publicidade<sup>2106</sup>, à dificuldade em

---

do bem transformado). Relativamente ao conflito entre um credor garantido por uma *Globalzession* e outro por uma *Vorarbeitungsklausel*, abrangendo os mesmos créditos, o Autor (cfr. ob. cit., pág. 290 e segs.) noticia que o princípio geral da prioridade temporal favorece os bancos, que normalmente concedem créditos a longo termo e, por isso, a jurisprudência, tem temperado essa prevalência através do recurso à cláusula geral dos bons costumes (*Sittenwidrig*) do §138 do BGBG, uma vez que “*Une cession globale de créances qui ne tendrait pas compte des intérêts des fournisseurs serait contraire aux usages commerciaux. Si le débiteur respectait la cession globale consentie, il ne pourrait plus obtenir la livraison de marchandises à crédit*”, para além de prejudicar os demais credores do devedor “*puisqu'ils n'ont pas connaissance de la cession globale antérieure intervenue*” e de qualificar a conduta dos credores que obtêm uma cessão global “*comme contraire aux usages commerciaux. En effet, la cession globale entrave totalement la liberté commerciale du débiteur qui n'a plus la possibilité d'obtenir du crédit. La cession globale est en effet souvent une sûreté dont l'importance est disproportionnée par rapport à celle des créances qui sont garanties*” (por força desta jurisprudência, para que uma cessão global possa produzir todos os seus efeitos, deverá ser obtido o acordo do fornecedor de bens, facto este que motivou a alteração das condições gerais predispostas por alguns bancos, de modo a salvaguardar os eventuais direitos de fornecedores titulares de reservas de propriedade prolongadas sobre créditos também abarcados pela cessão global de créditos). Por seu turno Anna Veneziano, ob. cit., pág. 101 e segs., aponta como um dos conflitos mais frequentes aquele que respeita à coexistência de diversos direitos sobre os mesmos créditos, designadamente o que opõe um credor-vendedor com reserva de propriedade sobre o bem vendido cuja garantia se estende aos créditos decorrentes da venda desse mesmo bem e, por outro lado, um financiador titular de uma cessão global de créditos: ora, prescindindo do critério cronológico (considerando que a sua aplicação redundaria num benefício injustificado do mutuante, uma vez que a cessão global de créditos tende a ser concedida com contrapartida de financiamentos outorgados para consentir o início da actividade económica), a jurisprudência alemã concede preferência ao direito do vendedor, assegurando que a cessão global é contrária à boa fé sempre que “*i contraenti no si sono preoccupati di escludere dall'oggetto dell'accordo i crediti che verranno ceduti in futuro ad un venditore nell'ambito di una riserva della proprietà, quando la loro inclusione costringerebbe il debitore a commettere un inadempimento contrattuale nei confronti del primo creditore (Vertragsbruchstheorie)*”, facto este que motivou a alteração, em conformidade, das cessões globais de créditos praticadas pelos bancos germânicos (a Autora considera que esta solução, embora justificada teoricamente com os limites à autonomia privada, acaba por, na prática, representar o reconhecimento de um credor sobre outro num ordenamento onde as garantias não são publicitadas, embora reconheça que a idêntica conclusão chega a jurisprudência francesa, mas com fundamento no instituto da sub-rogação – a qual, privando o cedente, com efeito retroactivo, da titularidade dos créditos cedidos antecipadamente, pelo que a cessão prévia será nula).

<sup>2105</sup> A este propósito, Gaetano Piepoli, ob. cit., págs. 93 e segs., salienta como o prolongamento desmesurado das garantias específicas, associada ao uso da reserva de propriedade, conduziu a um esvaziamento da massa falida disponível para os demais credores, assim subtraindo aos procedimentos concursais “*la parte più importante e significativa del capitale aziendale*”. Em face deste fenómeno, o legislador sentiu necessidade de reforçar determinadas categorias de créditos – em especial a dos trabalhadores subordinados – contribuindo ainda mais para o depauperamento da massa disponível para os credores quirografários.

<sup>2106</sup> Para os que se procuram realçar as vantagens inerentes a esta publicidade, como sejam a circunstância de os terceiros poderem aquilatar da amplitude da garantia geral do devedor, a eliminação dos conflitos entre os titulares de diversas garantias sobre os mesmos bens, uma salvaguarda contra endividamentos excessivos – com as correspondentes concessões de garantias - por parte dos devedores e de protecção de todos os seus actuais e potenciais credores (que poderiam, antes da concessão de crédito, averiguar a situação dos bens a onerar) - salientam estes aspectos, Gaetano Piepoli, ult. ob. e loc. cit., Gabrielli, Pegno rotativo cit., pág. 12 e Anna Veneziano, ob. cit., pág. 28 (embora reconhecendo que a introdução de um sistema com estas características comportaria uma redução da extensão das garantias mobiliárias). Já O. Klopp, ob. cit., pág. 108, destaca como a única protecção de que gozam os credores no direito alemão é o conhecimento geral da ausência de publicidade das garantias (pois o bem onerado figurará no património do cedente ou comprador com reserva de propriedade, até ao momento em que o credor decida executar a garantia), sendo o principal freio a esta natureza secreta a invocação, por parte da jurisprudência, do abuso ou excesso de garantia (designadamente quando o valor do bem onerado seja significativamente superior ao do crédito garantido, nalguns casos obrigando mesmo o credor a retransmitir ao seu devedor a

resolver os inúmeros conflitos entre credores com garantia sobre os mesmos bens<sup>2107</sup> e aos poderes desmesurados que atribui aos credores titulares de garantias,<sup>2108</sup> não faltando propostas no sentido de um controlo da extensão deste tipo de garantias, seja através de uma disciplina legislativa própria,<sup>2109</sup> seja através de uma revisão da oponibilidade das garantias em caso de insolvência do devedor.<sup>2110</sup>

No entanto ou por isso mesmo, não surpreende que os tribunais germânicos, em especial o tribunal federal alemão (BGH), tenham criado uma profusa jurisprudência no

---

propriedade do bem onerado quando o montante do crédito supere em mais de 25% o do bem onerado). Por seu turno Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 282, destaca os riscos para o devedor (de ver o credor dispor do bem antes do incumprimento da obrigação garantida, sendo esse negócio perfeitamente válido, assistindo-lhe apenas o direito a uma indemnização) e para os seus credores (os quais podem continuar a financiar o devedor na crença, errónea, que o devedor continua a ser o proprietário do bem alienado fiduciariamente, até porque este permanece na sua posse) inerentes à ausência de publicidade.

<sup>2107</sup> Destaca este aspecto Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 40, dando como exemplo o caso de o mesmo crédito ser objecto de uma garantia bancária constituída directamente sobre esse crédito, outra inicialmente incidente sobre mercadorias mas prolongada para os créditos decorrentes da respectiva venda. De acordo com Anna Veneziano, *ob. cit.*, págs. 28 e 101 a 103, a ocorrência destes conflitos é potenciada, não só pela extensão das garantias a bens e a créditos futuros, mas também pela ausência de publicidade das mesmas.

<sup>2108</sup> Todavia, Albina Candian, *Le garanzie* cit., pág. 266 e segs., noticia a preocupação da jurisprudência em limitar tais poderes, seja protegendo o constituinte da garantia, seja tutelando terceiros. No que à protecção do devedor diz respeito e não obstante a tendencial impossibilidade de invocação da proibição dos pactos comissórios (porque, no caso de transferência de propriedade a título de garantia, o credor se apropria daquilo que já é seu e, na reserva de propriedade, não deixa sequer de ser proprietário), admite-se que o devedor possa recusar a entrega do bem quando o valor deste supere de forma inequívoca o montante do crédito não pago, com fundamento no instituto do enriquecimento sem causa ou na noção de excesso de garantia (deste modo, quando o este excesso de garantia seja programado já no momento da constituição da garantia, através do recurso ao critério geral da boa fé, a consequência será a invalidade da parte da transferência em excesso; se, pelo contrário, tal excesso for superveniente, estabelece-se a obrigação do credor proceder à restituição do bem imediatamente após o termo do fim em vista do qual a transferência houvesse sido actuada), para além de se impedir o imiscuir do credor na gestão dos bens objecto da garantia. Relativamente aos terceiros, mormente aos demais credores do empenhante, a sua protecção deixa bem mais a desejar, uma vez que, por força da abrangência das garantias existentes (e dos prolongamentos horizontais e verticais que comportam) poucos serão os bens libertos para a satisfação daqueles, para além do facto de os bens objecto de alienações fiduciárias em garantia ou venda com de reserva de propriedade nem sequer se encontram juridicamente na esfera jurídica do constituinte da garantia (e de, em termos fácticos, a sua posse por parte do onerante poder induzir em erro terceiros acerca da sua titularidade). Também Anna Veneziano, *ob. cit.*, pág. 101 e segs., realça a necessidade, sentida pela jurisprudência alemão, de impedir um monopólio sobre o património do devedor por parte de um único financiador conduz a jurisprudência a aplicar neste âmbito princípios gerais como o da boa fé ou os bons costumes quando considere existir um excesso de garantia ou *Übersicherung*).

<sup>2109</sup> No que respeita ao prolongamento vertical, sugere-se que a extensão da garantia aos produtos finais ou aos créditos decorrentes da venda desses produtos seja limitada ao valor do bem originário sobre o qual havia sido constituída a garantia ou até, mais radicalmente, a exclusão deste tipo de prolongamento (quanto à admissibilidade das cessões globais de créditos, vide Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 41, nota 51, relatando mesmo algumas decisões judiciais contraditórias a este respeito). Já no que atine aos alargamentos horizontais, reclama-se a sua radical abolição (vide Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, págs. 102 a 104).

<sup>2110</sup> Neste contexto, sugerem-se, entre outras, o reservar de uma quota do património do devedor para a satisfação dos credores quirografários, considerar radicalmente inválidas todas as garantias constituídas no período suspeito, o alterar da escala de prioridades entre os diversos credores, de modo a não satisfazer sistematicamente os titulares de uma garantia prolongada (Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, págs. 104 e 105). Contudo, a alteração da lei falimentar ocorrida em 1994 (entrada em vigor apenas em 1999 devido a intensos debates que conduziram à apresentação de diversos projectos) não alterou significativamente os direitos dos credores garantidos (à excepção da proibição da *Konzernklausel*), sublinhando Anna Veneziano, *ob. cit.*, pág. 110, que tal circunstância se deveu à forte oposição do sector bancário e de alguma doutrina às propostas que visavam uma atenuação dos direitos dos credores garantidos).

sentido de acautelar os diversos interesses envolvidos, nomeadamente do garantido, do garante e dos demais credores deste, designadamente restringindo o alcance das cláusulas de prolongamento vertical e horizontal da garantia.<sup>2111</sup>

Neste âmbito, assistiu-se à prolação de diversas decisões considerando nulos (por violação dos bons costumes – cfr. § 138 do BGB) os acordos de garantia em que o valor económico da garantia exceda apreciavelmente o montante do crédito garantido,<sup>2112</sup> bem como impondo a inserção no contrato de uma cláusula atribuindo ao

---

<sup>2111</sup> O intuito destas decisões é o de “*impedire il rafforzamento illimitato del finanziatore e la conseguente subordinazione a quest’ultimo degli interessi dei creditori più deboli*”, procurando estabelecer os “*limiti entro cui riconoscere l’estensione delle garanzie specifiche e la tendenza, ad esse sottostante, alla Globalisierung*”. Com base nestas intenções, tem sido declarada a nulidade, por contrariedade ao §138 do BGB (que proíbe os negócios contrários à ordem pública em geral e, em particular, aqueles em que alguém se aproveite da especial vulnerabilidade de outrém), das cláusulas criadoras de garantias que comprometam imediatamente a situação e os interesses do devedor que as tenha subscrito e, por outro lado, daquelas que lesem os direitos dos terceiros credores do devedor, criando uma situação de *Kreditäuschung* (isto é, uma ilusão fraudulenta de terceiros acerca da solvência do devedor). Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 88 e segs., dá como exemplo das primeiras aquelas (chamadas “*Aussagung*”) em que se restringe “*con l’estensione delle garanzie convenzionale in tal modo l’autonomia economico-patrimoniale e la Bewegungsfreiheit [liberdade de acção] del debitore, che l’impresa esercitata da quest’ultimo (...) inevitabilmente viene spinta all’insolvenza e al fallimento, con danno agli altri creditori*”, assim como aquelas (apelidadas de “*stille Geschäftsinhaberschaft*”), as quais originam, em razão da amplitude das garantias, que o empresário devedor continue a aparentar ser o proprietário da empresa, mas “*l’intero profitto dell’impresa va a finire nel patrimonio del finanziatore: questi invece non ne subisce le perdite, né viene in alcun modo coinvolto nella responsabilità per i debiti dell’impresa insolvente*; ao invés, enquadrar-se-ão na segunda categoria mencionada a *Konkursverschleppung* (segundo a qual “*per potersi soddisfare indisturbato sulla base delle garanzie ottenute o sul restante patrimonio, il finanziatore differisce, a svantaggio degli altri creditori, la proposizione di una domanda di fallimento del debitore, richiesta della situazione: e questo, ad esempio, mediante la contemporanea concessione di un finanziamento chiaramente insufficiente per il risanamento dell’impresa*”), a *Kreditbetrug* (com a qual o financiador – isoladamente ou juntamente com o devedor – incita “*i terzi alla concessione di crediti al debitore stesso, cosicché essi vengono fraudolentemente ingannati in merito alla circostanza che il debitore è divenuto Kreditunwürdig [indigno de crédito] a causa dell’estensione delle garanzie già concesse*”, pois, deste modo, “*il finanziatore che a concesso un credito insufficiente per le esigenze presenti o future dell’impresa, e che ha ottenuto – a fronte di tal credito – delle garanzie sproporzionate all’ammontare di quest’ultimo (...) mentre i terzi, nello stesso tempo, vengono indotti a conservargli le linee di credito già concesse o a concederli nuovi finanziamenti*”) e a *Gläubigergefährdung* (isto é, quando “*le garanzie pattuite, in ragione della loro estensione e della loro non trasparenza – circostanze con cui deve fare necessariamente i conti il finanziatore – determinano la nicht fernliegende Gefahr [não transparência dos riscos] che i successivi ed ignari creditori subiscano un pregiudizio, anche nei casi in cui non si dà luogo ad una frode messa in atto nei loro confronti del finanziatore stesso*”), muito embora tal nulidade esteja dependente da prova do dolo eventual do financiador. Finalmente, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 288 e segs., alude ao recurso às normas de defesa do consumidor, mais concretamente a que sanciona a invalidade das cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (com base na qual foram anuladas as cláusulas de prolongamento horizontal de uma garantia – normalmente uma reserva de propriedade - a todo um conjunto de créditos por um grupo de empresas, porquanto “*l’acheteur confère un avantage déraisonnable au créancier, car le transfert de propriété est para la même subordonné à des conditions le plus souvent difficilement réalisables*”), bem como à invocação do princípio dos bons costumes, consagrado no §138 do BGB, quer nas relações entre o credor e o devedor (anulando contratos em que se demonstre que uma das partes não se encontrava verdadeiramente livre de contratar, como sucede quando o devedor onera a quase totalidade do seu património a favor de um único credor, de modo que, no futuro, possa vir a estar comprometido a sua própria actividade comercial ou industrial, por falta de financiamento), quer nas relações para com os demais credores deste último (permitindo-se, com este fundamento, a anulação de garantias de tal forma prolongadas, em termos verticais, que criem nos terceiros a ilusão de existência de bens no património do devedor, bens esse que, afinal, se encontravam previamente onerados).

<sup>2112</sup> Pois, deste modo, se reduz a capacidade futura de obtenção de crédito por parte do devedor. António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 690, relata mesmo que a orientação jurisprudencial vai ainda mais longe, considerando que “*uma situação de sobregarantia se poderá verificar ab initio numa dada relação*

devedor o direito de requerer a devolução das garantias consideradas excessivas (*Freigabeklausel*),<sup>2113</sup> declarando a invalidade das cláusulas que não contenham a indicação do montante máximo garantido (*Deckungsgrenze*)<sup>2114</sup> e, finalmente, estabelecendo critérios de proporcionalidade entre o valor dos bens onerados e dos créditos garantidos.<sup>2115</sup>

O progressivo declínio do reinado do penhor como única garantia mobiliária e do desapossamento como condição do seu surgimento é igualmente visível noutras legislações europeias, como a holandesa (cujo Código Civil de 1992 passou a prever expressamente um penhor sem desapossamento, para além de vedar as transferências fiduciárias em garantia - seja relativos a bens ou a créditos) - até então utilizadas na prática e não proibidas pelo anterior Código)<sup>2116</sup> e norueguesa (que inseriu a reserva de propriedade na disciplina geral de um novo penhor sem desapossamento entretanto criado).<sup>2117</sup>

### 1.2.5 - Estados Unidos da América

Noutras latitudes, a ruptura com os cânones tradicionais é ainda mais notória, através de um alargamento do conceito de garantia de modo a abranger no seu seio

---

*contratual quando, da conclusão do contrato, seja possível concluir com segurança que, mesmo em face de uma valorização incerta, se verificará uma apreciável desproporção entre o valor realizável da garantia e o valor efectivamente garantido”*).

<sup>2113</sup> António Pedro A. Ferreira, ob. cit., págs. 690 e 691, dando mesmo conta de uma decisão do Pleno do BGH, de 27 de Novembro de 1997, na qual se admite o direito de liberação do devedor, em caso de garantias excessivas, mesmo na ausência de cláusula nesse sentido ou ainda que esta seja desadequada.

<sup>2114</sup> Surgindo esta exigência como destinada a concretizar os termos em que o devedor se poderá liberar das garantias eventualmente excessivas e, de acordo com a jurisprudência, tal montante deverá ser expresso numa quantia específica, calculada em função das necessidades de garantia do credor e tendo como parâmetros essenciais o valor do crédito concedido e uma pequena margem para cobertura de juros e despesas - António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 691.

<sup>2115</sup> António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 691, relata que o BGH chega mesmo a quantificar essa relação, estabelecendo que, para a cessão de créditos, o valor do bem onerado poderá ultrapassar em até 50% o montante da obrigação assegurada e, no caso da alienação em garantia, aquele limite é reduzido para 20%.

<sup>2116</sup> Anna Veneziano, ob. cit., pág. 30 e segs., qualifica este penhor sem desapossamento como uma garantia original, dando conta que para a constituição da mesma é forçosa a redacção de um documento notarial e a inscrição num registo existente na administração tributária (todavia, a Autora tece duas críticas a este sistema: por um lado, a garantia criada “*rende difficile consentire la mobilitazione in garanzia del patrimonio circolante dell’impresa, dato che le formalità da espletare per la costituzione del pegno richiedono indicazioni precise sul collaterale e sul credito garantito*”; por outro, não é claro se a proibição das transferências em garantia abrange apenas as alienações ou também a *leasing* ou o *sale and lease back*, sendo certo que à interdição escapa a reserva de propriedade). Por outro lado e tendo por base a interdição das alienações em garantia, a mesma Autora noticia a interdição da reserva de propriedade poder garantir outros bens créditos para além do preço de aquisição do bem alvo da reserva (pois se a verdadeira função da reserva de propriedade é a de garantir uma obrigação, deverão as partes recorrer ao penhor não possessório registado).

<sup>2117</sup> Anna Veneziano, ob. cit., págs. 48 e 49, destaca como, deste modo e nesse caso, adoptando uma perspectiva funcional “*Il patto di riservato dominio è ormai del tutto assimilato ad una garanzia ed è tramutato in un pegno non possessorio in favore del venditore o di altro finanziatore dell’acquisto*”. Outros aspectos do regime desta figura prendem-se com o facto de, para a validade da mesma, ser suficiente (excepto quando se trate de bens de consumo) uma confirmação unilateral imediatamente após a entrega e, por outro lado, a circunstância de o acordo dever especificar os bens e o respectivo preço (por último, esta garantia torna-se ineficaz se, após a entrega, os bens forem transformados de modo a causar uma modificação não irrelevante da sua natureza; para além disso, não é admitida a revenda dos bens sem a autorização do vendedor).

todos aqueles institutos, ainda que não criados para fins garantísticos, desempenhem efectivamente esse papel.

Paradigmático, a este propósito, se mostra o ordenamento norte-americano<sup>2118</sup> (cfr. art.º 9.<sup>o</sup><sup>2119</sup> do Uniform Commercial Code)<sup>2120</sup> adoptando uma perspectiva

---

<sup>2118</sup> Este modelo foi fonte de inspiração para outros ordenamentos, nomeadamente o do Canadá e do Québec, não sem que qualquer um destes apresente especificidades face ao plasmado no art.º 9.º do UCC norte-americano. No que ao regime canadiano diz respeito, as principais originalidades residem no recurso mais acentuado às novas tecnologias (com a criação de um registo em cada província, aos quais é possível aceder de qualquer computador, o que faz deste uma referência nas tentativas de unificação internacional), na facilidade de consulta dos registos (pois, apesar de se admitir a descrição genérica dos bens onerados no acordo de garantia, exige-se a indicação do número de série para a inscrição no registo de alguns bens, sob pena de inoponibilidade da garantia a alguns terceiros) e na qualificação como garantia de todos os *leasings* de duração superior a um ano. Já quanto à legislação do Québec, esta apresenta maiores divergências face ao normativo americano (deste modo preservando a identidade cultural e jurídica desta província), sendo de realçar a criação de uma hipoteca que pode abranger bens móveis ou imóveis e compreender todos os bens que fazem parte do património do devedor (para a validade desta garantia, mesmo *inter partes*, impõe-se a redacção de um documento escrito contendo a suficiente indicação do bem onerado – no caso das universalidades, deve ser mencionada a natureza das mesmas - e, como condição de oponibilidade a terceiros, a inscrição num registo). Contudo, Yannick Pavec, *Le gage au Québec*, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 112 e segs., sublinha que esta legislação distingue entre a hipoteca mobiliária com (para a constituição da qual não se exige qualquer documento escrito ou qualquer publicidade, bastando o desapossamento do devedor) e sem desapossamento (sujeito a forma escrita e a registo, podendo afectar unicamente bens de uma empresa ou de uma pessoa singular que exerça uma actividade comercial), embora contenha aspectos que são de aplicação a ambas as modalidades (como sejam as medidas a adoptar pelo credor em caso de incumprimento por parte do devedor – como a assumpção da administração dos bens onerados por parte do credor, a atribuição em pagamento ou a venda, particular ou judicial - e a possibilidade de constituição de uma hipoteca aberta, à imagem do *floating charge* inglês). Todavia, outros países anglo-saxónicos não aderiram a este modelo, como sucede com a Austrália e a Nova Zelândia - acerca deste assunto, vide Anna Veneziano, ob. cit., págs. 178 a 196 e 306 a 309.

<sup>2119</sup> O primeiro texto oficial, inspirado nas ideias dos seus dois redactores principais (Karl N. Llewellyn e Soia Mentschikoff, o primeiro dos quais um jurista formado de acordo com os quadros do direito europeu continental), do UCC foi redigido entre 1945 e 1952 - embora alvo de diversas alterações - e progressivamente adoptado por todos os Estados norte-americanos, a começar pela Pensilvânia, (Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 127 e 128, acrescentando que os principais desígnios deste diploma foram a modernizar, uniformizar e tornar coerente o sistema norte-americano, negando ter existido uma verdadeira ruptura com o direito anterior). Relativamente à versão originária, a reforma deste preceito operada em 1998 (e entrada em vigor em 2001) trouxe quatro inovações relevantes: a ampliação do âmbito de aplicação (tendo crescido o número de bens que podem servir de garantia e passando a noção desta a abranger mais negócios não considerados de garantia em sentido estrito), um alargamento dos poderes atribuídos ao titular de um *floating lien* (sobretudo no que respeita ao direito sobre o produto da venda do bem originariamente onerado) e adaptação às novas tecnologias (considerando, em conformidade, que uma inscrição não foi correctamente efectuada quando não for detectável de acordo com os critérios de busca definidos pela própria entidade registadora): em suma, narra Anna Veneziano, ob. cit., pág. 174 e segs., “*molte delle nuove disposizioni hanno lo scopo di aumentare ulteriormente le già ampie prerogative dei creditori garantiti*”, assegurando que a tutela dos credores quirografários – reclamada por muitos - é obtida através de outras normas, designadamente de natureza falimentar.

<sup>2120</sup> Antes da entrada em vigor do Uniform Commercial Code, Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 695, assegura que o sistema americano impunha o desapossamento e negava a admissibilidade de garantias flutuantes, enquanto para Anna Veneziano, ob. cit., pág. 129, a disciplina das garantias mobiliárias era “*complessa e piuttosto caotica*”, existindo múltiplas divergências entre as legislações dos diversos Estados. Já Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 296, assegura que o direito americano pré-UCC se caracterizava por uma grande complexidade, uma vez que “*Chaque Etat avait un système différent et chaque système comprenait plusieurs ordres de sûretés. On pouvait créer des sûretés mobilières au moyen de plusieurs contrats, quelques uns issus directement du Common Law et d'autres créés par la loi. Il y avait le gage (pledge), l'hypothèque mobilière (chattel mortgage), l'acte de fiducie (trust deed), l'emprunt fiduciaire sur outillage (equipment trust), la vente conditionnel (conditional sale),*

funcional, privilegiando mais o fito almejado pelas partes do que a estrutura ou designação dos institutos utilizados com fins de garantia, conforme se alcança da noção de “*security interest*”,<sup>2121</sup> que compreende todos os acordos através dos quais as partes pretendam criar um direito sobre um bem pessoal em garantia do pagamento de uma soma de dinheiro ou do cumprimento de outra obrigação (embora com algumas exceções).<sup>2122</sup>

Mas mesmo antes da vigência do art.º 9.º do UCC, a figura do “*trust receipt*” já tornava possível a constituição, a favor do financiador do importador, de uma garantia sobre as mercadorias importadas, mas permitindo que elas permanecessem em poder do importador - por ser este a pessoa mais apta para a sua venda - até ao completo reembolso das somas mutuadas,<sup>2123</sup> embora até ao final do século XIX o penhor fosse ainda considerada a garantia mobiliária por excelência.<sup>2124</sup>

---

*l’emprunt sur dépôt fiduciaire (trust receipt), le factoring. L’usage d’une telle multiplicité de formes pour atteindre un même but provoquait des incohérences et des difficultés administratives”.*

<sup>2121</sup> Neste sentido, Anna Veneziano, ob. cit., págs. 133 e 169, acrescentando que o art.º 9.º do UCC enumera, como exemplos de acordos disciplinados por tal norma os tradicionais instrumentos de garantia. Por seu turno Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 729 e segs., em termos particularmente elucidativos, afirma que esta noção “*abarca todo, devora todo, cubre todo*”, destacando as duas premissas essenciais de que parte esta norma: antes de mais, a eliminação das diferenças formais e a sua substituição por “*el simple concepto de un derecho de garantía sobre bienes muebles, ya sea para uso o ya sea para venta, debían ser reconocidos como disponibles para una garantía*” (relevando as diferenças funcionais apenas para questões de detalhe) e, por outro lado, uma superação do formalismo (uma vez que “*prescinde de las distinciones formales, y se aplica a todas las transacciones cuya finalidad sea crear un derecho de garantía sobre bienes muebles y pertenencias*”) – vide, ainda, deste último Autor in La unificación cit., págs. 78 e 79, concluindo que o sistema americano demonstra “*que se puede construir un sistema de garantías mobiliarias sobre la base de una estructura simple y unitaria, pero para ello no es necesario tanto prescindir de viejas polémicas como llegar a un consenso sobre cuáles son los criterios relevantes fundamentales para establecer una determinada regulación (...) para ello no es necesaria la abolición de los mecanismos de garantía existentes (...) pero aunque se usen, se aplicarán las normas de este artículo*”. Já Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 131 e segs., destaca como a noção de *security interest* permite integrar num único sistema todas as convenções através das quais as partes garantem com um bem móvel um determinado crédito, consentindo ainda alcançar um justo equilíbrio entre os interesses do credor garantido, do devedor, do demais credores deste e dos terceiros adquirentes de boa fé do bem onerado.

<sup>2122</sup> Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 729 e segs., aponta como exceções as garantias legais, sendo os principais beneficiários a generalidade dos credores beneficiários de análoga garantia nos direitos europeus continentais, com especial saliência para o fisco - pois a definição do UCC faz referência a garantia de fonte contratual – as sujeitas a legislação federal, as que incidam sobre material ferroviário, as transmissões de direitos resultantes de uma apólice de seguro ou de uma sentença ou o direito de compensação e as garantias constituídas nos termos da equidade (em termos análogos, Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 133 e 134, acrescentando as operações sobre contas de depósito). Já Anna Veneziano, ob. cit., págs. 133 e 169, exclui do respectivo âmbito de aplicação alguns tipos de bens e determinadas categorias de garantias, como, por exemplo, as que recaiam sobre bens imóveis ou sobre navios e aviões.

<sup>2123</sup> Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 19 e segs., define o *trust receipt* como “*il documento col quale il cliente importatore dichiara di ricevere dalla banca i documenti che gli attribuiscono il diritto di disposizione delle merci, riconosce esplicitamente che la proprietà della merce è dalla banca, e precisa che la consegna viene fatta allo scopo di poter trattare la vendita della merce per conto della banca alla quale si obbliga di versare il netto ricavato a copertura totale o parziale del debito assunto*”. Em termos práticos, o importador deverá entregar ao financiador uma “*letter of trust*” para que, em contrapartida, este último lhe entregue os documentos que conferem o direito de disposição das mercadorias (seja para a sua alienação, seja para a sua transformação). O mesmo Autor informa que, na Europa, efeitos análogos aos do *trust receipt* eram alcançados através de figuras como o “*reçu en commission*” (utilizado, sobretudo, pelos comerciantes de diamantes de Antuérpia, com base no qual o banco, em favor do qual foi constituído um penhor sobre um conjunto de diamantes em bruto – adquiridos precisamente com financiamento dessa mesma instituição - entregava estes últimos ao devedor para que este efectuasse a selecção e os trabalhasse, sendo que a sanção prevista para o comerciante que violasse a confiança nele

Os principais efeitos jurídicos decorrentes do *trust receipt* são o direito do credor exigir do devedor a devolução dos documentos representativos ou das próprias mercadorias (caso estas ainda não tenham sido vendidas) e, no caso de estas terem entretanto sido vendidas, o direito de as reivindicar dos terceiros que tivessem conhecimento do *trust* (bem como de exigir o pagamento das mercadorias, mesmo que o terceiro já tivesse pago ao devedor).<sup>2125</sup>

Retornando ao regime ditado pelo art.º 9.º do UCC, deste ressalta a ausência de uma definição legal de garantias mobiliárias, nem tão pouco de contrato de garantia, a chave para o enquadramento de uma determinada *fattispecie* no seu âmbito de aplicação decorre de uma resposta afirmativa à seguinte questão: “A finalidade desse contrato é de garantia?”<sup>2126</sup>

Todavia, este critério elástico origina dúvidas relativamente a institutos que podem perseguir uma finalidade de garantia, mas nem sempre assumem tal função,<sup>2127</sup>

---

depositada pela banca seria a expulsão da associação respectiva e a proibição de exercer a actividade de comércio de diamantes) e, principalmente, do “*field warehouse*” ou “*magasin de campagne*”, figura através da qual se alcança a custódia por conta de terceiros no domicílio do devedor (com efeito, “*Imprese specializzate impiantano il field warehouse negli stessi locali o magazzini dell’impresa alla quale è concesso il finanziamento, prendendo in consegna e assicurando le merci oggetto della garanzia. Il titolare del field warehouse (...) è autorizzato a emettere warrants che consentono di rendere bancabile e di mobilitare lo stock di materie prime, prodotti semi-finiti o finiti di un’impresa, senza togliere a quest’ultima la disponibilità dello stock medesimo*”. Nesta conformidade, os bancos poderiam conceder créditos garantidos por estes *warrants* - por confiar na idoneidade e solidez financeiras das sociedades que exercem a actividade de *field warehouse* - os quais lhe permitem exigir, em caso de incumprimento do devedor, a entrega dos bens onerados. Por outro lado, a publicidade da garantia assegurava-se através da colocação de painéis nos locais onde as mercadorias se encontravam).

<sup>2124</sup> Quanto a este último aspecto vide Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, págs. 108 e 109, nota 144, assinala mesmo que, até essa data, o penhor era mesmo o único tipo de garantia mobiliária (em obediência ao princípio segundo o qual as garantias sem desapossamento do devedor devam considerar-se fraudulentas para com os outros credores e, por isso, ineficazes face a eles). Porém, o desenvolvimento económico do início do século XX tornou necessário o recurso ao crédito, fazendo emergir “*l’esigenza di nuove forme di garanzia mobiliare che, non prevedendo lo spossessamento del debitore, risultassero idonee alla natura dei beni utilizzati dall’imprenditore*” e o consequente nascimento de garantias mobiliárias cujo objecto permanecia na disponibilidade do devedor e de outras recaindo sobre créditos decorrentes da venda dos objectos produzidos e alienados pelo devedor.

<sup>2125</sup> Giuseppe Trapani, *ob. cit.*, pág. 23 e segs., acrescentando que, em caso de boa fé do terceiro adquirente das mercadorias (traduzida na aquisição na convicção da propriedade do devedor e com desconhecimento da “*letter of trust*”), contra ele nenhum direito poderá exercer o credor. Posteriormente, o legislador americano sentiu necessidade de intervir, subordinando a eficácia *erga omnes* do *trust receipt* à transcrição (*filing*) do contrato (ou melhor, o direito de preferência do credor existe, independentemente de qualquer registo, nos 30 dias posteriores à celebração do contrato, mas decorrido esse prazo, só através do registo - contendo a identificação e residência das partes, a descrição dos documentos ou coisas objecto da garantia, sendo o registo válido por um ano, renovável - se garantiria a oponibilidade do direito do credor).

<sup>2126</sup> Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, pág. 745 e segs., evidencia como, desta forma, o elemento causal assume papel fulcral e, por outro lado, esclarece que a enumeração legal dos negócios com fins de garantia é meramente exemplificativa (para além disso, o Autor destaca como esta noção permite mesmo abarcar no seu âmbito futuras figuras que venham a resultar da autonomia privada no futuro).

<sup>2127</sup> Anna Veneziano, *ob. cit.*, pág. 133, aponta como exemplo o *lease* (em razão da dificuldade em definir critérios de distinção entre o *lease* com funções de garantia e outras formas de *lease*), o *consignment* (acordo através do qual uma parte transfere um bem à outra, a fim de esta o vender por conta do primeiro e lhe restitua o produto da venda ou o bem não vendido: também neste caso, nem sempre este acordo é celebrado tendo em vista garantir o pagamento do preço de determinado bem) e o *assignment of accounts* (ou cessão de créditos não documentados relativos ao pagamento de bens alienados, embora a generalidade dos Autores propenda a incluir esta figura na noção de “*security interest*”). Relativamente ao *lease*, Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 125 e segs., conclui que quando for usado para fins de garantia - ou constituir uma forma de retenção da propriedade para tutelar o crédito do concedente sobre as rendas devidas - deve estar sujeito ao regime do art.º 9.º do UCC.



sendo certo embora que a garantia apenas produzirá efeitos se o credor houvesse fornecido uma qualquer prestação (*value*) – através de um empréstimo, mediante a venda a crédito de um bem - e caso o devedor (*rectius*, o concedente da garantia) disponha de direitos sobre o bem onerado que consentissem tal oneração.<sup>2128</sup>

Este sistema assenta, assim, numa concepção de política legislativa<sup>2129</sup> e de técnica jurídica<sup>2130</sup> radicalmente diversa da que vigora no espectro europeu, com a eventual excepção do modelo alemão.

Igualmente lato é o critério utilizado quanto ao leque de bens a onerar, podendo abarcar bens corpóreos ou incorpóreos, destarte permitindo a oneração de quaisquer móveis,<sup>2131</sup> mostrando-se, assim, apetrechado para permitir a dação em penhor de bens produtivos,<sup>2132</sup> mesmo ainda não existentes no património do empenhante, consentindo ainda a extensão do vínculo aos proveitos (*proceeds*) resultantes da alienação dos bens onerados (*collateral*).<sup>2133</sup>

---

<sup>2128</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 297 e 298, salientando, embora, a possibilidade de atenuação destas regras por vontade das partes, ora prevendo que a garantia terá como objecto bens futuros que venham a ser adquiridos pelo constituinte (v.g., créditos futuros), ora estipulando que a garantia é constituída para assegurar o reembolso de uma quantia que o credor aceita conceder ao devedor no futuro (créditos futuros).

<sup>2129</sup> Rojo Ajuria, *Las garantías* cit., pág. 731 e segs., salienta como o sistema americano “*implica una política jurídica que reconoce en el libre juego de las leyes de mercado la razón de ser de la ruptura de la par condicio creditorum, en aras de una mayor eficiencia económica. Dentro de esta política jurídica es evidente que el ordenamiento ha de possibilitar la constitución de garantías sobre todo tipo de activos del deudor, en cualquier fase del proceso de producción y circulación de bienes*”, por contraponto com o modelo europeu, no qual as brechas na igualdade entre os credores decorrem, ou da criação de privilégios creditórios, ou da consagração de garantias mobiliárias limitadas a certos bens e a determinados contratos (facto este que leva o Autor a qualificar este modelo como “*claro expoente de una economía dirigida y de intervención estatal en el mercado crediticio*”).

<sup>2130</sup> Quanto a este aspecto, Rojo Ajuria, *Las garantías* cit., pág. 735 e segs., destaca como o art.º 9.º do UCC, ao criar uma figura totalmente nova e não reconduzível a nenhuma anterior, procedeu a uma “*destipificación de los derechos de garantía mobiliaria, absorbiendo todos los tipos existentes en la creación de un único y omnicompreensivo contrato y derecho de garantía sobre bienes muebles*” (por outro lado e em razão da natureza dinâmica do tráfico mobiliário, o conteúdo desta garantia não obedece a alguns princípios consagrados nos ordenamentos europeus, conforme de alcança das limitações ao direito de sequela e à possibilidade legal de sub-rogação real do objecto onerado, nomeadamente no que concerne aos produtos que passem por um processo de fabricação – em que a garantia se projecta para o objecto resultante dessa transformação - ou que sejam vendidos, caso em que a garantia pode incidir sobre o produto dessa alienação ou sobre o crédito resultante de uma eventual venda futura).

<sup>2131</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 298 e 299, destaca, entre os bens corpóreos, os bens de consumo, as colheitas, os stocks e os equipamentos industriais ou comerciais e, entre os incorpóreos, os semi-incorpóreos, representados por um título que os torna cedíveis (*warrants*, cheques, títulos à ordem ou ao portador, certificados de depósito, acções ou outras participações sociais e obrigações) e os puramente incorpóreos, não incorporados em qualquer título (tais como créditos, direitos de propriedade intelectual ou industrial e direitos de clientela). Mais ainda, de acordo com o regime legal, bastará um único acto de constituição para onerar, simultaneamente e em garantia de um mesmo crédito, diversos bens (corpóreos e/ou incorpóreos, presentes e/ou futuros), sem que seja necessário qualquer acto de renovação garantia, tendo em conta o efeito sub-rogação que opera *ope legis*.

<sup>2132</sup> Todavia, de acordo com Jean-François Riffard, *ob. cit.*, págs. 126 e 127, a maior parte das disposições do UCC podem ser aplicadas a não comerciantes, nomeadamente no que concerne aos casos em que um particular preste uma garantia a outro.

<sup>2133</sup> Assim, Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno* cit., págs. 157 a 159, acrescentando que tal solução nem sequer põe em causa os interesses de terceiros, uma vez que o sistema assegura a publicidade do vínculo - *notice filing* – permitindo ao empenhante continuar a utilizar os bens onerados na sua actividade. Também Rojo Ajuria, *La unificación* cit., pág. 80, destaca como este prolongamento se verificará, salvo pacto em contrário, relativamente aos *proceeds*, entendidos estes como “*lo que se recibe por venta, permuta, cobro u otra disposición del objeto de la garantía o los proceeds*”, acrescentado ainda que, em regra, a inscrição inicial da garantia cobre automaticamente os *proceeds*, sem necessidade de qualquer formalidade adicional para que este prolongamento se verifique.

Quanto à sua constituição, exige-se a redacção de um documento escrito que constitui o acordo de garantia (*security agreement*, cujo conteúdo não terá que ser exaustivo)<sup>2134</sup> e um outro destinado à posterior inscrição no registo (*financing statement*,<sup>2135</sup> o qual, uma vez inscrito,<sup>2136</sup> produz o chamado *notice filing*<sup>2137</sup>).

---

<sup>2134</sup> Segundo Anna Veneziano, ob. cit., pág. 146 e segs., para a validade da garantia entre as partes bastará um documento escrito contendo uma suficiente descrição do objecto da garantia, mesmo que apenas assinado pelo devedor (em termos coincidentes, Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 775 e segs., afirmando que “*La firma no precisa de ninguna formalidad. La descripción no necesita ser específica o detallada (por tipos, modelos, números de serie, etc.), sino que usualmente sólo son necesarias descripciones amplias, con tal que identifiquen razonablemente lo que describen (todas las mercancías, todos los bienes de equipo...)*”). Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., págs. 153 e 154, definem este documento como aquele do qual se depreende a intenção de criar uma garantia sobre bens móveis, mas ressalvando que a criação desta remonta ao momento em que as partes acordam nessa constituição (“*attachment*”, momento a partir do qual a garantia produz efeitos *inter partes*), enquanto Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 297, esclarece que o grau de determinação do objecto da garantia não é absoluto, porquanto se admite que “*le security agreement peut décrire le bien par une expression aussi générale que “tout le stock” (all my inventory) ou toutes les créances et le matériel*”.

<sup>2135</sup> Segundo Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 155, consiste num “*documento esquelético*”, contendo informação sumária atestando ter sido constituída uma garantia sobre determinados bens, indicando aos consultantes do registo onde procurar informação adicional. Segundo Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 300, este documento deverá ser assinado pelas partes e conter a morada na qual o titular do *security interest* poderá ser contactado por terceiros interessados em obter informações adicionais acerca do objecto da garantia, a morada do devedor, uma identificação geral dos bens onerados (sem que este requisito seja entendido em termos demasiado restritivos, bastando, para a sua observância, uma descrição genérica do bem e, no caso de financiamentos de empresas, sendo apenas necessária a referência a bens ou créditos presentes e/ou futuros, apontando o Autor como critério seguido aquele que considera como suficiente “*toute description permettant à l’homme raisonnable de déterminer l’étendue de la sûreté. Une description comme “tout ce que contient le magasin à une certaine adresse spécifique” suffit*”.

<sup>2136</sup> Refira-se que o registo apenas não produzirá efeitos em caso de ser “*seriously misleading*”, ou seja, em casos limitados, porquanto sempre que o credor registre mal o seu nome ou o interessado tenha efectuado uma procura por um nome errado, a maior parte desses pequenos erros pode ser solucionada pelos mecanismos informáticos, não comprometendo a validade da inscrição (Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 172; em termos semelhantes, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 139, embora sublinhando que a jurisprudência inclui na categoria dos erros passíveis de defraudar terceiros os de ortografia na redacção do nome do devedor, uma vez que este é o elemento chave para as buscas a efectuar por terceiros. O depósito do *financing statement* pode ser efectuado, à escolha das partes, no local onde se encontram os bens onerados ou num registo central, apresentando aquele a vantagem de ser a nível local que são dirigidos os pedidos acerca da solvabilidade das empresas, enquanto o registo central parece preferível para as grandes empresas, que possuem diversos estabelecimentos e/ou sucursais - Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 301).

<sup>2137</sup> De acordo com Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 792 e segs., esta expressão pode ser traduzida para “*inscrição concisa*”, uma vez que do registo apenas constam a assinatura do devedor, o nome e o domicílio das partes no contrato e uma descrição sumária dos objectos onerados (desde que torne possível a identificação das coisas descritas, mesmo que contendo erros menores), não sendo necessária a indicação do montante da dívida, dos juros e do vencimento da obrigação: para obter estas e outras informações adicionais, o credor deverá proceder a uma indagação suplementar de acordo com um procedimento legalmente regulado. Esta forma de registo apresenta a vantagem de consentir a dação em garantia de bens futuros ou de bens presentes em garantia de obrigações futuras (para além dos casos de alteração contínua do objecto empenhado, em que se dispensam constantes alterações do registo), embora tenha o inconveniente de não fornecer informação acerca do estado real do negócio, isto é, se no momento da consulta do registo a dívida se encontra ou não, total ou parcialmente, liquidada (ou seja, “*la inscripción concisa requerida por la ley nunca puede ser más que un punto de partida para investigaciones ulteriores*”). Segundo Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 137, assume especial relevância a indicação do domicílio do credor, pois será esta informação que permitirá aos terceiros obter informações adicionais acerca, por exemplo, do montante exacto do crédito assegurado, embora a lei não imponha ao credor qualquer dever de resposta a tal solicitação.

O registo, de acesso público<sup>2138</sup> e organizado pelo nome do devedor,<sup>2139</sup> funciona como condição de oponibilidade da garantia, quer face a terceiros adquirentes,<sup>2140</sup> quer relativamente aos demais credores do empenhante<sup>2141</sup> (concedendo prioridade face aos direitos posteriormente inscritos sobre o mesmo bem, excepto no que respeita às garantias em contrapartida do financiamento para aquisição de um determinado bem<sup>2142</sup> e a alguns privilégios creditórios).<sup>2143</sup>

---

<sup>2138</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 301, destaca que, dessa abertura, decorre a consequência de “*Tout créancier peut les consulter, pour déterminer si un état de financement a été déposé au nom du débiteur*”, pelo que o conservador deverá, a pedido dos interessados (o qual pode ser formulado por telefone), emitir certidões informando se, na data do pedido, existem ou não garantias inscritas (para além de se permitir a consulta directa dos registos por parte dos interessados).

<sup>2139</sup> Assim permitindo o registo mesmo de bens não identificáveis em concreto, de uma massa de bens em constante mutação que permanecem em poder do devedor ou de que este continue a fazer uso do seu valor económico. Deste modo, dispensa-se a necessidade de indicar as condições de financiamento e a descrição analítica do *quid* onerado (factos estes que as partes poderão não pretender tornar públicos), pelo que o registo não se destina a fornecer a terceiros um quadro preciso do conteúdo de garantia, limitando-se antes alertá-los para a existência de um vínculo prévio sobre os bens onerados, isto é, a finalidade do registo é “*non tanto quella di dare pubblicità alla garanzia in favore dei terzi, quanto piuttosto quella di stabilire con certezza l’ordine di preferenza dei titolari di diritti sui beni del debitore*” (Anna Veneziano, ob. cit., págs. 149 e 150), podendo os terceiros, caso pretendam informações adicionais, dirigir-se ao titular do *security interest*, cujo domicílio terá que constar obrigatoriamente da inscrição da garantia no registo. Por outro lado, a inscrição pode ocorrer antes mesmo da conclusão do acordo de constituição da garantia, caso em que o direito de preferência do credor retroage à data do averbamento no registo (Anna Veneziano, ob. cit., págs. 160 e 161, Rojo Ajuria, *Las garantías* cit., págs. 796 a 798 e Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 301), do mesmo modo que a obrigação assegurada pode já ter sido cumprida sem que o *financing statement* tenha sido anulado (por isso, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 300, conclui que “*Le fait qu’un état de financement a été déposé ne signifie pas nécessairement qu’il existe une sûreté en faveur du créancier qui est désigné*”).

<sup>2140</sup> No que concerne aos terceiros adquirentes, a garantia registada (e, mesmo que não registada, só não prevalecerá se o adquirente obtiver a posse do bem a título oneroso e desconhecendo a existência da garantia) é-lhes plenamente oponível, excepto se existia uma autorização para a venda do bem (caso em que o terceiro adquire o bem livre do ónus) ou se o comprador adquirir determinados bens no curso ordinário da actividade - é o que sucede, segundo Rojo Ajuria, *Las garantías* cit., pág. 780 e segs., com os produtos agrícolas - (sendo que, segundo Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 303, para beneficiar desta regra o terceiro adquirente terá que estar de boa fé, deverá adquirir os bens a um comerciante que venda esse tipo de bens habitualmente, nas condições normais do comércio - isto é, não judicialmente ou a grosso - e sem conhecimento da existência de uma eventual cláusula de inalienabilidade acordada entre as partes no momento da constituição da garantia), ou se trate de bens de consumo (surgindo como contrapartida da circunstância das garantias sobre estes bens serem automaticamente perfeccionadas e, por isso, o comprador de tais bens não ter como descobrir a sua existência - cfr. Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 145 - permitindo-se, deste modo, que o adquirente deste tipo de bens possa revendê-los a outro consumidor livre de qualquer ónus, na condição de este novo adquirente fazer do bem um uso estritamente pessoal e desde que desconhecesse a existência do *security interest* - Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 303). De qualquer modo e quanto ao prazo de duração da inscrição, este é de 5 anos a contar do depósito do *financing statement*, podendo ser renovado (Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 301).

<sup>2141</sup> A regra é a da preferência do credor com garantia registada sobre todas as registadas sucessivamente (*first to file rule*, nos termos da qual o credor que primeiro inscreva a sua garantia prevalecerá mesmo em relação a uma garantia anteriormente constituída mas não registada, mesmo que aquele tivesse conhecimento desta), embora com algumas excepções, a que se fará alusão no texto.

<sup>2142</sup> Nos termos da *purchase money security interest rule*, a garantia concedida em contrapartida de um financiamento para a aquisição de bens - desde que o credor desta a registre nos 10 dias a contar da data em que entra em poder dos ditos bens e, ainda, que se demonstre a existência de uma conexão entre o financiamento e a aquisição do bem - prevalece mesmo sobre outras garantias anteriormente registadas, sendo esta prevalência justificada por Anna Veneziano, ob. cit., pág. 160, com “*la necessità di limitare l’eccessivo potere del titolare di un floating lien*”, por Albina Candian, *Le garanzie* cit., pág. 142 e segs., pois “*migliora la posizione del debitore mentre non incide sfavorevolmente su quella dei creditori precedenti. Infatti il patrimonio netto del debitore rimane invariato se ad esso si aggiunge il valore del*

Apesar de, conforme ficou dito anteriormente, a lei não ser particularmente exigente nas menções que devem constar do *financing statement* e do *security agreement*, mostra-se mais exigente relativamente a este último, precisamente porque ele não será alvo de inscrição no registo, assim compatibilizando o eventual interesse das partes em preservar o sigilo relativamente a alguns aspectos da relação comercial e os interesses de terceiros que impõem a publicitação da garantia.<sup>2144</sup>

Este sistema de perfeição, através do registo, é potencialmente aplicável à generalidade dos bens,<sup>2145</sup> embora não constitua o único mecanismo consagrado para o

---

*bene acquistato e vi si sottrae l'ammontare del prezzo*” ou seja, “*gli altri creditori in tanto trovano tale bene nel patrimonio del loro debitore in quanto qualcuno lo ha finanziato, e perciò è corretto che il finanziatore possa soddisfarsi per primo*” e por Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 304 (salientando a prevalência automática, quando se trate de um bem de consumo, justificando a preferência do vendedor ou financiador da aquisição de bens pelo facto do “*lien qui unit le prix à l'objet: el est équitable d'accorder à celui qui fournit un bien le droit de s'assurer que ce dernier ne va pas incessamment devenir l'appât des autres créanciers*”). Todavia, este tratamento de favor é reservado ao vendedor directo do bem objecto da garantia – pela parte do preço não paga – e a quem tenha financiado a aquisição – desde que o financiamento tenha sido efectivamente usado para a compra -, com exclusão das garantias concedidas para a cobertura de débitos pré-existentes (Albina Candian, *Le garanzie* cit., págs. 140 e 141, acrescentando que, nesta segunda hipótese, se levantam dúvidas quando o financiamento do terceiro exceda o preço de aquisição do bem e, ainda, sempre que a garantia seja destinada a cobrir um valor superior ao crédito). Esta regra consagra, não apenas uma excepção ao critério temporal da prioridade das diversas garantias (embora, quando se trate de bens instrumentais, essa prioridade esteja condicionada ao registo e à notificação dos demais credores com garantias registadas), mas também à própria necessidade de registo das mesmas (mas apenas quando se trate da venda de bens de consumo) – no mesmo sentido, quanto a este último aspecto, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., págs. 172 e 173. Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 142 e 143, destaca como o surgimento desta regra surge como contraponto necessário da admissão das *after-acquired property clauses* e como forma de evitar que o devedor perca toda a capacidade de financiamento. Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 302, realça como justifica esta desnecessidade de registo da garantia alegando que “*le volume du type de créance est si grand, qu'une exigence d'enregistrement imposerait une charge extrêmement lourde aux créanciers*”, assegurando, por outro lado, que o risco de prejuízo para terceiros, em razão do carácter oculto da garantia, é diminuído, uma vez que “*ceux qui ont pour métier d'accorder des crédits savent que les biens de consommation sont souvent l'objet d'un security interest*”.

<sup>2143</sup> Da norma que dispõe a prioridade dos privilégios sobre as garantias imperfeitas no momento da constituição daqueles, Jean-François Riffard, ob. cit., págs. 143 e 144, retira o princípio inverso para o caso de as garantias concorrentes com os privilégios se encontrarem perfeccionadas. Com efeito, este Autor (in *La unificación* cit., pág. 68 e segs.), entende que a regra deverá ser a anteposição das garantias mobiliárias (como fruto da vontade das partes e com origem num contrato de garantia) sobre os privilégios, de origem puramente legal (é esta a solução consagrada no *Federal Tax Lien*, a respeito do concurso entre as garantias reais e os privilégios fiscais), embora reconheça, tendo em conta a natureza ordinária da lei que regula as garantias reais, a possibilidade de legislação posterior vir a alargar desmesuradamente os privilégios e mesmo a fazê-los prevalecer sistematicamente sobre aquelas garantias, facto este que, nalguns países, terá conduzido ao uso da propriedade com fins de garantia (neste contexto, o Autor conclui que “*el desarrollo y la generalización de la garantía mobiliaria sólo puede darse en un marco legal en que ésta no se vea asfixiada por el sistema de privilegios legales (...). En caso contrario, la racionalización del desarrollo de las garantías mobiliarias parece abocada al fracaso, y es previsible la búsqueda por los asesores jurídicos de “nuevas figuras” de garantía que traten de eludir la voracidad de los privilegios legales*”). Analogamente, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., págs. 305 e 306, informa que os titulares de um *security interest* perfeito prevalece sobre os privilégios cuja fonte tenha surgido posteriormente àquela perfeição.

<sup>2144</sup> Aludem a este aspecto Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 162 e segs., dando que, para o *financing statement*, admite-se mesmo “*an indication that the financing statement covers all assets or all personal property*”, uma vez que não se pretende uma descrição exacta do *quid* onerado, mas antes a demonstração da provável existência do direito real de garantia, criando nos terceiros uma dúvida razoável a esse respeito.

<sup>2145</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 300, exceptiona apenas os títulos de crédito e outros documentos cuja entrega seja indispensável à constituição da garantia.

surgimento da garantia, prevendo-se igualmente o desapossamento do bem<sup>2146</sup> e até casos de perfeição automática.<sup>2147</sup>

<sup>2146</sup> Como bem nota Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, pág. 777 e segs., o art.º 9.º do UCC prevê diversas alternativas, além do registo, para tornar a garantia oponível a terceiros, sendo uma delas a posse (embora esta seja inidónea para os créditos e bens imateriais - excepto, nestes último caso, quando existe um registo específico, como sucede com os bens de propriedade intelectual -, bem como para os títulos materiais e o dinheiro (em termos concordantes, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 170 e segs., depois de reforçarem que o desapossamento se afigura inadequado para bens insusceptíveis de tacto, vista e movimento - bem como para os créditos, excepto se incorporados em títulos -, realçando, ainda, como tal desapossamento terá que ser efectivo e não meramente ficto ou através da nomeação de um representante). Segundo Jean-François Riffard, *ob. cit.*, págs. 27, 28 e 51 e segs., a necessidade de desapossamento do devedor empenhante encontrava-se enraizada no direito americano desde os célebres arestos “*Pierce vs Twyne*” e “*Clow vs Woods*”, ambos do início do Século XVII e só a partir de 1824 surgiram as primeiras formas tímidas de garantias mobiliárias sem desapossamento, mais concretamente em razão da criação da figura do “*chattel mortgage*” (que o Autor equipara a uma hipoteca mobiliária, embora reconheça que, nalguns Estados, esta figura comportava a transferência da propriedade dos bens onerados e, assim, aproximar-se-ia mais de uma alienação em garantia), garantia esta sujeita a inscrição num registo organizado com o intuito principal de proteger os terceiros e, posteriormente e em razão de algumas debilidades dessa garantia (nomeadamente quando recaía sobre stocks de mercadorias, caso em que enfrentava a oposição da jurisprudência dominante, em razão dos problemas que suscitava, uma vez que as partes geralmente convencionavam que a garantia poderia incidir também sobre mercadorias futuras, bem como a possibilidade de o devedor poder continuar a dispor dos bens onerados), de institutos como o “*factor’s lien*” (garantia inicialmente acantonada ao sector têxtil, mas posteriormente alargada a outros domínios, cujo funcionamento assentava no hábito dos industriais atribuírem aos “*factors*” – agentes – uma comissão pela venda dos bens, equivalente a uma percentagem do preço destes e, quando tais agentes não estivessem na posse dos bens, esta figura permitia-lhes continuarem a ser titulares de uma garantia sobre os stocks de bens do produtor, pelo que “*la garantie devient une sorte d’hypothèque mobilière*”: posteriormente, esta garantia passou a recair também sobre os créditos de que fosse titular o produtor, nomeadamente através do recurso à figura da cessão de créditos) ou outras garantias específicas para determinados bens (como as vendas sobre consignação para o sector agrícola, o “*trust receipt*” para os bens importados ou a venda com reserva de propriedade: todas estas figuras possuem um traço comum, a utilização do direito de propriedade com fins de garantia, seja através da sua retenção, seja mediante a sua transferência em garantia): com o advento do UCC, o desapossamento assume um papel secundário enquanto mecanismo de oponibilidade da garantia, estando particularmente indicado para situações em que se afigura como a única alternativa viável em razão da impossibilidade de publicidade escrita, como sucede com a moeda fiduciária e os títulos negociáveis, como as acções e as obrigações (segundo Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, págs. 299 e 300, esta modalidade de perfeição da garantia é restrita, em função do objecto, às hipóteses em que o objecto seja constituído por bens corpóreos ou títulos de crédito, sendo inaplicável quando a garantia incida sobre bens incorpóreos, tais como créditos não incorporados em nenhum título).

<sup>2147</sup> De acordo com Jean-François Riffard, *ob. cit.*, págs. 140 e 141, o principal exemplo é a *purchase money security interest in consumer goods* (a que se fará referência mais detalhada no texto), mas existem ainda casos em que ao credor é concedido um prazo para perfeccionar a sua garantia, sendo que, durante esse período, a garantia se considera já oponível (é o que sucede com as garantias que incidam sobre títulos negociáveis ou documentos comerciais ou sobre produtos resultantes dos bens onerados: neste último caso, sempre que o devedor disponha destes bens sem o consentimento do credor, a lei considera que a garantia se transfere para o produto da venda, sendo oponível aos terceiros durante um período de 10 dias durante o qual o credor pode perfeccionar a sua garantia sobre aquele produto). Para além dos casos de perfeição automática da garantia, há ainda mecanismos específicos de constituição de garantias sobre depósitos em contas bancárias (caso em que o simples depósito do dinheiro confere à instituição depositária uma garantia sobre as quantias depositadas – o que se assemelha à perfeição automática -, excepto se o beneficiário da garantia for um terceiro, pois nessa eventualidade terá que haver um acordo trilateral, nos termos do qual o depositário cumprirá as ordens emanadas do terceiro beneficiário da garantia, sem ter em conta a vontade do cliente depositante) e sobre valores mobiliários geridos por outrem (considerando-se constituída a garantia se, em alternativa: o credor se tornar titular da conta; o intermediário aceitar cumprir as instruções do terceiro sem o acordo do titular da conta; ou o intermediário alienar participações) – cfr. Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 173 a 176, que evidenciam como esta forma de perfeição, aplicável aos saldos de contas bancárias e aos valores mobiliários alvo de gestão, se designa “*control*” e prevalece mesmo sobre garantias anteriormente

Relativamente à respectiva execução, nota-se uma preocupação em equiparar as diversas figuras que integram a noção legal de *security interest* (independentemente de implicarem ou não uma transferência da propriedade do bem onerado para o credor),<sup>2148</sup> admitindo-se que o credor se possa satisfazer directamente sobre o bem onerado, sem necessidade de um procedimento judicial, em particular quando se trate de garantias de natureza possessória.<sup>2149</sup>

Por outro lado, encontra acolhimento a figura do “*floating lien*”, que consente igualmente tutelar o financiador sem privar o constituinte do uso dos bens onerados na sua actividade profissional, podendo incidir sobre o capital fixo e/ou o capital circulante, podendo abarcar todas ou apenas alguns dessas categorias de bens e mesmo bens futuros (e sem necessidade de uma descrição exaustiva dos mesmos),<sup>2150</sup> deste modo permitindo que um único credor possa receber em garantia praticamente a totalidade do património do devedor.<sup>2151</sup>

---

registadas sobre os mesmos bens, assim dispensando tais credores da verificação da existência de ónus sobre os bens em questão.

<sup>2148</sup> Coloca em evidência este aspecto Anna Veneziano, ob. cit., pág. 133 e segs., constatando que, em sede de execução, todos os credores dispõem apenas de um direito de preferência – ainda que se trate de um vendedor com reserva de propriedade – encontrando-se todas elas sujeitas a idêntico tratamento em sede falimentar.

<sup>2149</sup> Não obstante, segundo Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 151 e segs., na prática generalizou-se o recurso à venda (seja por ser mais fácil determinar um preço de mercado, seja porque um eventual excesso será devolvido ao devedor), a qual pode ser levada a cabo pelo credor, impondo a lei a obrigatoriedade de a mesma ser efectuada a um preço comercialmente sensato (isto é, o UCC “*proceda nel modo più rapido e meno formale possibile, ma, poi, la sua azione venga assoggettata, a richiesta del debitore, ad uno scrutinio di legittimità da parte delle corti (...) la filosofia del codice può riassumersi nel lasciare che il creditore agisca, ma agisca a proprio rischio*”), alargando-se esta imposição a outras condições da venda (como o método seguido, a lugar o tempo e demais condições e a congruência entre o valor obtido e o valor real do bem), para além de a lei determinar que o credor deverá informar o devedor acerca do desenrolar da alienação e de não poder adquirir o bem onerado, salvo se a venda for pública ou se trate de um bem com um preço de mercado fixado (cfr. Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 149). No caso das garantias não possessórias, a detenção do devedor não é considerada como uma situação merecedora de tutela jurídica, sendo desconsiderada a vontade deste em manter a posse do bem, não constituindo, desse modo, um obstáculo à execução (enquanto para as garantias que incidam sobre créditos, bastará ao credor notificar o devedor cedido para que este pague directamente ao credor pignoratício, devendo este restituir ao seu devedor um eventual excesso – cfr. Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 149). Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 179 e segs., notam que, perante o incumprimento do devedor, ao credor assiste o direito de reaver o bem (caso este tenha permanecido em poder do devedor) de dele dispor (nomeadamente através da sua venda) e de aceitar do bem onerado em pagamento (devendo, para o efeito, intimar previamente o devedor e, em caso de silêncio deste, considera-se consumada a aquisição da propriedade por parte do credor). No que tange ao penhor de créditos, Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, págs. 306 e 307, reconhece que ao credor pignoratício assiste o direito de cobrar directamente do devedor do crédito empenhado a prestação devida (com o dever de devolver ao seu devedor a parcela eventualmente excedente).

<sup>2150</sup> Segundo Anna Veneziano, ob. cit., págs. 159 e 160, a jurisprudência prevalecente considera como suficiente uma simples menção de uma concreta categoria geral (v.g., todo o equipamento, todos os créditos).

<sup>2151</sup> Sobre esta figura, vide Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 21 e segs.. Segundo Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, pág. 787 e segs., este tipo de garantia consente a oneração de bens futuros (através da *after-acquired property clause* mencionada no texto). Todavia, este último Autor coloca em evidência uma limitação importante desta garantia flutuante, decorrente da prioridade absoluta conferida ao “*purchase money security interest*”, ou seja, a garantia atribuída ao crédito de aquisição de bens, prioridade esta que surge como o contraponto da possibilidade de a garantia flutuante abranger a totalidade do património do devedor, destinando-se a consentir que este possa, apesar disso, adquirir novos bens para a continuação da sua actividade produtiva (ou seja, “*Frente al efecto monopolio que puede conllevar la garantía flotante se coloca el principio general de dar prioridad a las inyecciones de nuevo dinero*”, deste modo se dando “*prioridad al dinero nuevo sobre el viejo*”).

Mais concretamente, é consentido às partes estipular uma “*after-acquired property clause*”, através da qual se estende a garantia a bens futuros incluídos na descrição inicial, sem necessidade de redacção de um novo contrato.<sup>2152</sup>

Merece igualmente referência os termos amplos em que a legislação americana admite a sub-rogação real, ao determinar que, salvo cláusula em contrário, a garantia se estende aos *proceeds*<sup>2153</sup> - entendidos estes como o produto da venda ou disposição do objecto onerado ou o produto das indemnizações causadas a esse mesmo objecto (ou até, mais latamente, como “*subrogaciones en general*”)<sup>2154</sup> – ou até aos bens resultado da laboração ou transformação dos originariamente onerados.<sup>2155</sup>

Paralelamente, do ponto de vista do crédito assegurado, são admitidas cláusulas em tudo semelhantes às cláusulas *omnibus – future advance clause* - de modo a alargar a garantia a outros créditos futuros do mesmo financiador e não apenas quando este já se tivesse obrigado a concedê-los.<sup>2156</sup>

---

<sup>2152</sup> De acordo com Anna Veneziano, ob. cit., pág. 158, tal possibilidade é válida para qualquer tipo de bem e também para os créditos, relativamente aos quais não é exigida a remessa periódica de listas contendo a indicação dos surgidos após a constituição da garantia (em termos idênticos, vide Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 135). A tudo isto acresce que o devedor é normalmente autorizado a usar e a dispor livremente dos bens e do produto da respectiva alienação, assim como a cobrar em nome próprio os créditos por si onerados.

<sup>2153</sup> Relativamente aos *proceeds* ou proveitos da venda do bem onerado, a garantia estende-se automaticamente, sempre que estes sejam identificáveis, sendo oponível a terceiros desde a data de inscrição da garantia sobre o bem principal, desde que se trate de dinheiro ou outro tipo de bens descritos no momento da constituição da garantia originária: nos restantes casos, deve ser inscrita nos 10 dias do recebimento dos *proceeds* pelo devedor, mas igualmente com efeito retroactivo.

<sup>2154</sup> A expressão é de Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 785, considerando a sub-rogação como uma compensação pela ausência de direito de sequela com que o *security interest* se debate, nomeadamente ao ceder perante direitos de terceiros adquirentes, de boa fé, dos bens onerados. Para além disso, a lei estabelece o prolongamento da garantia, que recaia sobre determinados bens, mesmo quando estes forem instalados ou fixados noutros, por via de acessão e, noutra ordem de considerações, determina o alargamento da garantia, em caso de transformação ou mistura dos bens, para os bens que resultem dessa transformação ou dessa mistura quando perderem a sua identidade ou se assim for determinado pelas partes no momento da inscrição da garantia originária (caso os produtos transformados ou a mescla resultante da mistura se encontrem sujeitos a mais de uma garantia, “*tienen igual prioridad de acuerdo con el porcentaje que el coste de los bienes originales suponga respecto del coste del producto total o la masa*”). Considera, igualmente, ser este um dos aspectos mais positivos do regime americano, Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 299, especialmente no que toca à extensão da garantia, *ope legis*, aos *proceeds* – isto é, aos produtos da venda do bem, da sua troca ou transformação – porquanto consente que “*La garantie constitué sur une marchandise porte donc de plein droit sur les créances nées de leur vente, puis sur les sommes figurant sur les comptes du débiteur*”.

<sup>2155</sup> Neste caso, a garantia apenas se estende ao produto final quando o bem originário não seja identificável ou, em caso contrário, quando as partes expressamente o tenham convencionado no acordo originário de garantia - Anna Veneziano, ob. cit., pág. 158.

<sup>2156</sup> Anna Veneziano, ob. cit., pág. 159 e segs., relata que nem sequer é imperiosa a menção do montante do financiamento, nem tão pouco de um tecto máximo ou um período de tempo dentro do qual o financiamento deverá ser concedido (tal cláusula deverá constar do acordo de constituição da garantia, mas não necessita de ser inscrita no registo, uma vez que “*la trascrizione di una garanzia a tutela di un credito copre anche eventuali futuri finanziamenti da parte dello stesso creditore, senza necessità di un’esplicita clausula in tal senso nel financing statement*”): ora, conjugando esta cláusula com a *after-acquired property clause*, chega-se a uma “*cross-security clause, secondo cui beni presenti o che verranno acquistati in futuro dal debitore sono oggetto di garanzia per l’adempimento di obbligazioni presenti o che sorgeranno in futuro tra le stesse parti*” (ou, de acordo com Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 135, obtém-se um resultado análogo a uma *floating charge*). Segundo Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 135 e segs., uma vez registada a garantia, basta inserir no primeiro *financing statement* uma cláusula relativa aos créditos futuros, de modo que “*la registrazione assume una rilevanza costitutiva della preferenza e ne determina una volta per sempre il rango, indipendentemente dalle vicende del rapporto obbligatorio sottostante*”. Finalmente Rojo Ajuria, Las garantías cit., pág. 787 e segs., constata a possibilidade de a garantia ser prestada para assegurar obrigações futuras (o que, conjugado com a

Todavia, este sistema também não é imune a críticas.<sup>2157</sup>

### 1.2.6 - Reino Unido

No sistema inglês<sup>2158</sup> a garantia não possessória por excelência<sup>2159</sup> é “*floating charge*”, a qual consente a continuidade da actividade do devedor, recaindo sobre um

---

licitude da oneração de bens futuros, origina as “*cross-security clauses*”, nos termos da qual ficam asseguradas obrigações em qualquer momento em que venham a nascer com bens que podem ser adquiridos também a qualquer momento).

<sup>2157</sup> Para algumas delas, vide Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 169 e segs., manifestando a Autora alguma perplexidade pelo facto de o modelo americano ser olhado, principalmente na Europa, como um modelo exemplar e, na sua pátria de origem, se encontrar exposto a tantas críticas, para além de entender que “*non è vero che il sistema migliore e più promettente coincida con un modello in cui la costituzione di garanzie reali sia la più agevole e ed ampia possibile, poichè simile modo di pensare trascura la ricerca di un qualche equilibrio tra gli interessi dei creditori garantiti e non garantiti*”. Também Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, pág. 790, alude à crítica relativa ao facto de o sistema permitir um fenómeno de sobregarantia, nomeadamente por a garantia flutuante poder absorver todos os bens do devedor. Relativamente ao registo, Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 122 e segs., enumera dois pontos fracos: antes de mais, o seu carácter subjectivo (e, ao basear-se no nome do devedor, faz com que as pesquisas sejam feitas de acordo com este critério, o que é pernicioso tendo em conta que a troca de apelidos é frequente nos Estados Unidos - e, além do mais, o uso social de um nome diverso é comum - e, por outro lado, a mobilidade das pessoas torna difícil a identificação do registo competente) e, sobretudo, a circunstância de o sistema de publicidade das garantias se encontrar previsto para bens para cuja transmissão da propriedade não se encontra sujeita a idêntico formalismo (o que pode originar a existência de direitos ocultos potencialmente conflituantes com uma garantia perfeccionada através de registo: apesar de o UCC ser omissivo quanto à resolução deste conflito, a Autora sustenta que “*il criterio implicito nel sistema è la prevalenza dei property interests sui security interest*”, pelo que “*i titoli di proprietà anteriori alla costituzione della garanzia, ancorché non apparenti, prevalgano sulla garanzia medesima*”, embora reconheça que essa prevalência não pode ser absoluta - sob pena de comprometer o direito de sequela do credor preferente e a própria noção de direito real de garantia - antes impondo que uma garantia constituída e registada é oponível ao adquirente sucessivo do bem onerado, excepto em caso de aquisição a título oneroso por parte de um comerciante no decurso da sua actividade normal, uma vez que “*se l’acquirente finale non fosse protetto nel modo più rigido si desincentiverebbero le vendite il cui ricavato serve esattamente per pagare il credito garantito (...) È questa la ragione per cui l’UCC ha eliminato nel modo più radicale il requisito della buona fede dell’acquirente (...) destinato a generari risultati del tutto contraddittori*”). Também Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, pág. 802 e segs., alude a críticas relativas ao sistema de registo, mais concretamente relacionadas com a escassez de informação prestada, podendo até prestar-se a condutas fraudulentas por parte de devedores menos escrupulosos (facto este que levou até alguns Estados a criminalizar a prestação de falsas declarações por parte dos devedores com o propósito de obter crédito), o mesmo acontecendo com Jean-François Riffard, *ob. cit.*, págs. 138 e 139 (alegando que o UCC permite que cada Estado adopte regras diferentes quanto à determinação do local onde efectuar o registo da garantia, o que origina diversos conflitos quando se estejamos perante negócios inter-estaduais).

<sup>2158</sup> Gabrielli, *Autonomia cit.*, pág. 671 e segs., dá conta do uso, muitas vezes em conjunto com a *floating charge*, do *negative pledge*, cláusula através da qual o devedor se compromete a não conceder a terceiros outras garantias para além das já prestadas.

<sup>2159</sup> Mesmo antes do reconhecimento da *floating charge*, o Bill of Sale Act (de 1854, posteriormente substituído) criou um sistema de transcrição que tornava possível a constituição de garantias mobiliárias não possessórias, possibilidade essa facilitada pela criação do registo das empresas no início do Século XX. Todavia, o actual sistema inglês de garantias mobiliárias é objecto de reparos por parte da Autora (qualificando de “*oscuro e imprevedibile*”), por serem diversos os registos onde devem ser inscritas as diversas garantias sobre os bens empresariais, ao que acresce que a própria organização dos mesmos obsta à eficácia plena das garantias, para além do problemático diálogo entre a lei e os tribunais) - sobre esta matéria, vide Anna Veneziano, *ob. cit.*, págs. 34 e 87 a 88 (dando ainda conta da possibilidade de alargamento da reserva de propriedade para garantir créditos diversos do preço de aquisição do bem objecto da reserva, ou seja, algo semelhante às cláusulas *omnibus*), Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 274 e segs. (aludindo à circunstância deste sistema permitir já a oneração de bens futuros, ainda não adquiridos pelo devedor, assim como a bens que viessem substituir os inicialmente empenhados - como



complexo de bens unitariamente considerado e cujos efeitos se protelam no tempo,<sup>2160</sup> a qual, porém, apenas pode ser concedida por sociedades.<sup>2161</sup>

Com efeito, o devedor concede em garantia ao seu credor o próprio estabelecimento comercial ou o conjunto dos activos que o compõem,<sup>2162</sup> mantendo no entanto a posse dos bens empenhados e a possibilidade de deles dispor no decurso da sua actividade<sup>2163</sup> (neste último caso apenas até ao momento em que se verifique a

---

se de uma garantia rotativa se tratasse – embora fosse duvidoso se o devedor podia utilizar livremente o produto da venda dos bens onerados: foi para dar resposta a esta dúvida que terá surgido a *floating charge*) e Ferrara, ob. cit., pág. 343 e segs. (qualificando-o, originariamente, como uma alienação fiduciária sob condição resolutiva com a posse a permanecer no devedor, mas admitindo que a evolução o aproximou da hipoteca, nomeadamente por se admitir a constituição de diversas garantias desta índole sobre os mesmos bens).

<sup>2160</sup> De acordo com Melissa Magnano, ob. cit., pág. 577 e Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 695 e segs, três são os traços definidores da *floating charge*: uma garantia sobre um conjunto de bens, presentes e futuros, de uma sociedade (uma vez que o empenhante não pode ser uma pessoa singular); esse conjunto de bens pode sofrer modificações no decurso da normal actividade da empresa; e a sociedade empenhante pode prosseguir a sua actividade utilizando os bens dados em garantia. O segundo dos Autores citados declara que o primeiro passo para o reconhecimento deste tipo de garantia remonta ao caso *Holroyd vs. Marshall* (no qual foi considerada válida e eficaz uma hipoteca constituída sobre as máquinas de um moinho, as quais continuaram em poder do devedor e havendo uma autorização para a sua substituição no futuro, com a consequente transferência da garantias para as novas aquisições: em suma, aceitando a transferência automática da garantias para os novos bens entretanto adquiridos), embora Andrea Danese e Enrico Gabrielli, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *BBTC* n.º 58 (1995), I, págs. 634 e segs., advertam que este foi apenas o primeiro passo num longo caminho até ao reconhecimento pleno da *floating charge*, para o qual contribuíram outras decisões judiciais (culminando no reconhecimento pleno no caso *Re Yorkshire Woolcombers Association*, de 1913, no qual se descreveram detalhadamente os contornos da garantia flutuante) e algumas intervenções legislativas (designadamente o *Companies Clauses Consolidation Act* de 1845 e o *Joint Stock Companies Act* de 1844). Em termos análogos, Veiga Copo, *Prenda omnibus* cit., pág. 62 e segs., aponta como traços característicos da figura o seu carácter não possessório (sendo a publicidade assegurada através do registo, consentindo assim a utilização dos bens por parte do devedor, evitando a paralisação da sua actividade comercial: do mesmo passo, permite ao credor “*agredir eventualmente, en caso de cristalización, también los otros ulteriores bienes que, sucesivamente al momento de la constitución, hubiesen entrado a formar a parte en un momento dado en el undertaking del deudor*”), de natureza presente (surgindo no momento da sua constituição e não apenas na data da cristalização) e dotada de grande flexibilidade (não é, todavia, necessária qualquer forma sacramental, não sendo sequer vinculante a definição utilizada pelas partes - assim, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 59, precisando ser indispensável o reconhecimento da liberdade de disposição, no exercício da sua actividade, dos bens onerados por parte do constituinte, com a correspondente abstenção do credor, até à verificação de determinados acontecimentos).

<sup>2161</sup> Realça este último aspecto Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 698.

<sup>2162</sup> Embora a *floating charge* possa abarcar bens móveis e imóveis, na prática abrangem apenas bens móveis e, mesmo quanto a estes, não é forçoso que integrem todos os que compõem o estabelecimento, podendo existir garantias apenas sobre determinadas categorias de bens (neste sentido, Gian Bruno Bruni, ob. cit., págs. 698 e 699).

<sup>2163</sup> Como esclarecem Danese e Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 644 e segs., a este poder de disposição do devedor contrapõe-se o dever de abstenção da parte do credor, pelo menos até à verificação de determinadas condições indiciadoras da diminuição da consistência da garantia. Todavia, mesmo antes disso, o poder de disposição do devedor não é ilimitado, circunscrevendo-se ao âmbito do “*ordinary course of business*” (não encaixam neste critério os actos de disposição praticados após a cessação da actividade da empresa ou, mesmo antes disso, a alienação de todos os bens integrados no estabelecimento). A consequência da prática de um acto que extravase o poder de disposição do credor, traduzida num incumprimento contratual, depende da existência ou não de direitos de terceiro adquiridos sobre o bem em causa: neste segundo caso, o credor pode fazer uso do seu poder de interdição; na primeira hipótese, o credor poderá nomear um *receiver* (nomeação essa que não afecta o acto de disposição entretanto efectuado, surgindo como um acto de natureza preventiva, destinado a evitar futuras alienações), podendo opor o seu direito ao terceiro adquirente apenas se entretanto se houver verificado a cristalização e o terceiro esteja de má fé, traduzida no desconhecimento da cristalização (embora esta

cristalização,<sup>2164</sup> a qual não será automática,<sup>2165</sup> excepto se tal houver sido convencionado pelas partes aquando da constituição da garantia).

Em termos mais precisos, a garantia não agride imediatamente um determinado bem, antes flutuando como uma nuvem sobre uma categoria de bens pré-determinada presente ou que venha a ingressar no património do devedor, até ao momento em que a garantia se torne fixa, cristalizando-se<sup>2166</sup> sobre os bens que, nesse momento, existam no património do devedor, na medida correspondente à quantia mutuada.<sup>2167</sup>

---

solução coloque dúvidas a propósito da cristalização automática, da qual os terceiros muito raramente conseguem tomar conhecimento) – para mais desenvolvimentos, vide Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 646 e segs. e Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 60 e segs..

<sup>2164</sup> Em termos semelhantes, Gabrielli, *Garanzie rotative cit.*, pág. 6 e também in *Autonomia cit.*, pág. 664 e segs.. A cristalização produz, ainda, o efeito de tornar ineficazes os actos de disposição dos bens objecto da garantia praticados posteriormente (com duas excepções: a garantia não é oponível ao adquirente de mercadorias compreendidas na *floating charge* após a cristalização desta, desde que as partes no negócio de alienação desconhecessem a existência da garantia flutuante; e também ao proprietário do imóvel na qual se situa a empresa devedora que tenha obtido um sequestro cautelar das mercadorias do devedor para garantir o pagamento de rendas em atraso), implicando igualmente a inibição de o devedor continuar a dirigir o seu estabelecimento. Uma vez retirados os poderes de gestão ao devedor, será designado um *receiver* (liquidatário) por parte do credor - ou, mais raramente, pelo tribunal – ao qual compete (agindo em nome do devedor, mas no interesse do credor) tomar posse do estabelecimento a fim de proceder à respectiva liquidação (embora goze de vastos poderes, como não renovar ou rescindir contratos ou alienar bens do devedor), cessando as suas funções com a declaração de insolvência (cfr. Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 701 e segs., para quem a cristalização pode definir-se como um acto de auto-tutela convencional - pressupondo o prévio consenso do devedor - com função predominantemente executiva). Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 70 e segs., realça as dúvidas acerca dos efeitos da nomeação do “*receiver*”, contrapondo-se duas teses: uma que entende ser ainda necessário, para se produzir a cristalização, a entrada deste na posse dos bens; outra, ao invés, admitindo que a cristalização se dê mesmo que a nomeação do administrador não tenha sequer sido notificada à outra parte. Já Justin Westhead, *Le gage en Angleterre*, in n.º special da *Rev. Jur. Comm.*, ano 38 (1994), n.º 11, págs. 110 e 111, ressalva que o tribunal pode controlar estas actividades do *receiver* e, em caso de infracção, condená-lo no pagamento de uma indemnização pelos danos causados ao devedor.

<sup>2165</sup> Para provocar os efeitos decorrentes da cristalização - nomeadamente a destituição do devedor da posição de gestor - não basta a verificação de nenhum destes factos, é necessário “*il positivo esercizio da parte del creditore del potere di determinare tal cristallizzazione, a meno che le parti abbiano diversamente pattuito*”, designadamente através das chamadas cláusulas de acelaração que consagram, aquando da verificação de certos indícios de debilidade financeira do devedor, a cristalização automática (cfr. Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 701 e segs.). A possibilidade de cristalização automática, desde que expressamente consagrada no acordo de garantia, é reconhecida também por Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 65 (embora ressalvando o prejuízo que ditas cláusulas contratuais podem implicar para os demais credores, que delas não terão conhecimento). Todavia, a cristalização não comporta a necessidade de um novo registo, “*poiché non si tratta della creazione di una nuova garanzia. In sostanza la floating charge cessa di fluire e si consolida su una serie di beni specifici*” (cfr. Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 648). Como exemplos de cristalização convencionalmente previstas, Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 647 e segs. (embora ressalvem a compatibilização das cláusulas de cristalização automática com os direitos de terceiros que, legitimamente, possam ignorar tal efeito no momento da aquisição dos respectivos direitos) e Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 65, enumeram a cristalização “*by notice*” – nos termos da qual compete ao credor comunicar ao devedor tal efeito, no seguimento da verificação de determinados acontecimentos contratualmente previstos ou até com total discricionariedade - e a cristalização automática, que se produz sem necessidade de qualquer comportamento do credor, verificados que sejam algumas condições constantes do contrato, como por exemplo a concessão de garantias a outro credor, a pendência de uma execução contra o devedor, o incumprimento de um contrato celebrado pelo devedor com um terceiro ou a existência de irregularidades no balanço social do devedor). Finalmente, admite-se o fenómeno da “*descristalização*”, com a consequência de a garantia voltar a flutuar sobre o património do constituinte, excepto quando já tenha ocorrido a nomeação de um *receiver* ou se tenha aberto um procedimento de liquidação – assim, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 72 e segs..

<sup>2166</sup> A cristalização consente, após a sua invocação pelo credor (nos termos indicados nas notas anteriores), a possibilidade de este retirar, com preferência sobre os credores sucessivos e sem

Apesar de não haver qualquer relação de inerência relativamente aos bens abarcados pela garantia, uma vez que a especificação do seu objecto apenas ocorre no momento da cristalização, esta garantia produz outros efeitos imediatos após a sua constituição,<sup>2168</sup> muito embora alguns reconheçam neste estado de pendência da garantia um dos seus calcanhares de Aquiles, porquanto os actos de disposição praticados pelo constituinte no decurso do normal exercício da sua actividade profissional – entre os quais se pode contar a concessão de *fixed charges* sobre bens presentes ou futuros – podem ser opostos ao credor da *floating charge*, desde que praticados antes da cristalização.<sup>2169</sup>

---

necessidade de intervenção judicial, os bens sobre os quais a garantia se consolidou (para mais desenvolvimentos, Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 702 e segs.). Existem, em tese, três motivos de cristalização da garantia: a cessação da actividade comercial (onde se incluem a liquidação, voluntária ou judicial, da empresa e cessação da actividade propriamente dita), a intervenção do credor que prive o devedor do controlo do estabelecimento onerado (intervenção essa que deve ser autorizada pelo contrato e destinada a alcançar a transformação de uma *floating* numa *fixed charge*, privando o devedor do controlo sobre os bens onerados. Este efeito pode ser atingido através da aquisição, por parte do credor, da posse de um dos bens que compõem a *floating charge*, ou através de uma ordem judicial forçando o devedor a entregar o bem ao credor ou, finalmente, através da nomeação de um *receiver* nos termos anteriormente expostos) e outras situações previstas no acordo de garantia (normalmente casos de cristalização automática).

<sup>2167</sup> Em termos aproximados, Melissa Magnano, ob. cit., pág. 578, Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 692 e segs. e Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 62 (distinguindo entre uma primeira fase em que a garantia se encontra adormecida – consentindo, por parte do devedor, a alienação e a oneração dos bens que integram o património social, permanecendo a garantia “*durmiente hasta que la empresa gravada deja de ser un negocio en marcha, o bien si es intervenida por el acreedor en caso de falta de pago de los intereses, falta de reembolso en el plazo convenido o por pérdidas en el capital de la sociedad deudora*” - e uma segunda em que a garantia se cristaliza, funcionando de modo análogo às garantias reais tradicionais). Como refere Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 106 a 108, notas 141 a 143, o efeito da garantia apenas se produz no momento em que, por força do disposto na lei ou no contrato, a garantia se cristaliza sobre os bens existentes, nesse momento, no património do devedor. Embora a garantia não produza, no momento em que se constitui, um efeito imediato, a circunstância de tal efeito apenas se verificar no momento da cristalização não prejudicará de modo significativo os interesses do credor, uma vez que o direito real de garantia possui eficácia retroactiva, desde a data da constituição (daí que se possa afirmar que esta “*è una garanzia efficace dal suo sorgere (“present security”) che immediatamente grava su tutti i beni della società indicati nell’atto costitutivo*”, embora com um carácter flutuante uma vez que “*incide su ogni bene compreso nella garanzia, senza cadere su un bene particolare fino a quando certi eventi o atti del debitore non ne provochino la cristallizzazione*”). O mesmo Autor, in Sulle garanzie rotative cit., pág. 50 e segs., conclui, não obstante, tratar-se de uma garantia presente e não futura (embora advirta que pode incluir, no seu objecto, também bens futuros).

<sup>2168</sup> Que assim é comprova-se pelo facto de o credor não necessitar de qualquer posterior acto para que a garantia produza efeitos; pela atribuição do direito de sequela contra os adquirentes de bens da sociedade devedora alienados fora da normal actividade desta; pela possibilidade de, em caso de execução movida por outro credor, o titular da *floating charge* poder opor a sua causa de preferência se a cristalização da *floating charge* se produzir antes da execução; e pela possibilidade de, mesmo antes da cristalização, dirigir-se aos tribunais requerendo a nomeação de um *receiver*, sempre que haja fundado receio de deterioração do objecto da garantia, assim como pela faculdade de impor limites à disposição dos bens abrangidos pela *floating charge* (sobre este assunto, vide Gian Bruno Bruni, ob. cit., pág. 697). Em termos idênticos, Danese e Gabrielli, Il pegno cit., pág. 656 e segs., salientam que a *floating charge*, antes da cristalização, não pode ser oposta a um terceiro adquirente de um bem nela integrado, desde que a alienação tenha tido lugar no decurso da normal actividade do devedor, podendo fazê-lo quando a venda não tenha ocorrido nestes termos e quando o devedor estivesse contratualmente impedido de dispor do bem alienado - desde que, neste último caso, o terceiro conhecesse essa proibição (em caso de execução promovida por outro credor, o direito deste prevalecerá sobre o do detentor da *floating charge* apenas se o processo executivo se completar ou o pagamento voluntário ocorrer antes da cristalização).

<sup>2169</sup> Chama a atenção para esta restrição Anna Veneziano, ob. cit., págs. 98 e 99, avançando que, por isso, os credores normalmente se procuram precaver obtendo *fixed charges* sobre a generalidade dos bens da empresa devedora e uma *floating charge* sobre os restantes.

Por outro lado, este tipo de garantia consente a oneração de bens futuros, assim como o prolongamento da garantia, nomeadamente de modo a abranger os créditos decorrentes da venda dos bens integrados no património social onerado.<sup>2170</sup>

Embora a constituição da garantia não se encontre sujeita a forma escrita, para efeitos de registo – o qual é condição de oponibilidade<sup>2171</sup> - é imperiosa a apresentação de um documento escrito relativo à constituição da mesma,<sup>2172</sup> podendo a mesma ser ineficaz caso a concedente venha a ser declarada falida no prazo de 1 ano a contar da data da outorga da garantia.<sup>2173</sup>

Relativamente à graduação no concurso de credores, esta garantia cede perante as *fixed charges*, independentemente de ter sido constituída antes ou depois destas, excepto se do acto constitutivo da garantia flutuante decorrer a proibição de concessão posterior de novas garantias<sup>2174</sup> ou se o direito de terceiro tiver sido constituído em

---

<sup>2170</sup> Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 68, embora alertando para o inconveniente de, deste modo, se preterirem os direitos de outros credores sem os quais a aquisição dos bens futuros não teria sido possível.

<sup>2171</sup> Segundo Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, págs. 699 e 700, a ordem de preferência entre as várias *floating charges* é determinada pela data do título e não do registo, o qual tem que ser efectuado no prazo de 21 dias a contar da data da estipulação (no mesmo sentido, Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 280). Na falta de registo, a garantia é eficaz *inter partes* (embora alguma doutrina sugira que, ainda não registada, não será oponível aos demais credores preferentes, mas sê-lo-á aos credores quirografários), o que significa que uma vez decorrido aquele prazo de 21 dias a soma mutuada torna-se imediatamente exigível.

<sup>2172</sup> De acordo com Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 699, esse documento escrito deve demonstrar a vontade de criar uma garantia sobre bens presentes e futuros, bem como de autorizar o devedor a continuar a dispor do objecto da garantia no decurso da sua actividade comercial (embora não seja obrigatória, é comum serem estabelecidas um conjunto de obrigações acessórias a cargo do devedor, como manter um stock de valor equivalente a 125% da quantia mutuada, guardar os bens em locais conhecidos do credor, permitir a inspecção por parte deste, fornecer informações – designadamente contabilísticas - ao credor ou segurar o objecto da garantia), assegurando Andrea Danese e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 644, ser ainda necessária a declaração de abstenção do credor do exercício dos seus direitos contratuais até à verificação da cristalização.

<sup>2173</sup> Contudo, Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 706, adverte que, apesar de tal ineficácia, o pagamento efectuado pela sociedade devedora antes da declaração de falência não pode ser anulado pelo curador falimentar.

<sup>2174</sup> Neste sentido, Emanuele Ferrari, *ob. cit.*, pág. 1358, acrescentando ser frequente a cláusula de *negative pledge*, através da qual se pretende, precisamente, evitar a concessão futura de novas garantias, cláusula esta que deve ser obrigatoriamente inscrita no registo (concluindo, assim, que a *floating charge* é tratada, em sede de concurso de credores, como uma garantia real). Já para Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 704 e segs., a prevalência das garantias fixas sobre as flutuantes – justificada pela circunstância de a constituição da *floating charge* consentir a manutenção da actividade da empresa devedora e, conseqüentemente, a possibilidade de alienação e oneração dos bens que a integram - encontra uma excepção quando na constituição das primeiras se mencione expressamente que os bens em questão já se encontram incluídas numa *floating charge*. O conflito entre duas (ou mais) *floating charges* é muito raro, pois a regra é que o devedor não poderá constituir uma posterior garantia flutuante sobre bens que já integrem outra garantia semelhante (assim, Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 657 e Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 697 - rematando este último que, em regra, o devedor pode constituir outras garantias fixas sobre os bens integrados na *floating charge*, mas não de outras *floating charges*). Quanto aos direitos de terceiro adquiridos em momento anterior à cristalização (por exemplo, a propriedade de alguns bens onerados), prevalecerão (uma vez que a garantia ainda não se fixou em determinados bens), excepto se a alienação tiver ocorrido fora do “*ordinary course of business*”, no qual se incluem a disposição dos bens por parte do devedor em compensação de outro crédito existente para com um terceiro (neste sentido, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, págs. 77 e 78). Em termos aproximados Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, págs. 66 e 67, destaca como, antes da cristalização, o concurso entre o credor da *floating charge* e terceiros titulares de direitos reais sobre bens que integram o estabelecimento onerado com a garantia flutuante, deve ser resolvido em favor daqueles terceiros, excepto se, existindo cláusulas restritivas à liberdade de disposição por parte do devedor, o acto dispositivo ou de oneração em questão violasse tais cláusulas (o mesmo sucederá se, ainda que não existam tais pactos, o acto de disposição

momento posterior à cristalização, pese embora a admissibilidade de acordos de alteração da graduação.<sup>2175</sup>

Pelo contrário, a *floating charge* prevalecerá, em regra, sobre as garantias constituídas em momento posterior ao da cristalização.<sup>2176</sup>

Pese embora algumas dúvidas relativamente à sua distinção face às *fixed charges*<sup>2177</sup>, à configuração da figura,<sup>2178</sup> e de algumas vulnerabilidades,<sup>2179</sup> as *floating*

---

exceder o “*ordinary course of business*”), bem como quando o direito do terceiro seja uma nova *floating charge*.

<sup>2175</sup> Embora estes acordos possam originar problemas de difícil resolução. Partindo da normal hierarquia (primeiro as *fixed charges*, depois os créditos privilegiados e depois as *floating charges*), um acordo que determine a prevalência de uma *floating* sobre uma *fixed charge* parece implicar que os créditos privilegiados prevaleçam sobre a *floating charge* e sobre as *fixed charge*: todavia, a solução avançada pela doutrina e jurisprudência dominantes aponta para que “*il creditore garantito dalla garanzia flutuante si surrogherà al creditore con fixed charge, in ordine ai suoi diritti rispetto ai creditori privilegiati, e sarà soddisfatto per il suo credito solo dopo questi ultimi. In tal modo l’ordine delle garanzie non verrà intaccato dall’accordo di subordinazione*”, ou seja, “*la subordinación de una garantía real sobre un bien concreto – fixed charge -, que prevalece sobre los privilegios, a una garantía universal postergada legalmente a los privilegios*”, passando a solução da jurisprudência dominante por “*haber efectiva la prioridad de la floating charge sobre los créditos privilegiados sólo por la cantidad correspondiente a la fixed charge*” – cfr. Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 659.

<sup>2176</sup> De acordo com Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 79, Danese e Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 658 e segs. e Emanuele Ferrari, *ob. cit.*, pág. 1359, as principais exceções a esta regra dizem respeito, por um lado, à graduação de créditos propriamente dita (mais concretamente à prevalência dos créditos privilegiados, como os fiscais, previdenciais, pensões e outros) e, por outro, à prevalência dos terceiros cujos direitos surjam sem que o seu titular tivesse conhecimento da cristalização (uma vez que, como salienta o primeiro Autor citado, “*non essendo venuto a conoscenza della cristallizzazione il terzo fa affidamento sulla apparenza che il debitore possa liberamente disporre dei beni*”), embora acrescentando que esta regra não se aplica aos credores quirografários). Segundo Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 68, esta prevalência do titular da *floating charge* manifesta-se mesmo quando o devedor tivesse disposto dos seus bens em compensação de outro crédito que detinha para com um terceiro, mas cederia perante um terceiro de boa fé (traduzida na crença fundamentada da liberdade de disposição dos seus bens por parte do devedor) e desconhecedor da cristalização, excepto se o terceiro for um mero credor quirografário.

<sup>2177</sup> No que a esta questão diz respeito, a diferença reside no grau de liberdade concedido ao devedor, considerando Andrea Danese e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 641 e segs., que “*La fixed charge perde le sue caratteristiche peculiari nel momento in cui il debitore dispone dei beni, assecondato da un comportamento acquiescente del creditore*” (em termos latos, a garantia flutuante pressupõe sempre um determinado poder de disposição do objecto da garantia por parte do devedor), embora realçando que a definição fornecida pelas partes não é vinculante, pois “*se il debitore è stato lasciato libero di disporre dei beni dati in garanzia, l’istituto utilizzato sarà quello della floating charge, indipendentemente dalla definizione dalle parti*” (em termos análogos, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 54 e segs., acrescentando que esse controlo pode variar consoante se trate de bens materiais – traduzindo-se no depósito num armazém do credor ou de terceiro ou, em alternativa, deixando-os nas mãos do devedor mas separados do resto das mercadorias a ele pertencentes - ou representados por um documento – caso em que bastará a entrega deste - , rematando que, para se poder continuar a qualificar a garantia como *floating*, é forçoso que, quando o constituinte seja livre de dispor dos bens onerados, a soma pecuniária obtida como uma eventual venda deverá ser separada do restante dinheiro do constituinte).

<sup>2178</sup> Segundo Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, págs. 56 e 57, à configuração largamente dominante (de acordo com a qual a *floating charge* não onera, de modo específico, nenhum bem do devedor até à verificação da cristalização), contrapõe-se outra que considera estarmos perante uma combinação entre uma hipoteca e a concessão de uma licença implícita para o constituinte dispor dos bens onerados, isto é, interpretando o direito de disposição dos bens onerados como uma licença tácita concedida pelo credor (contudo, o Autor, na senda da jurisprudência prevalecente, descarta esta segunda alternativa, tendo em conta as dificuldades que a mesma gera, ao definir a garantia em termos demasiadamente ligados ao direito do constituinte relativamente aos bens onerados, introduzindo uma complexidade desnecessária para explicar um instituto cujo funcionamento se afigura bastante escorreito). Analogamente, Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 63, relata serem duas as teorias que procuram explicar a natureza jurídica desta garantia e o poder de disposição e oneração que a mesma confere ao devedor: uma primeira, apelidada de “*licence theory*”, explica aquele poder “*sobre la base que el acreedor le ha autorizado a*

*charges* conheceram um desenvolvimento assinalável, sendo os seus méritos inquestionáveis.<sup>2180</sup>

### 1.2.7 - direitos

Mesmo em países geograficamente mais distantes, foram-se sucedendo, desde meados do Século passado, as tentativas de ultrapassar os inconvenientes do desapossamento do empenhante, seja admitindo que as partes acordem deixar o bem em poder do seu proprietário, seja criando regras especiais para a colocação em penhor de bens que se encontrem em circulação no giro comercial ou em processo de laboração<sup>2181</sup>

---

*hacerlo, un acreedor que tiene una suerte de proprietary interest antes de la cristalización, aunque no un specific interest en el patrimonio*"; uma outra, a "*mortgage of future assets theory*", justifica a faculdade de disposição que o devedor conserva alegando que "*la garantía no grava en modo específico unos bienes determinados de la sociedad, sino que, hasta el momento de la cristalización, el acreedor simplemente tiene un derecho personal o quizás una mera equity a tener una fixed charge sobre el patrimonio cuando el gravamen se cristalice*".

<sup>2179</sup> A principal das quais reside na menor protecção conferida ao credor, em razão da possibilidade de o devedor poder dispor (ou onerar, com preferência sobre o credor da *floating charge*) dos bens integrados no património da sociedade até ao momento da cristalização, sendo os direitos adquiridos por estes terceiros oponíveis ao credor munido da *floating charge* (para além de os terceiros credores do devedor o poderem igualmente executar tais bens) – cfr. Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 64 (o Autor sustenta que, para obstar a estes inconvenientes, o credor por vezes impõe a inclusão no contrato de garantia de cláusulas restritivas ao poder de disposição – ou de oneração, pelo menos as com grau preferente - do devedor ou de cláusulas de *negative pledge*). A principal desvantagem para o devedor decorre do monopólio de crédito a que esta figura pode conduzir, uma vez que a partir do momento em que o credor obtém uma garantia desta índole, o devedor tem, por força das condições impostas, escassas hipóteses de se dirigir a outro financiador (destaca este aspecto Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 708).

<sup>2180</sup> Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, págs. 106 a 108, notas 141 a 143. No que especificamente respeita à ausência de desapossamento, esta garantia "*non essendo possessoria, consente al debitore di continuare ad utilizzare liberamente le merci – o in ogni caso l'oggetto della garanzia – evitando in tal modo di paralizzare l'attività dell'imprenditore e al creditore di poter eventualmente aggredire, in caso di crystallisation, anche gli altri ed ulteriori beni che, successivamente al momento di costituzione della garanzia, fossero eventualmente entrati a far parte dell'undertaking*" (vide considerações análogas do mesmo Autor in *Garanzie rotative cit.*, págs. 5 e 6 e in *Autonomia cit.*, pág. 664 e segs.: neste último trabalho, destaca que o regime do *floating charge* se distingue do penhor por força da ausência de desapossamento do constituinte e de concreta identificação do objecto onerado). Gian Bruno Bruni, *ob. cit.*, pág. 708, realça o dispensar do desapossamento, assim permitindo ao devedor potenciar o valor do seu estabelecimento comercial, muitas vezes a única garantia do credor (aliás, o Autor advoga mesmo a sua transposição para o ordenamento italiano, não sem antever a possível confrontação da mesma com a proibição do pacto comissório e de auto-tutela do credor).

<sup>2181</sup> É o que sucedia, por exemplo, com o Código Civil Soviético, em cujo art.º 92.º se permitia que, por acordo das partes, a coisa empenhada pudesse ser deixada nas mãos do empenhante, embora sob a alçada do credor (a quem seria atribuída a chave do local onde os bens se achassem, bem como a possibilidade de selar o esse mesmo local). Por outro lado, o mesmo diploma permitia, quando estivesse em causa uma coisa determinada, que esta fosse deixada em poder do seu proprietário, desde que fossem apostos sinais materiais indicando a existência do penhor (e, nesse caso, a garantia ter-se-ia por constituída no momento da celebração do contrato, ao contrário do que sucederia quando o direito incidisse sobre coisas genéricas, caso em que apenas seria constituída no momento da tradição ou da aposição dos sinais materiais). Outro aspecto relevante desta legislação era a limitação do exercício do direito de seqüela às situações em que o terceiro adquirente se encontrasse de má fé (considerando-se como tal aquele que compre um bem no qual houvessem sido colocados sinais materiais alusivos à constituição da garantia). Finalmente, a mesma compilação permitia que as mercadorias em circulação pudessem ficar em poder do empenhante (embora separadas do seu restante património e desde que depositadas num local identificado no contrato) e até que, havendo acordo das partes, este as pudesse substituir por outras da mesma espécie e qualidade (sendo que as entretanto alienadas deixariam de estar oneradas), desde que fosse conservada uma determinada consistência, fixada como objecto da garantia. Em termos análogos, o mesmo diploma admitia que, aquando da dação em penhor de mercadorias sujeitas a processo de laboração, este processo

(particularmente nos países da outrora chamada Europa de Leste, sob a influência do modelo norte-americano),<sup>2182</sup> seja instituindo algumas hipotecas mobiliárias.<sup>2183</sup>

No que, em particular, respeita à América Latina, raros eram os países que, sensivelmente na mesma data, não dispunham de legislação consentindo, em maior ou menor medida, a constituição de garantias mobiliárias não possessórias,<sup>2184</sup> sendo já no

---

fosse levado a cabo pelo empenhante ou por terceiro e, uma vez terminada a laboração, os produtos finais fossem ser entregues ao credor (a principal diferença relativamente ao penhor sobre mercadorias em circulação reside no facto de, nesta última hipótese, o penhor nascer no momento da celebração do contrato, ao passo que no penhor de mercadorias a transformar, a garantia apenas surgir no momento da entrega do bem ao devedor ou a terceiro para iniciar o processo de transformação). Também o direito grego (vide o art.º 1214.º do Código helénico de 1940, que veio estabelecer uma solução já vertida em inúmeros diplomas avulsos, nomeadamente através do recurso à figura do *warrant*) consagra a legitimidade do penhor sem tradição do bem empenhado, na condição de a garantia ser inscrita num registo público. Já o ordenamento libanês, embora exija o desapossamento do devedor, precisa que tal efeito se produzirá com a entrega ao credor das chaves do local onde se encontram as mercadorias empenhadas. Finalmente, a lei turca, não obstante erigir o desapossamento do devedor como condição do surgimento da garantia pignoratícia, consagra, em inúmeros diplomas avulsos, garantias sem desapossamento sobre gado (constituído mediante inscrição no registo), sobre tabaco (admitindo, nas diversas etapas de cultivo, a dação em garantia sobre o tabaco – que até ao momento da recolha está sujeito ao regime imobiliário, enquanto parte integrante da propriedade onde se insere – após a separação da planta, também ela sujeita a inscrição no registo, mas sem que a lei preveja expressamente a possibilidade de sub-rogação do objecto da garantia) e sobre produtos e instrumentos agrícolas (sendo, neste caso, a publicidade assegurada através da colocação de uma placa nos bens empenhados). Acerca do panorama do direito comparado, vide Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 71 e segs..

<sup>2182</sup> Segundo Anna Veneziano, ob. cit., pág.197 e segs., o facto de estes países apresentarem um sistema de garantias mais consentâneo com as exigências das empresas e dos financiadores justifica-se com a necessidade de acesso ao crédito por parte de empresas privatizadas que operam num mercado livre (principalmente quando a privatização ocorra sem uma injeção de capital estrangeiro) e com o forte desejo de atrair investimento estrangeiro. De entre estas legislações contam-se a russa (na qual merecem saliência a possibilidade de, nos termos do Código Civil entrado em vigor em 1995, constituição de um penhor sobre bens e créditos futuros; sobre bens que devam ser alienados ou dos quais o devedor pode dispor; sobre um conjunto de bens destinados a transformação; sobre todo o património da empresa; a constituição de penhor em garantia de créditos surgidos após a concessão da garantia, desde que estipulado um tecto máximo; a sujeição do penhor a forma escrita e, caso não haja desapossamento, a inscrição na contabilidade do devedor; a obrigação do devedor informar os sucessivos credores das garantias anteriormente concedidas; e a admissibilidade da execução sobre os bens empenhados sem necessidade de intervenção judicial), a húngara (com a alteração do Código Civil introduzida em 1996, as soluções são muito semelhantes às da lei russa, divergindo, porém, na imposição do registo da garantia como condição de validade da mesma e, ainda, na previsão de uma garantia flutuante sobre o património da empresa que consente o prosseguimento da actividade desta), a polaca (merecendo especial referência a legitimação das chamadas garantias negativas), com a excepção da legislação checa (na qual se veda a constituição de penhores não possessórios, embora se admitam as alienações e cessões fiduciárias em garantia).

<sup>2183</sup> Por exemplo, no direito finlandês, uma lei de 1923 previa já a possibilidade de constituição de uma garantia desta espécie sobre os bens móveis integrados no inventário da empresa (embora o vínculo se extinguisse sempre e quando os objectos deixassem de pertencer a essa empresa, passando a recair sobre aqueles que nela reentrem), enquanto na vizinha Noruega desde 1842 que a lei consagrava a viabilidade da constituição de uma hipoteca tendo como objecto os produtos extraídos das minas (mas apenas para garantir os empréstimos efectuados às entidades exploradoras dessas minas e destinados à produção de minério) e, finalmente, o direito suíço consagrou uma hipoteca sobre os animais que compõem um rebanho, mas não sobre o próprio rebanho (em caso de transporte dos animais para outro local, a lei exige uma transferência do registo) – menciona esta legislação Ferrara, ob. cit., pág. 354 e segs..

<sup>2184</sup> Para um panorama geral acerca desta matéria, vide Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 25 e segs., abordando a legislação colombiana (que consagrava um penhor agrário, desde 1921, e um penhor industrial, desde 1932, permitindo “*otorgarse prendas globales o abiertas para garantizar todas las obligaciones que se contraigan dentro de determinadas cuantías y durante el tiempo que convenga*”), chilena (que desde 1926 admitia um penhor agrícola e desde 1935 um penhor industrial, com a novidade de, neste último caso, “*La prenda constituída sobre la materia prima queda ipso jure constituída sobre el*

decurso do Século XXI que se encetaram reformas mais ou menos profundas no domínio dos sistemas de garantias mobiliárias em países como o México,<sup>2185</sup> o Peru,<sup>2186</sup> a Argentina,<sup>2187</sup> o Chile<sup>2188</sup> ou o Uruguai.<sup>2189</sup>

---

*producto elaborado*”, destarte se consagrando um caso de sub-rogação real por determinação da lei), mexicana (que previa um penhor agrícola desde 1934), uruguaia (na qual encontrava assento um penhor agrícola desde 1928 e um penhor industrial desde 1928), peruana (primeiramente com a Lei n.º 2402, de 13 de Dezembro de 1916 sobre o penhor agrícola – na qual merece especial realce a conjugação entre esta garantia e a hipoteca sobre o bem imóvel, estabelecendo-se que esta última não abrange os bens empenhados em data anterior à constituição da hipoteca e, paralelamente, que o surgimento desta última garantia impede a constituição de penhores sobre bens que integrem o acervo da garantia hipotecária que, no caso de explorações agrícolas, serão unicamente o do solo do imóvel, as indemnizações devidas pelos seguros e o eventual valor da expropriação – posteriormente com a Lei n.º 9157, de 24 de Julho de 1940, depois substituída pela Lei n.º 11357, de 12 de Maio de 1950, sobre o penhor mineiro e, finalmente, com o penhor industrial, instituído pela Lei n.º 7695, de 30 de Janeiro de 1933) e argentina (consentindo a constituição de um penhor agrícola sem desapossamento desde a Lei n.º 9644, de 19 de Outubro de 1914 – na qual merecia especial destaque a possibilidade de o devedor alienar os bens empenhados a terceiros, embora sem poder efectuar a tradição dos mesmos sem antes liquidar a sua dívida para com o credor pignoratício – posteriormente alargada aos bens industriais pela Lei n.º 15438, de 28 de Maio de 1946). Merece especial referência este último diploma argentino (Decreto-Lei de 28/5/1946) pois, para além de admitir que a posse dos bens empenhados permanecesse em poder do devedor empenhante - embora sujeitasse o contrato a inscrição registal (funcionando o registo como condição de oponibilidade do direito a terceiros) no local da situação dos bens (do qual só poderiam ser retirados depois de informados o credor e a entidade registante) e a notificação ao credor, permitia que o proprietário alienasse os bens, desde que o novo adquirente assumisse a dívida garantida (mas proibia o sub-penhor sem autorização do primeiro credor pignoratício). Quanto aos poderes das partes, ao devedor seria lícito usar os bens (sem prejuízo da obrigação de custódia e conservação, o qual, aliás, impunha mesmo o dever de alienar alguns bens, nomeadamente os perecíveis ou consumíveis pertencentes a um estabelecimento comercial), cabendo ao credor o direito de inspeccionar os bens e de requerer o respectivo arresto caso o devedor se oponha a tal inspecção ou faça um uso indevido dos mesmos. Mas a lei argentina consente igualmente a criação de um penhor fluante, tendo por objecto mercadorias ou matérias primas pertencentes a um estabelecimento comercial ou industrial (as quais poderiam ser dadas em garantia de obrigações com um prazo de vencimento não superior a 180 dias), transferindo-se a garantia, sem efeitos novatórios, para os produtos resultantes da transformação ou substituição das coisas originariamente empenhadas (porém, esta transferência do objecto da garantia deverá ser inscrita no registo, nos 3 dias seguintes à conclusão do processo de transformação, detalhando os novos bens sobre os quais passa a incidir a garantia, devendo o encarregado do registo comunicar tal facto ao credor): eis a consagração da sub-rogação real que, como refere o Autor “*permite al constituyente de la prenda sobre materias primas para poder industrializarlas o transformarlas sin intervención del acreedor, pero por disposición de la ley, la prenda se extiende a los nuevos productos; salvo que el acreedor haya prohibido en el contrato*” (já Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 222 a 224, destaca, pela negativa, a existência de vários registos separados e não relacionados entre si e a impossibilidade de acesso público aos mesmos, bem como o facto de a Direcção-Geral dos Registos só admitir a inscrição do penhor fluante sobre bens homogéneos de um estabelecimento comercial). Em conclusão, decorre desta análise de direito comparado que todas as legislações mencionadas prevêm, com maior ou menor amplitude, figuras de penhor sem desapossamento, sendo a entrega substituída pela inscrição da garantia em registos já existentes ou criados de novo.

<sup>2185</sup> Neste País, uma reforma datada de 2006 concentrou num único diploma a disciplina das garantias sobre bens móveis, incluindo as de natureza fiduciária, merecendo especial destaque a possibilidade de o penhor sem desapossamento, sujeito a registo, poder abranger todos os bens e direitos móveis (salvo os estritamente pessoais), a menor rigidez no que concerne à descrição dos bens onerados, quando estes integrem a actividade profissional do devedor (admitindo-se uma identificação genérica e ditando-se mesmo a impossibilidade de os registadores negarem a inscrição de garantias sobre estes bens com a alegação de a descrição dos mesmos ser demasiado genérica), a empenhabilidade de bens que ingressem *a posteriori* no património do devedor, o reconhecimento de admissibilidade de alargamento da garantia a bens derivados, como sejam frutos – pendentes ou já obtidos -, produtos futuros, produtos resultantes de processos de transformação, bens ou direitos que o devedor receba ou tenha direito a receber como pagamento pela alienação a terceiros do bem empenhado ou como indemnização por danos ou destruição dos mesmos bens. Cumpre, ainda, destacar a circunstância de a oneração do bem não tolher ao devedor o uso do bem empenhado - por exemplo, para a fabricação de outros bens -, podendo até misturá-lo com



## 1.2.8 - O direito português

outros, desde que o seu valor não diminua e os bens produzidos passem a estar abrangidos pela garantia originária – ou a capacidade para os alienar (se essa alienação se produzir no curso da actividade profissional do devedor, a garantia não poderá ser oposta a terceiros adquirentes de boa fé), bem como, à imagem do direito norte-americano, a criação de uma garantia prioritária para a aquisição de bens (nos termos da qual, mesmo que o devedor tenha onerado a um credor todos os seus bens móveis, poderá sempre onerar os bens que adquira com o crédito que lhe seja fornecido por novos credores). Sobre este assunto, vide Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 217 a 221.

<sup>2186</sup> A lei n.º 28677, de Março de 2006, reuniu num único diploma a regulamentação das garantias mobiliárias, da qual se destaca a instituição de um registo central nacional (organizado através de um sistema de índices de busca que permite ao público em geral consultar todos os actos inscritos por uma mesma pessoa) e a admissibilidade de a execução da garantia ocorrer por via extra-judicial - Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 221 e 222.

<sup>2187</sup> A lei n.º 24441, de Dezembro de 1994, consagrou a figura do fideicomisso (embora não expressamente o fideicomisso em garantia, relativamente ao qual se continuam a colocar dúvidas, mormente pela necessidade de compaginar a figura com a proibição do pacto comissório) e regulou o leasing e a cessão de créditos - Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 224 e 225

<sup>2188</sup> A lei n.º 20190, de 5 de Junho de 2007, regulou alguns aspectos das garantias mobiliárias, nomeadamente a validade do penhor sobre bens ou direitos futuros (nascendo o direito real apenas se o bem ou direito vierem a surgir e, se tal suceder, o direito retroage à data da inscrição) e do penhor rotativo (consentindo a extensão do penhor aos bens transformados e ao produto elaborado com esses componentes – que ficarão, *ipso iure*, abarcados pela garantia -, assim como os componentes que posteriormente o integrem) e a criação de um registo (organizado sobre uma base subjectiva, de identificação do devedor) - Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 229.

<sup>2189</sup> A lei n.º 17228, de 21 de Dezembro de 1999, sobre penhores sem desapossamento (que veio revogar toda a legislação anterior sobre a matéria) contém quatro linhas de força: a possibilidade de incidir sobre bens incorpóreos, a admissibilidade de descrições genéricas dos bens a onerar por tipo ou por classe, o prolongamento da garantia sobre o produto da transformação dos bens onerados (ou sobre qualquer propriedade recebida em troca daqueles) e a veicidade para assegurar, com a mesma garantia, linhas de crédito. Inspirada por estas ideias, a lei consagrou um sistema de registo baseada no *notice filing* do UCC - contendo apenas uma informação resumida sobre o contrato de penhor, devendo os terceiros interessados buscar mais informação directamente ao devedor – funcionando a identificação do devedor como critério de inscrição e busca (Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 237, destaca como este sistema “*no ofrece protección para los terceros que no están en condiciones de obtener una búsqueda del registro en base al nombre del deudor, porque su existencia o identidad le es desconocida*”). Apesar de a generalidade dos bens a onerar se encontrarem sujeitos a registo, importa distinguir consoante os mesmos sejam susceptíveis de perfeita identificação registal (bens que serão objecto de hipoteca mobiliária, garantia que outorga ao seu titular um direito de seqüela perfeito, impondo aos terceiros adquirentes o ónus de consultar o registo antes de efectuar a aquisição), daqueles que não gozam de tal característica, passíveis de penhor sem desapossamento e relativamente aos quais os terceiros adquirirão os bens onerados livres de quaisquer ónus ou encargos, por força do princípio da posse vale título (embora o Autor proponha que, no momento da venda, o adquirente deveria ser alertado da existência de uma garantia anterior), encontrando-se a tutela do credor assegurada através do direito de preferência e da indisponibilidade relativa (e não absoluta, pois esta teria o grave inconveniente de sacrificar, em nome da protecção do credor, a circulação dos bens) do mesmo (de modo que o devedor, apesar de manter a posse do bem – uma vez que este continua em seu poder – e, por isso, poder efectuar a entrega do bem terceiro, não prejudica o credor, na medida em que tal acto lhe é inoponível). Para além disso, há ainda que mencionar a existência, desde 2003, de uma lei consagrando a figura do fideicomisso e, noutra âmbito, de uma lei sobre valores mobiliários que estabelece um paralelismo entre os títulos materializados em papel e os escriturais, regime do qual avulta a distinção entre titularidade e legitimidade (circulando a primeira através das formas de direito comum e decorrendo a segunda da inscrição no registo e decorrendo a segunda da inscrição no registo, conferindo ao seu beneficiário a faculdade de reclamar o pagamento ao emissor do valor em questão: ademais, a inscrição no registo constitui uma presunção de titularidade a favor do beneficiário da inscrição), constituindo-se o penhor sobre os valores escriturais através de inscrição na conta correspondente.

Ora, todos os mencionados inconvenientes do desapossamento imposto pelo regime tradicional do penhor se fizeram sentir, inexoravelmente, em Portugal, não surpreendendo, por isso, ainda no Século XIX, a consagração os primeiros penhores sem desapossamento.<sup>2190</sup>

Todavia, ainda hoje o regime geral do penhor, vertido no Código Civil e aplicável a todas as garantias desta índole que não gozem de um regime especial, permanece refém da necessidade de desapossamento do empenhante e da entrega do bem onerado ao credor, a terceiro ou da criação de uma situação de composesse (art.º 669.º, n.º 1, o qual prevê, como única alternativa, a entrega de documento que confira a exclusiva disponibilidade do bem empenhado).

Os apelos à criação de uma garantia mobiliária não possessória de âmbito geral (ou, na senda da recente reforma do direito francês, da natureza não essencial do desapossamento para o surgimento do penhor), recorrentes em termos de direito comparado (e que impelem à criação de mecanismos alternativos à entrega do bem ao credor ou a terceiro como requisito para a constituição da garantia, aparecendo o registo como a alternativa mais credível) não podiam deixar de ecoar intramuros.

Topamos, aliás, com uma circunstância peculiar do nosso direito – o não acolhimento do princípio da posse vale título – que reforça a consistência (e apetência) de uma garantia não possessória, porquanto não existe o risco de preterição dos direitos do credor por parte de um terceiro possuidor de boa fé, ao menos desde que sejam encontrados mecanismos que tornem cognoscível a garantia.<sup>2191</sup>

Com efeito, se uma das funções atribuídas e justificativas da necessidade do desapossamento do constituinte reside na protecção do credor contra actos de disposição, material e jurídica, do bem por parte do empenhante que continuasse em poder da coisa onerada, tal argumento vê diminuída a sua importância.

Porém, não nos parece que o advento de garantias mobiliárias de cariz não possessório possa (ou deva) seguir o trilho da utilização da propriedade com fins de garantia, atendendo à natural aversão a este tipo de negócios (mais especificamente, ao alargamento da proibição do pacto comissório aos negócios fiduciários),<sup>2192</sup> designadamente à alienação em garantia à cessão de créditos em garantia e ao *sale and lease back*, à dificuldade de identificação do título a que o devedor conservará a posse

---

<sup>2190</sup> Menciona este facto Luís Pinto Coelho, Direitos reais, Súmula das lições proferidas no 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano lectivo 1939-1940, coligidas por Pedro da Câmara Rodrigues de Freitas e Carmindo Rodrigues Ferreira, pág. 74, afirmando que “*a nossa legislação está hoje cheia de exemplos em que se constitui o penhor sobre determinados bens sem que seja feita a entrega deles*”, sendo o exemplo mais flagrante o dos empréstimos agrícolas garantidos com penhor (corroborada esta informação Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 21, mencionando uma lei de 1867 que, ao criar os Bancos de Crédito Agrícola e Industrial, lhes consentia a concessão de empréstimos garantidos por penhores sem desapossamento dos devedores). Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 65, nota 3, faz alusão à lei de 16 de Maio de 1939, nos termos da qual o Instituto do Vinho do Porto emitiria certificados de origem atestando a qualidade e autenticidade dos vinhos em questão, certificados estes que poderiam ser descontados – a pedido dos próprios agricultores - junto da Caixa Geral de Depósitos e de outros bancos, sendo o valor nominal dos certificados quase sempre inferior ao real valor do bem dado em garantia. O Autor justifica o surgimento desta garantia com o facto de o vinho do Porto ser um bem que “*per le sue caratteristiche tecnologiche, non si può esattamente individuare ai fini della costituzione in pegno, perchè deve essere continuamente travassato e richiede cure speciali che ne aumentano il valore con il trascorrere del tempo*”.

<sup>2191</sup> Realça este aspecto Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 116, considerando que o art.º 1268.º, n.º 1 (de acordo com o qual o possuidor goza da presunção da titularidade do direito excepto se existir, a favor de outrem, presunção fundada em registo anterior ao início da posse) consagra uma presunção contrária à regra de posse vale título, admitindo, porém, prova em contrário.

<sup>2192</sup> Sobre este assunto, vide infra n.º 4.3.5 do Capítulo II.

ou detenção do bem<sup>2193</sup> e aos escolhos relacionados com os princípios da tipicidade dos direitos reais<sup>2194</sup> e da *par conditio creditorum*.

Por outro lado, a criação, por via legislativa, de figuras desta índole significaria uma alteração profunda no nosso ordenamento (desde logo quanto à própria noção de garantia, obrigando a uma funcionalização e extensão do seu alcance), conduzindo, provavelmente, ao ocaso definitivo do penhor (ao menos se o respectivo regime não for reformulado) e das demais garantias tradicionais (como sucedeu no direito alemão).

Por último, cabe rematar que a ausência de publicidade associada aos institutos que utilizam a propriedade com finalidades garantística, bem como a menor protecção que confere ao garante, coloca em risco a segurança do comércio jurídico, deste modo constituindo mais um óbice à sua utilização.

Aliá, a este último propósito, cumpre realçar que, historicamente, o penhor terá surgido no direito romano precisamente para combater os inconvenientes da apelidada *fiducia cum creditore*.<sup>2195</sup>

Finalmente, somos de parecer que, com as alterações propostas ao regime do penhor, esta garantia (compaginada com as demais vigentes) se passará a coadunar com as exigências do comércio jurídico, tornando desnecessário o recurso à transferência propriedade de bens e/ou de créditos com fins de garantia.

De entre essas alterações e conforme decorre das considerações expandidas (e a expandir) ao longo do presente estudo, apresentam-se como mais prementes a expressa previsão e regulamentação de penhores sobre universalidades (e, em particular, sobre o estabelecimento comercial), a declarada flexibilização da interdição do pacto comissório (em especial relativamente a bens com valor objectivo e irrefutável) e, sobretudo, o afastamento da necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro como condição para o nascimento do penhor (destarte eliminando a sua natureza real quanto à constituição, o que poderia passar, na esteira da recente reforma do direito francês, pela imposição da forma escrita como única condição de validade do contrato constitutivo do penhor, surgindo o desapossamento como uma entre outras – entre as quais o registo - formas de assegurar a oponibilidade da garantia).

Todavia, enquanto tal remodelação global do regime do penhor não for levada a cabo e como já se percebeu da leitura do n.º 5 do Capítulo I, o panorama luso não diverge significativamente do italiano (ou do francês anterior à reforma de 2006), com a manutenção da exigência do desapossamento do constituinte como regra, temperada unicamente pela criação de penhores cuja constituição prescindir da entrega material do bem onerado, seja em razão da especificidade do respectivo objecto ou da necessidade de manutenção do bem em poder do empenhante, seja atendendo à identidade do credor

---

<sup>2193</sup> Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 116 e segs., tendo em conta o conceito objectivo de posse adoptado pela nossa lei (cfr. art.º 1251.º) e atendendo ao disposto no art.º 1253.º, entende que o prestador da garantia goza de uma posse especial, uma vez que na maioria dos casos o permanecerá em contacto directo com o bem. Já Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 532, defende que a posse se transmite para o devedor através de constituto possessório, tornando-se este possuidor em nome alheio, mas sem nunca perder o poder de facto sobre o bem.

<sup>2194</sup> Esta objecção é desvalorizada por Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 531, porquanto neste tipo de negócios não se procede à criação de um direito real – sendo o direito de propriedade transmitido intocado no seu conteúdo – ao qual se estabelecem limitações de ordem meramente obrigacional (admissíveis no âmbito do princípio da liberdade contratual) e, por outro lado, porque o princípio da tipicidade abrange a criação de direitos reais, mas não os factos que produzem a transmissão dos mesmos.

<sup>2195</sup> Santos Justo, ob. cit., pág. 468, relatando que nesta última figura o garante apenas dispunha de uma acção pessoal para recuperar o bem onerado, pelo que apenas readquiria a propriedade do mesmo se o credor assim o entendesse.

pignoratício (como sucede com o já mencionado regime do penhor constituído em garantia de instituições bancárias).

Iremos, em seguida, analisar aqueles regimes avulsos que, pela sua relevância prática e em função dos objectos sobre os quais versam, justificam uma análise mais pormenorizada.

Por ser assim, tais diplomas afastam a aplicação do Código Civil<sup>2196</sup> quanto aos aspectos da garantia pignoratícia neles expressamente regulados, pelo que, relativamente ao mais, cumprirá recorrer àquela compilação, em tudo quanto não contenda inapelavelmente com a disposto nos regimes especiais).

No entanto, estas normas extravagantes não vêm, na esmagadora maioria das vezes, alargar o leque de objectos empenháveis, concretizando unicamente alguns bens já integrados no leque definido na lei civil, designadamente adaptando a rigidez das modalidades de constituição do penhor às especificidades de alguns dos bens empenháveis.

De entre essas normas, passaremos a enumerar as mais relevantes.<sup>2197</sup>

#### 1.2.8.1 - Direitos de autor

O conteúdo patrimonial dos direitos de autor<sup>2198</sup> pode ser empenhado,<sup>2199</sup> desde o negócio de constituição da garantia conste de documento escrito com reconhecimento notarial das assinaturas e desde que tal ónus seja registado (cfr. art.ºs 43.º, n.º 2, 46.º, n.º 1 e 215.º, n.º 1, alínea a) do Código do Direito de Autor<sup>2200</sup> - já anteriormente

---

<sup>2196</sup> Ou, eventualmente, do Código Comercial, nos termos supra expostos.

<sup>2197</sup> Para além dos indicados no texto, podemos mencionar ainda o Decreto-Lei n.º 42825, de 29 de Janeiro de 1960, que vem admitir o penhor sem desapossamento dos bens móveis e utensílios dos estabelecimentos hoteleiros prestados em garantia de empréstimos concedidos pelo Fundo de Turismo ou por este caucionados. Nos termos deste diploma, o Fundo de Turismo pode dispensar a entrega dos objectos dados em penhor pelas empresas privadas como garantia dos empréstimos a conceder directamente pelo Fundo, desde que os referidos bens sejam necessários à continuação da actividade dos respectivos estabelecimentos hoteleiros (art.º 1.º), continuando os bens empenhados em poder do seu proprietário, que se transformará em depositário deles ou, tratando-se de pessoa colectiva, essa incumbência caberá aos respectivos administradores ou representantes legais (n.º 2), exposto à aplicação das penas previstas para o crime de furto se alienarem, modificarem, destruírem ou descaminharem os objectos dados em penhor, sem autorização escrita da comissão administrativa do Fundo de Turismo, ou se os empenharem novamente sem que no novo contrato se declare expressamente a existência do penhor ou dos penhores anteriores (art.º 3.º). Relativamente à forma, o contrato de penhor constará de documento autêntico ou de documento autenticado e os seus efeitos contar-se-ão da data do documento, no primeiro caso, e da data do reconhecimento autêntico, no segundo (art.º 2.º §2).

<sup>2198</sup> Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony, 1968, pág. 282, alerta para o facto de “*o ramo da ordem jurídica que regula os direitos sobre obras literárias tem a designação de Direito de Autor: Direitos de autor – à semelhança de direitos aduaneiros e outros – são as quantias que o titular do direito pode cobrar em contrapartida da utilização da obra por outrem*”. Como nota Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 218, a oneração da totalidade do direito de autor é inviável, porquanto o direito moral de autor é inalienável e insusceptível de cessão.

<sup>2199</sup> Apesar de o art.º 40.º, alínea b), se referir à possibilidade de oneração total ou parcial, a lei (cfr. art.º 42.º), apenas regula esta última (determinando a obrigação de indicação, no negócio de constituição da garantia, dos modos de utilização dados em garantia; a menção do tempo, lugar e preço do exercício do direito, presumindo-se que, se a oneração for transitória, o respectivo prazo é de 25 anos, caducando, porém, se decorrido o prazo de 7 anos, a obra não tiver sido utilizada – art.º 42.º, n.ºs 1, 3, 4 e 5).

<sup>2200</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro e pela Lei n.º 16/08, de 1 de Abril (esta última procedeu à republicação do Código).

dispunham no mesmo sentido os art.ºs 105.º e 106.º do Decreto n.º 13725, de 3 de Junho de 1927),<sup>2201</sup> junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais.<sup>2202</sup>

De acordo com os preceitos legais acabados de citar, o objecto destes penhores é o conteúdo patrimonial do direito, traduzido no monopólio de exploração decorrente da propriedade intelectual, com exclusão do direito moral<sup>2203</sup> e dos suportes materiais da obra (art.º 46.º, n.º 3<sup>2204</sup> – todavia, estes últimos também poderão ser dados em garantia, a qual se regerá pelas normas relativas ao penhor sobre bens corpóreos),<sup>2205</sup> podendo, eventualmente, admitir-se que a garantia abarque, ainda, as receitas originadas pela propriedade intelectual.<sup>2206</sup>

Como consequência desta delimitação do *quid* onerado, em caso de execução, esta recairá específica e exclusivamente sobre o direito ou direitos que o devedor tiver oferecido em garantia relativamente à obra ou obras indicadas (art.º 46.º, n.º 2).

Acresce que esta susceptibilidade de oneração foi sendo sucessivamente alargada a outros bens, por remissão para o regime do direito de autor, como programas

---

<sup>2201</sup> A falta de redução a escrito ou de reconhecimento notarial de assinaturas gera a nulidade do negócio (art.º 43.º, n.º 2), enquanto a ausência de registo não prejudica a aquisição do direito por parte do credor pignoratício (art.º 213.º), muito embora condicione a sua oponibilidade a terceiros.

<sup>2202</sup> O registo da propriedade intelectual, criado pela Decreto n.º 4114, de 17 de Abril de 1918 (ainda vigente), é respeitante às criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, determinando aquele diploma, no art.º 20.º, alínea c), a sujeição a registo do penhor, o qual poderá ser requerido por qualquer interessado (art.º 18.º) e poderá mesmo ser provisório (art.º 31.º, n.º 2), devendo dele constar, além das indicações gerais relativas à identificação do *quid* onerado (art.º 49.º), a quantia garantida – ao menos em termos aproximados – e a taxa de juro (art.º 50.º, n.º 3). Posteriormente, foi criado um outro (igualmente junto da Inspeção-Geral das Actividades Culturais), destinado às obras cinematográficas e audiovisuais, que sejam consideradas obras nacionais, produzidas por produtores independentes, qualquer que seja o seu género, formato e duração, distribuídas ou exibidas em território nacional (este último registo foi criado Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto – art.ºs 19.º e 20.º - e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro (art.º 31.º e segs.)).

<sup>2203</sup> Como decorre do art.º 42.º, que reza não poderem tão pouco ser objecto de transmissão e/ou oneração, voluntárias ou forçadas, os poderes conferidos para tutela dos direitos morais (ou outros excluídos por lei).

<sup>2204</sup> Tal conclusão decorre igualmente do art.º 10.º, n.º 1, nos termos do qual o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.

<sup>2205</sup> Oliveira Ascensão, *Direitos reais cit.*, pág. 285 e segs., vislumbra no direito patrimonial de exploração da obra, e não na obra em si, o objecto do direito (“*a reprodução da obra, no sentido em que esta palavra é normalmente utilizada nas leis sobre direito de autor – ou seja, no de multiplicação dos exemplares materiais da obra – deixa esta tal qual era: a obra é um a propósito da protecção legal, mas não o seu objecto. Isto está aliás plenamente de acordo com a caracterização das faculdades patrimoniais como um exclusivo de exploração económica da obra; este exclusivo refere-se, como qualquer outro, a uma actividade que a todos se proíbe, a um campo reservado de actuação*”), posição esta que encontra apoio legal nas disposições mencionadas no texto (em termos análogos, para o direito francês, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, pág. 269, realçando que este direito compreende uma dimensão moral e uma outra patrimonial, incluindo-se nesta última as faculdades de representação, reprodução e exploração, perdurando esta última após a morte do autor.). Já Simon Quincarlet, *ob. cit.*, pág. 149 e segs., identifica como objecto do penhor, não o direito de exploração, “*mais son object, c’est-à-dire l’idée à exploiter envisagée non point en elle-même dans son individualité mais au point de vue de sa valeur pécuniaire*”.

<sup>2206</sup> Neste sentido, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, pág. 278, sublinhando que as partes podem prever o alargamento da garantia de modo a englobar estas receitas, embora o objecto desta garantia autónoma seja um crédito (a única excepção à exclusão das receitas do âmbito das garantias sobre direitos de propriedade intelectual reside no penhor de filmes, surgindo dúvidas acerca da natureza jurídica da garantia do credor sobre essas receitas: alguns, crêem estarmos perante um mecanismo análogo ao da anticrese; outros falam de uma acção directa; a Autora prefere falar de uma figura análoga a uma cessão de créditos fiduciária, uma vez que se o devedor pagar ao credor pignoratício, os direitos sobre as receitas regressam à esfera do constituinte).

de computador (Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro)<sup>2207</sup> e bases de dados (Decreto-Lei n.º 122/00, de 4 de Julho),<sup>2208</sup> existindo ainda regulamentação autónoma para o penhor de obras cinematográficas e audiovisuais<sup>2209</sup> (cfr. art.ºs 32.º, n.º 1, alínea d) e 39.º do Decreto-Lei n.º 227/06, de 15 de Novembro, sendo de notar a necessidade de registo a que o mesmo se encontra submetido).<sup>2210</sup>

A existência de regras específicas para a empenhabilidade destes objectos é comum noutros direitos, como o italiano<sup>2211</sup> e o francês,<sup>2212</sup> porquanto se atribui ao autor de um direito de propriedade incorpóreo exclusivo, imediato (sem necessidade de depósito - cfr. art.º L. 111-1 do Code de la Propriété Intellectuelle) e oponível *erga omnes*, permitindo-lhe gozar da sua obra (apesar, porém, de a lei francesa apenas regulamentar especificamente constituição de penhores sobre obras audiovisuais<sup>2213</sup> e sobre o *logiciel*,<sup>2214</sup> o que permite duvidar da empenhabilidade dos demais direitos de autor).<sup>2215</sup>

---

<sup>2207</sup> Cfr. a remissão genérica contida nos art.ºs 1.º, n.º 2 e 3.º, n.º 1 e, no que especificamente respeita à possibilidade de oneração pignoratícia, o art.º 11.º.

<sup>2208</sup> A aplicação genérica do Código do Direito de Autor decorre dos art.ºs 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, enquanto a admissibilidade de penhor e a sujeição ao regime daquele Código resulta do art.º 18.º, n.º 2.

<sup>2209</sup> Acerca destas noções, vide o art.º 2.º do diploma mencionado no texto.

<sup>2210</sup> Este registo é da competência da Inspeção-Geral das Actividades Culturais (art.º 31.º, n.º 1), a ele se encontrando sujeitas as obras cinematográficas e audiovisuais produzidas por produtores independentes, qualquer que seja o seu género, formato, suporte e duração e que sejam consideradas obras nacionais (art.º 31.º, n.º 2) e, em especial, o penhor sobre elas constituído (art.º 32.º, n.º 1, alínea a)), cujo registo pode ser requerido por qualquer das partes no contrato de penhor (art.º 37.º, n.º 1). Importa ainda realçar a mera eficácia face a terceiros do registo, sendo a garantia válida inter partes mesmo na sua ausência (art.º 33.º, n.º 1), a presunção de direito atribuída ao titular do registo (art.º 33.º, n.º 3), a prioridade, em caso de conflito, do direito primeiramente registado (art.º 34.º, n.º 1) e a admissibilidade de registo provisório do penhor (art.º 39.º, n.º 2, alínea b)),

<sup>2211</sup> No direito italiano, o art.º 111.º da Lei 22.4.1991, n. 633 é inequívoco ao admitir que possam ser dados em penhor os proventos da utilização e os exemplares da obra, qualificados, respectivamente, como penhor de créditos ou de coisas. Para além disso, o direito de publicar e utilizar a obra (o chamado direito patrimonial de autor) só pode ser dado em penhor se, previamente, tiver sido transferido para terceiro.

<sup>2212</sup> No direito francês, admite-se o penhor dos direitos de propriedade literária e artística enquanto incorporados numa coisa corporal, bem como, se a obra for explorada, a dação em penhor do contrato de edição como penhor de um crédito contra o editor (neste sentido, Jacques Ghestin e outros, pág. 221), possibilidade esta admitida desde há já longos anos por destes bens, Hardel, ob. cit., págs. 96 e 97 (distinguindo a empenhabilidade do bem, normalmente corpóreo, objecto de reprodução e, por outro lado e mais importante, do direito de autor propriamente dito, entendido como direito de reprodução, para a empenhabilidade do qual o Autor sugere o desapossamento material do *quid* que permita a reprodução ou, em alternativa, preconiza a notificação, por parte do titular dos direitos autorais, da constituição do penhor às entidades encarregues de gerir tais direitos de - v. g. sociedade de direitos de Autor) e Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 152 a 154 (dando conta da constituição de penhores com este objecto (isto é, “*le droit exclusif mais temporaire, d’exploiter les produits que une conception artistique ou littéraire peut procurer*”, desde que esta se concretize num suporte exterior - livros, quadros, esculturas - traduzindo-se “*dans un droit de publication et de reproduction exclusive de l’oeuvre originale qui extériorise la conception intellectuelle de l’auteur et la manifeste aux yeux du public*”, mesmo na ausência de lei especial sobre a matéria, embora a necessidade de desapossamento do constituinte da garantia implicasse a entrega ao credor dos objectos - livros, quadros esculturas - manifestação do direito empenhado, o que tornaria difícil distinguir esta hipótese de outras em que a garantia incida directamente sobre tais objectos: por outro lado e enquanto possuidor de tais objectos, o credor pignoratício não poderá utilizá-los, nem alterar o seu conteúdo).

<sup>2213</sup> Compreendendo os filmes, os programas de televisão, cd’s, dvd’s, e outros conteúdos multimédia: essas regras (cfr. a Lei de 22/2/1944, posteriormente integrada no Código da indústria cinematográfica), inicialmente consagradas apenas para os filmes, foram alargadas pela Lei de 3/7/1985 às obras audiovisuais.

<sup>2214</sup> Mais concretamente e de acordo com a lei francesa actual, art.º L132-34, do Code de la propriété intellectuelle, o direito de exploração de um “logiciel” pode ser objecto de penhor, desde que o contrato de constituição da garantia seja celebrado por escrito (sob pena de nulidade) e seja inscrito (sob pena de

### 1.2.8.2 - Propriedade industrial

Nos termos do art.º 6.º do Código da Propriedade Industrial,<sup>2216</sup> todos os bens objectos de propriedade industrial são empenháveis, assim se admitindo que o penhor possa incidir sobre “*patentes e de modelos de utilidade bem como de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas*”<sup>2217</sup> e outros sinais distintivos do comércio”,<sup>2218</sup> efectuando-se a constituição da garantia através de averbamento no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a requerimento de qualquer interessado e seguido de publicação, através de aviso, no Boletim da Propriedade Industrial (art.ºs 30.º, n.ºs 1, alínea c), 4 e 7 e 356.º, n.º 1, alínea l)).<sup>2219</sup>

Em termos análogos, o direito francês<sup>2220</sup> consente igualmente, apesar do carácter lacónico das disposições legais pertinentes,<sup>2221</sup> a constituição de garantias sobre

---

inoponibilidade) no registo especial existente no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (do qual devem constar, em termos precisos, o objecto da garantia, nomeadamente os códigos fonte – “source” - e os documentos de funcionamento), sendo a hierarquia entre os diversos credores pignoratícios determinada pela data de inscrição. Em desenvolvimento deste regime, os art.ºs R132-8 a R-132-17, estabelecem as menções que devem constar do registo, que o pedido de inscrição da garantia se efectua através do depósito no INPI de uma nota contendo diversas indicações (designadamente o original ou cópia do acto constitutivo da garantia), a obrigatoriedade de inscrição no registo de actos que produzam uma modificação ou extinção dos direitos do devedor (como a cessão ou a concessão de um direito de exploração do *logiciel*) ou do credor (como a cessão ou renúncia ao penhor), a caducidade da garantia no prazo de 5 anos após a inscrição (salvo renovação), a eliminação da inscrição – a requerimento do devedor, do credor ou de decisão judicial – na sequência da extinção da dívida assegurada e, por último, a possibilidade de qualquer pessoa poder solicitar ao INPI uma certidão das garantias inscritas ou da inexistência de qualquer garantia.

<sup>2215</sup> Atendendo ao facto de o Code de la Propriété Industrielle não consagrar, em geral, um sistema de publicidade sobre os direitos de propriedade literária e artística, prevendo normas específicas apenas para o penhor sobre o *logiciel*, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 290 e 291, depois de verberar tal solução, constata que para os demais direitos de propriedade literária e artística não será possível a constituição de uma garantia - pois “*il n’ya aucun moyen de rendre opposable aux tiers une affectation sans dépossession*” – a não ser segundo o modelo tradicional do penhor com desapossamento, o que “*Parce qu’elles constituent des biens d’exploitation (...) est économiquement inconcevable*”).

<sup>2216</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/03, de 5 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 318/07, de 26 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 360/07, de 2 de Novembro, pela Lei n.º 16/08, de 1 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 143/08, de 25 de Julho.

<sup>2217</sup> No direito brasileiro, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 389, sustenta a impossibilidade de penhor sobre marcas de fábrica, invocando a natureza impenhorável de tais bens.

<sup>2218</sup> Como sejam o nome e insígnia do estabelecimento (art.ºs 282.º a 300.º), logótipos (art.º 301.º a 304-S) e denominações de origem e indicações geográficas (art.ºs 305.º a 315.º).

<sup>2219</sup> Além disso, o n.º 6 do mesmo artigo acrescenta que os factos averbados são também inscritos no título, quando exista, ou em documento anexo ao mesmo.

<sup>2220</sup> Noticiam a empenhabilidade destes direitos, *maxime* dos brevets e das marcas, já no início do Século XX, Hardel, ob. cit., págs. 95 e 96 (admitindo que a mesma se processasse através da entrega material do título de propriedade industrial ou, em alternativa, por meio de uma inscrição no “Office Nacional de la Propriété Industrielle”) e Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 149 a 154 (constituindo-se a garantia através da redacção de um documento escrito, sendo a sua oponibilidade condicionada à inscrição num registo especial criado por uma lei de 1920 – sendo consentida a dação em penhor do mesmo bem a favor de diversos credores, sendo a respectiva prioridade aferida em função da data do respectivo registo – e não dispensando, no caso dos brevets, a entrega dos mesmos ao credor). Este último Autor, salienta que um penhor com este objecto não confere ao seu titular o direito de exploração do quid onerado, mas tão somente “*de veiller à ce que la valeur de l’invention ne soit pas diminuée et de réaliser cette valeur à l’échéance en faisant vendre le brevet (...) d’intenter l’action en contrefaçon contre ceux qui se seraient fait délivrer postérieurement des brevets ayant pour object la même invention*” (cabendo-lhe ainda, na medida em que esteja na posse do brevet, um direito de retenção, o qual pode estar comprometido em caso de constituição posterior de outros penhores com entregados brevets a outros credores).

brevets,<sup>2222</sup> marcas,<sup>2223</sup> desenhos e modelos<sup>2224</sup> e outros bens semelhantes, recaindo sobre o monopólio de exploração conferido ao titular de tais direitos por um determinado período de tempo, após o prévio depósito no INPI.

A circunstância deste monopólio de exploração – ou seja, o objecto do penhor – ter uma duração temporalmente limitada<sup>2225</sup> pode condicionar o interesse de uma garantia sobre direitos de propriedade industrial, em especial quando se pretenda assegurar uma obrigação duradoura e/ou futura ou condicional.

Outro risco associado a esta garantia prende-se com a circunstância de a consistência do objecto destes direitos se encontrar dependente da sua exploração, pelo que não se poderá indagar até que ponto o dever de conservação não impenda sobre o próprio constituinte (traduzido na obrigação de exploração dos mesmos),<sup>2226</sup> sob pena de, a não ser assim, o credor se expor a uma perda de valor do bem onerado,<sup>2227</sup> muito embora seja discutível se, por via convencional, se poderá pactuar o aumento do âmbito da garantia como resultado de elementos adicionados após a respectiva constituição.<sup>2228</sup>

---

<sup>2221</sup> Como salienta Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 269 e 270, o Code de la Propriété Industrielle não contém um reconhecimento expresso – e muito menos uma regulamentação própria – das garantias sobre os direitos de propriedade industrial (excepto no que toca à marca – cfr. art.º L. 714-1), limitando-se a aludir à possível existência dessas garantias (cfr. art.º R. 613-55, R. 512-15 e 513-2, R. 623-36 e R. 622-7). Apesar deste silêncio, a Autora admite mesmo a constituição de uma garantia parcial, isto é, que incida apenas sobre uma parte do direito de propriedade intelectual (*rectius*, do monopólio de exploração).

<sup>2222</sup> Definidos no art.º L 611-1 do Code de la propriété industrielle como um título emitido pelo Estado e que confere o direito exclusivo de exploração de uma invenção (para além dos brevets, a lei consagra ainda a figura do certificado de utilidade – títulos secundários de protecção de uma invenção, com uma duração de 6 anos - e do certificado complementar, reportado a um brevet pré-existente). Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 454 e 455, destacam a possibilidade de oneração de um simples pedido de brevet, desde que este tenha sido publicado (caso contrário, tal não sucederá, porquanto a lei impede o registo de qualquer garantia sem a prévia publicação do pedido), encontrando-se o direito do credor subordinado à não rejeição do pedido de registo, mas, em caso de aceitação, retroagindo a sua garantia à data do depósito do pedido de brevet, configurando assim uma garantia sobre um bem futuro (para além disso, os Autores realçam que, em sede de constituição da garantia, será desnecessária a entrega do título ao credor pignoratício, sendo a protecção do credor assegurada pela sujeição ao seu consentimento de qualquer acto de renúncia ao direito por parte do constituinte e realizando-se a execução da garantia através dos mecanismos comuns, venda ou atribuição judicial).

<sup>2223</sup> Signos, com carácter distintivo, susceptíveis de representação gráfica destinados a distinguir os produtos ou serviços de uma pessoa física ou colectiva (art.º L. 711-1 do Code de la propriété industrielle).

<sup>2224</sup> Respectivamente uma combinação de linhas ou de cores sobre uma superfície plana, que apresentem uma configuração distinta e reconhecível e, por outro lado, uma combinação de formas que atribuam um determinado relevo a um objecto (art.º L. 511-1 do Code de la propriété industrielle).

<sup>2225</sup> Nos termos do art.º 37.º, n.º 1, alínea a), os direitos de propriedade industrial caducam uma vez expirado o respectivo prazo de duração, o qual é fixado em 20 anos para as patentes (art.º 99.º), 6 anos, renovável por duas vezes, até um máximo de 10 anos, para os modelos de utilidades (art.º 142.º, n.ºs 1 a 4), 10 anos para as topografia de produtos semi-condutores (art.º 162.º), 5 anos, renováveis até um máximo de 25 anos, para os desenhos e modelos (art.º 201.º, n.º 1), 10 anos, infinitamente renováveis, para as marcas e os logótipos (art.ºs 255.º e 304.º-L). Analogamente, no direito francês, os art.ºs L. 411-2, 712-1, 623-13 e 622-5 do Code de la propriété industrielle, estabelecem igualmente uma duração temporária do exclusivo de exploração dos direitos de propriedade industrial.

<sup>2226</sup> Sobre a especial configuração do dever de conservação quando sejam onerados bens desta índole, vide supra n.º 9.2.3 do Capítulo I.

<sup>2227</sup> Destacam este aspecto Aynès e Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*, pág. 249.

<sup>2228</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 281 e 282, exclui esta possibilidade quanto a bens que já existissem no momento da constituição da garantia (e nela não tenham sido incluídos), mas admite-a quanto a bens surgidos apenas após essa data (desde que as partes, no momento da constituição da garantia, contemplem expressamente essa possibilidade).



### 1.2.8.3 - Valores mobiliários

Relativamente aos valores mobiliários,<sup>22292230</sup> o Código dos Valores Mobiliários<sup>2231</sup> admite a susceptibilidade de os mesmos serem dados em penhor, obedecendo a constituição da garantia a regras distintas, consoante se trate de valores mobiliários escriturais (cfr. art.º 81.º)<sup>2232</sup> ou titulados (cfr. art.º 103.º), ao portador ou nominativos<sup>2233</sup> - estabelecendo a lei que, supletivamente e no silêncio das partes, se consideram nominativos (art.º 52.º, n.º 2)<sup>2234</sup>

---

<sup>2229</sup> Nos termos do art.º 1.º do Código, integram a categoria dos valores mobiliários as acções (alínea a)), as obrigações (alínea b)), os títulos de participação (alínea c)), as unidades de participação em instituições de investimento colectivo (alínea d)), os *warrants* autónomos (alínea e)), os direitos destacados dos valores mobiliários referidos nas alíneas a) a d), desde que o destaque abranja toda a emissão ou série ou esteja previsto no acto de emissão (alínea f)) e quaisquer outros documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam susceptíveis de transmissão em mercado (alínea g)). O conceito de valor mobiliário, conforme salienta Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 42 e segs., não é uniforme em todos ordenamentos, oscilando entre aqueles que optam por uma concepção estrita, como o francês (apontando como notas caracterizadoras da figura a existência de títulos, de um emissor único, a susceptibilidade de serem admitidos à negociação em bolsa e a fungibilidade, embora salientando que a primeira nota é posta em causa pela desmaterialização dos valores mobiliários: porém, a necessidade de superação deste conceito tradicional, centrado nas acções e nas obrigações, decorre da multiplicação de valores destinados à negociação) e o alemão (que opta por colocar o acento tónico na admissão dos valores à cotação num mercado oficial, não se centrando unicamente nas acções e nas obrigações) e outros que privilegiam uma concepção ampla, como o italiano (que se baseia numa enumeração meramente exemplificativa, ancorada num conceito que assenta em duas notas, a presença de uma representação documental – qualquer que ela seja, mesmo que através de certificados comprovativos da inscrição num registo - e de um investimento gerido por terceiros, podendo sintetizar-se na seguinte fórmula: “*un documento o certificado, entendidos en sentido amplio, que representan una inversión con la que se pretende un beneficio derivado de una actividad o negocio gestionado o determinado preferentemente por terceros, con un riesgo de pérdida de la aportación y/o del beneficio esperado*”), inglês e o norte-americano (em que a pedra de toque reside na noção de contrato de investimento, conceito este bastante elástico de modo a abranger qualquer “*inversión gestionada o determinada por circunstancias no controlables por el inversor*”, mesmo que atípicos). Já no sistema espanhol, o conceito chave é o de valor negociável, ao qual se encontram associadas as notas de negociabilidade e de agrupamento de emissões (de acordo com De la Santa García, *ob. cit.*, pág. 47 e segs., a característica da negociabilidade não se basta com a mera transmissibilidade, sendo ainda exigida a existência de um mercado organizado, para o que o valor deve “*gozar de la difusión suficiente para que pueda negociarse con él con cierta habitualidad y siendo objeto de una contratación regular que se rija por los criterios de oferta e demanda, que serán los que determinen los precios de mercado*”, pelo que o conceito de negociabilidade é mais restito que o de transmissibilidade, sendo aquele “*una forma de transmisibilidad que no debe verse afectada por limitaciones o restricciones en el tráfico*”; já a nota do agrupamento em emissões consente excluir da categoria dos valores mobiliários os títulos valores que sejam emitidos isoladamente, isto é, sem ser em massa.

<sup>2230</sup>

<sup>2231</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho.

<sup>2232</sup> Segundo Soveral Martins, *ob. cit.*, pág. 182, a desmaterialização das acções foi aceite, pela primeira vez, no Decreto-Lei n.º 229-D/88, de 4 de Julho. Para Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, págs. 41 e 42, mesmo quando o objecto do penhor forem acções escriturais, sem qualquer suporte material, o regime aplicável será o do penhor de coisas, tendo em conta que estamos perante coisas incorpóreas, que vigora o princípio da igualdade entre as acções, independentemente da sua forma de representação (conforme se alcança dos art.º 46.º e 48.º do CVM, este último admitindo a conversão de uma das formas de representação na outra) e, por último, “*que o registo em conta substitui, em tudo, a tradicional tradição publicitária, inclinamo-nos a enquadrar o penhor de acções escriturais mais próximo do penhor de coisas do que do penhor de direitos*” (já quanto à colocação em garantia dos valores titulados, o mesmo Autor não tem dúvidas quanto à sua sujeição ao regime do penhor de coisas).

<sup>2233</sup> Nos termos conjugados dos art.ºs 46.º e 52.º do mesmo Código, os valores escriturais encontram-se representados através de registos em conta, enquanto os titulados assumem a forma de documentos em papel. Por seu turno, os valores também se podem qualificar em nominativos ou ao portador consoante,

No primeiro caso, bastará o registo na conta do respectivo titular<sup>2235</sup> (com indicação da quantidade empenhada, da obrigação garantida e do beneficiário do penhor), tendo em conta que estes valores mobiliários escriturais se constituem através

---

respectivamente, o emitente tenha ou não a faculdade de conhecer, a todo o tempo, a identidade do seu titular (conforme realça Soveral Martins, ob. cit., pág. 216 e segs., o cerne da distinção radica não no conhecimento efectivo, mas antes na possibilidade ou não de identificação dos titulares dos valores mobiliários: quanto aos valores titulados nominativos, a sociedade emitente alcança a identidade dos titulares mediante consulta dos próprios registos ou dos do intermediário financeiro que o representa – cfr. art.º 102.º do CVM; quanto aos valores mobiliários nominativos escriturais, tal informação terá que ser solicitada à entidade registadora – art.º 85.º, n.º 1, alínea c), do CVM. Pelo contrário, nos valores mobiliários titulados ao portador, a transmissão faz-se pela simples entrega do título, sem intervenção do emitente – art.º 101.º do CVM; no caso de valores escriturais ao portador, a entidade registadora não tem o dever de prestar informações à sociedade emitente). Em face do direito espanhol, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 111 e 112, esclarece que a distinção entre as acções tituladas nominativas e ao portador reside no facto de, nestas últimas, a legitimidade para o exercício dos direitos sociais derivar unicamente da posse do título, ao passo que as acções nominativas, apesar de estes indicarem o nome da pessoa a quem corresponde o direito de participação, o exercício dos direitos correspondentes encontra-se sujeita à posterior inscrição no livro registo de acções, *“un libro registro que es llevado por la sociedad y en el que se dejará constancia de las sucesivas transmisiones de las acciones así como la posible constitución de derechos reales limitados”*

<sup>2234</sup> Soveral Martins, ob. cit., págs. 217 e 218, depois de esclarecer que, em regra, os estatutos das sociedades são livres de alterar a forma inicialmente escolhida, adverte para a existência de casos em que a lei obriga à adopção da forma nominativa para as acções (quando não estejam integralmente liberadas ou estejam sujeitas a limitações quando à sua transmissão – cfr. art.º 299.º do CSC), mas que a regra é a da liberdade de escolha por parte da sociedade emitente (embora tal escolha deva constar obrigatoriamente do contrato de sociedade – cfr. art.º 272.º, alínea d), do CSC – podendo tal cláusula ser posteriormente alterada - excepto se o próprio contrato expressamente excluir tal possibilidade – até porque a regra é a da livre convertibilidade – art.º 53.º do CVM, de acordo com o qual, salvo disposição legal, estatutária ou de condições especificadas em cada emissão, os valores mobiliários ao portador podem, por iniciativa e a expensas do seu titular, convertidos em nominativos e vice-versa). Se, em regra, a opção pertence à sociedade emitente, este deve ponderar as vantagens de cada uma dessas modalidades, a saber, quanto às acções ao portador o maior anonimato decorrente do seu regime de transmissão, a maior simplicidade deste último (o que permitirá, tendencialmente, aumentar a negociabilidade dos títulos e a capacidade de financiamento da sociedade, facilitando o controlo de quem se apresente para exercer os direitos sociais, sem ter que consultar qualquer registo), embora apresentem alguns inconvenientes (o anonimato pode não interessar à sociedade - que pode pretender saber, em cada momento, quem são os seus sócios -, o risco de depreciação inerente à maior negociabilidade e os entraves decorrentes da necessidade de exibição do título para o exercício dos direitos sociais); já no que concerne às acções nominativas, as suas virtudes assentam na possibilidade de a sociedade conhecer, a todo o tempo, o titular da participação (para, desse modo, poder controlar quem é responsável pelas acções não liberadas, quem pode exercer os direitos sociais, para informar os accionistas dos factos relativos à actividade social, especialmente atendendo à evolução da informática), bem como o aumento da possibilidade de financiamento (uma vez que muitas das bolsas de valores mundiais impõem, como requisito de admissão à negociação das acções, a sua natureza nominativa), apesar de também não estarem isentas de desvantagens (maiores custos no momento da emissão e, em razão da necessária intervenção da sociedade, no momento da transmissão – sendo certo que tais custos poderão ser sensivelmente reduzidos através do recurso às novas tecnologias da informação e da comunicação -, bem como a impossibilidade de a sociedade conhecer a identidade dos seus associados) – sobre este assunto, vide Soveral Martins, ob. cit., págs. 218 a 225. concluindo que, normalmente, a preferência vai para os títulos ao portador, reservando-se as acções nominativas para os casos em que a sociedade se mostre interessada em conhecer a identidade dos seus sócios: todavia, a sociedade não tem obrigação de emitir os títulos, excepto se for intimada para o efeito pelos sócios.

<sup>2235</sup> Ou seja, a constituição de penhor é uma menção que fica a constar da conta de registo individualizada (art.º 68.º, n.º 1, alínea g)), devendo, além disso e caso se trate de valores mobiliários negociados sistema centralizado, ser abertas junto da entidade gestora desse sistema sub-contas específicas relativas a valores mobiliários empenhados (art.º 91.º, n.º 7).

de registos em contas individualizadas abertas junto das entidades registadoras (art.ºs 73.º).<sup>22362237</sup>

<sup>2236</sup> Em termos semelhantes, no direito espanhol e segundo Pries Picardo, Prenda sobre valores privados representados mediante anotaciones en cuenta. Especial consideración sobre los valores cotizados em Bolsa, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, pág. 701 e segs., no penhor sobre este tipo de valores mobiliários o desapossamento do devedor é assegurado através da inscrição da garantia na conta correspondente, a qual tem carácter constitutivo (assim, Fernando Bautista Pérez, Prenda de acciones y prenda de cartera de valores, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 50 e De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., págs. 172 e 193, esclarecendo este último que tal não impede a formalização anterior do contrato de penhor, mas sem que o mesmo possa produzir efeitos, mesmo entre as partes, antes de inscrito no registo). De acordo com o mesmo Autor, a inscrição deverá ser efectuada (muito embora a lei não indique quem deva requerer a inscrição da garantia no registo, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 218, admite que a legitimidade para o efeito caiba ao empenhante e ao credor pignoratício), quando exista consentimento do credor e do devedor e desde que a entidade encarregue do registo constata a existência de um título verdadeiro, válido e bastante para a constituição da garantia (como salienta Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 218, são necessárias duas premissas para proceder à inscrição – “*que el deudor ha de tener previamente inscritos a su favor los valores objeto del gravamen*” e “*que quede suficientemente acreditada la celebración del contrato de garantía ante la entidad encargada del registro*”, através da demonstração do consentimento de ambas as partes no contrato de garantia, não bastando a mera declaração verbal de ambas - e esta processa-se em duas fases distintas: “*una de acreditación del título constitutivo frente a la entidad encargada del registro y otra de efectiva inscripción por la entidad*”), devendo a inscrição ser negada em caso de inexistência ou insuficiência do título do adquirente (como sucederá quando as acções a empenhar se encontrem sujeitas a limitações quanto à sua empenhabilidade – caso em que a entidade registadora deve diligenciar, antes de efectuar o registo, junto da entidade emissora para que esta se pronuncie acerca da validade do negócio - e quando exista anterior inscrição incompatível com a que se pretende efectuar – Veiga Copo, ult. ob. e loc. cit.). Porém, se os valores mobiliários empenhados houverem sido admitidos a negociação, será ainda necessária a sua separação dos demais de que eventualmente o empenhante seja titular – de modo a permitir a sua individualização, assim perdendo a sua fungibilidade – com o efeito de “*Los valores afectados por estos desgloses no podrán ser objeto de tráfico bursátil. Ello no implica su imposibilidad de transmisión, que, naturalmente, puede producirse siempre con la carga hasta que ésta sea levantada*” – cfr. Pries Picardo, ult. ob. e loc. cit.). Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 191 e segs., distingue consoante as acções não se encontrem submetidas a negociação (hipótese na qual bastará o registo nas sociedades ou agências de valores do qual conste a propriedade do empenhante, ou seja, o processo compõe-se, como sintetiza Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 182, de apenas duas fases: a acreditação do título constitutivo perante a entidade aderente e a inscrição no registo, a partir da qual os valores não poderão ser transmitidos desacompanhados do ónus que sobre eles passa a impender) ou, pelo contrário, tal suceda (caso em que a complexidade aumenta, porque ao lado do registo central – no qual se deverão inscrever todos os ónus relativos às acções admitidas à negociação, existindo uma conta para cada uma das entidades aderentes ao sistema – existe o registo das próprias entidades aderentes, que reflecte, separadamente para cada cliente, o saldo das acções dos clientes depositantes e do qual deverá constar a titularidade do empenhante). Finalmente, depois da inscrição produzir-se-á o “*desglose*” que permite identificar os bens empenhados e eliminar a sua fungibilidade e, se estiverem sujeitas a negociação, não poderão ser transmitidas em bolsa, cabendo ao credor - nomeadamente para efeitos de exercício dos direitos sociais inerentes às participações empenhadas - o direito de requerer à entidade registadora da garantia um certificado de legitimação que ateste o registo da garantia (que não se confunde com o outro certificado que pode ser requerido pelo titular dos valores e que atesta o seu direito de propriedade, o qual deverá ser devolvido à entidade registadora para a inscrição do penhor, sendo que “*Expedido el certificado a favor del disponente, las entidades adheridas o encargadas de los registro contables no podrán dar curso a transmisiones o grávamenes, ni practicar las correspondientes inscripciones, en tanto los certificados no hayan sido restituidos*” – Mejias Gomez, ult. ob. e loc. cit.: ou seja, enquanto o certificado que pode ser requerido pelo credor pignoratício produz efeitos quanto à sua legitimação para o exercício de direitos sociais inerentes à acção, o certificado que seja referente à propriedade, esse sim, com a sua devolução, produz a imobilização dos valores a que se refere – Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 231), do qual devem constar diversas menções (a identificação do titular dos valores, a existência de ónus sobre os mesmos, a identificação do emissor, a emissão a que pertencem, a classe e o valor nominal) e, em caso de oneração de apenas parte dos valores integrados numa mesma conta, dever-se-ão separar estes dos não empenhados (cfr. De la Santa Garcia, Prenda de

---

valores cit., pág. 167). Em suma e como salienta Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 182 o penhor de valores sujeitos a negociação subdivide-se em três fases “1. *La acreditación del título constitutivo ante la Entidad adherida*. 2. *La inscripción de la prenda*. 3. *El desglose de los valores afectados*” (em termos mais precisos e de acordo com De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 187 e segs., antes de formalizar o contrato de penhor, o credor deve comprovar a legitimidade do constituinte para onerar os valores mobiliários, o que fará normalmente através do requerimento de um certificado de legitimação à entidade registadora de acordo com os dados constantes do registo e dos quais conste o direito de propriedade deste sobre aqueles valores – excepto se o credor for uma destas entidades, caso em que será desnecessária a expedição daquele certificado – e, posto isto, apresentará à entidade registadora o contrato de penhor, devendo esta atestar a existência do consentimento de ambas as partes para a constituição da garantia e comprovar a titularidade do constituinte em face dos dados constantes do registo e, se for caso disso, procederá à inscrição da garantia: uma vez inscrita, a garantia torna-se imediatamente oponível a terceiros, devendo ser emitido um certificado a favor do credor pignoratício atestando a constituição da garantia, ficando os valores onerados imobilizados registalmente).

<sup>2237</sup> A lei francesa de 1983, posteriormente alterada em 1996, dispunha que a garantia se constituía através de uma simples declaração data e assinada pelo titular da conta à qual pertenciam os valores a onerar, ficando o organismo detentor da conta obrigado a transferir os valores empenhados para uma outra conta específica e a entregar ao empenhante um documento comprovativo da operação (mais precisamente e como esclarece Daniel Fasquelle, ob. cit., pág. 1, o art.º 29.º da Lei n.º 83-1, de 3 de Janeiro de 1983, permitia “*la constitution en gage des valeurs mobilières est réalisée tant à l’égard de la personne morale émittrice que des tiers par une déclaration datée et signée par le titulaire*”, devendo os títulos ser remetidos para uma conta especial aberta em nome da sociedade emitente dos valores onerados ou de um intermediário financeiro, sendo entregue ao credor pignoratício um documento comprovativo da constituição do penhor), muito embora tal declaração pressuponha um prévio acordo das partes (e, por isso, tal declaração “*ne peut que matérialiser ce que le créancier gagiste et et le débiteur ont préalablement convenue*” - Daniel Fasquelle, ob. cit., pág. 7), consagrando, desse modo, uma hipótese de sub-rogação do objecto da garantia, ao dispor que todos os títulos que viessem substituir ou complementar os inicialmente empenhados, por via de troca, reagrupamentos, divisões, atribuições gratuitas, subscrições em numerário ou outras, se encontravam, salvo estipulação em contrário, integrados na garantia pignoratícia (porém, o último Autor citado alerta para duas interpretações diversas desta norma, uma mais restritiva, admitindo apenas o funcionamento do instituto nos casos expressamente previstos no preceito citado e outra, mais lata, consentindo a operatividade da sub-rogação real de modo geral, com fundamento na parte final do preceito que fala, genericamente, de outras operações - de acordo com esta segunda interpretação, seria possível empenhar um portefólio de valores mobiliários e encarregar o credor pignoratício de o gerir do modo que entendesse mais conveniente, assim fazendo frutificar o bem onerado) -: o Autor, admite mesmo que, sem autorização expressa das partes, a entidade gestora da conta onde esses valores se acham registados possa socorrer-se da figura da sub-rogação quando os valores onerados se vençam antes do crédito garantido - a menos que o credor disponha de um mandato do devedor para proceder, ele próprio à cobrança - ou quando pretenda evitar uma depreciação dos mesmos, reutilizando as quantias obtidas na aquisição de novos valores mobiliários). Para além disso e segundo Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 40 e segs., decorria do regime legal a possibilidade de o credor pignoratício cobrar os dividendos e compensá-los com o seu crédito (por aplicação do regime civilístico dos frutos), a consagração expressa da sub-rogação real (em caso de novos títulos virem ou complementar os originariamente onerados, em resultado de operações de troca, reagrupamento ou atribuição gratuita), a configuração do penhor da conta de valores mobiliários como tendo por objecto uma universalidade de facto (de tal forma que “*plus que les biens eux-mêmes, c’est le réceptacle qui sert de support au gage*”) e a celeridade de execução da garantia, especialmente quando incidisse sobre valores mobiliários cotados em mercado oficial (caso em que se procederá à alienação de acordo com a cotação em vigor nessa data). Importa referir que tal regime foi, posteriormente, incorporado nos art.ºs L431-4 e L431-5 do Code Monétaire et Financier, dele constando igualmente o reconhecimento normativo do penhor sobre um portefólio de valores mobiliários – ou, mais genericamente, sobre uma universalidade de bens – assim como da rotatividade sem efeitos novatórios – ao prever-se, em termos gerais, que o objecto do penhor se espraia de modo a abranger também os instrumentos financeiros que, por qualquer meio, venham substituir ou complementar os inicialmente constantes da conta onerada, bem como aos dividendos por estes produzidos - e a atribuição ao credor de um direito de retenção fictício sobre o *quid* onerado (posteriormente, através da Ordonance n.º 2009-15 de 8 de Janeiro de 2009, esta norma foi inserida no art.º L211-20 do mesmo Código, sendo agora as referidas soluções aplicáveis, já não aos valores mobiliários, mas a uma nova categoria apelidada pelo legislador como instrumentos financeiros – que, de acordo com o art.º L211-1, integra os títulos de capital emitidos pelas sociedades

---

anónimas, os títulos de créditos, com excepção das letras de câmbio, e as quotas ou acções dos fundos de investimento). Em termos análogos, vide Stéphane Piedelièvre, ob. cit., págs. 198 e 199 (realçando, ainda, que o desrespeito das formalidades legais gerava unicamente a inoponibilidade da garantia a terceiros e, por outro lado, o reconhecimento expresso de um direito de retenção ao credor pignoratício, o qual parecia excluir a possibilidade de posterior oneração dos mesmos valores mobiliários a favor de outros credores). Segundo Daniel Fasquelle, ob. cit., págs. 2 e 3, o penhor de valores mobiliários é utilizado com frequência como garantia da concessão de crédito bancário (normalmente acompanhado de um contrato de gestão dos valores empenhados, com base no qual o banco credor procede à respectiva conservação) e também como penhor judicial (que, nos termos da lei geral, é publicitado de através de notificação da sociedade emitente dos valores – tornando, assim, a garantia oponível a terceiros – constituindo-se a garantia sem necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro, razão pela qual o Autor entende “*qu’il s’agisse plus d’une nouvelle hypothèque mobilière que d’un véritable gage*”). Ainda segundo este último Autor (ob. cit., pág. 8 e segs.), a dação em penhor de valores mobiliários, especialmente de participações sociais, pode estar sujeita a diversos constrangimentos, sejam eles relativos às partes no contrato de garantia (nomeadamente quando seja necessário o acordo prévio da sociedade emitente, a manifestar através de notificação ao credor pignoratício – e, mesmo quando tal consentimento seja prestado, a posição do credor não é absolutamente segura, uma vez que a sociedade poderá, mesmo tendo prestado o seu consentimento, adquirir as participações e reduzir o capital social, desta forma evitando a entrada de sujeitos indesejáveis na sociedade - ou esta sociedade disponha de um direito de preempção relativamente às participações oneradas; outro tipo de limitações decorre da própria lei, uma vez que esta interdita a aceitação em penhor, por parte de uma sociedade, das próprias acções, evitando que, em caso de execução da garantia, se apodere das suas próprias participações, assim criando um capital social ao qual não corresponda um activo real) ou ao próprio objecto, seja em razão do seu carácter futuro (que torna inviável a constituição de penhor sobre bens corpóreos – em razão da exigência de desapossamento – mas não sobre bens incorpóreos, para os quais o desapossamento se poderá efectuar através de outros mecanismos – registo, notificação ou outros –, pelo que “*Rien ne s’oppose par conséquent à la validité de la mise en gage de biens incorporels futurs si certaines conditions sont remplies. Il est nécessaire notamment que la somme due, l’espèce et la nature du bien donné en gage soient précisées. Il faut également que les formalités de la mise en gage qui remplacent la dépossession soient effectuées*”, condições essas preenchidas a respeito do penhor de valores mobiliários desmaterializados, assim consentindo, por exemplo, o penhor de participações sociais em caso de aumento de capital – entre o momento em que este é deliberado e a data da concretização efectiva da operação - e de sociedades em processo de formação: é certo que, em todas estas hipóteses, o bem futuro poderá nunca chegar a surgir, mas esse é um risco que corre o credor pignoratício), seja por força da respectiva inalienabilidade. No que especificamente respeita ao cumprimento do requisito do desapossamento – imposto como condição, salvo disposição especial em contrário, para a constituição do penhor – e depois de considerar este, na ausência de tal norma em contrário, como um penhor com desapossamento (pois, por um lado, a citada Lei de 1983 manda aplicar o regime legal comum da cessão à cessão de valores mobiliários – não sendo de crer que pretenda uma solução diversa para o penhor – para além de, neste caso, não se verificarem os inconvenientes da entrega do bem ao credor que motivam a criação de penhores sem desapossamento e, finalmente, pelo facto de a lei não ter organizado nenhum modo de protecção do credor substitutivo do desapossamento), considerando que este se produz, não pela inscrição no registo (como se poderia entender antes da desmaterialização, uma vez que, então o desapossamento resultava da inscrição no registo da sociedade), mas sim pela simples declaração, não sujeita a qualquer formalismo específico, do titular dos valores mobiliários dirigida à entidade gestora da conta (declaração esta a que se seguirá o registo e, posteriormente, a emissão de um documento comprovativo do registo ao credor pignoratício, até porque a lei fala da transferência dos valores empenhados para uma conta especial, o que significa “*que la mise en gage a déjà eu lieu quand le teneur de compte procède à l’inscription au compte spécial et a fortiori quand il délivre l’attestation*”), não bastando a simples declaração, sendo ainda indispensável que a mesma chegue ao seu destinatário (funcionando, assim, a declaração como um acto unilateral receptício, que apenas produz efeitos se e quando seja recebida pelo respectivo destinatário), produzindo como efeito principal a indisponibilidade dos valores empenhados, traduzida na impossibilidade de transferir aqueles valores para outra conta (embora o titular dos valores os possa ceder, se bem que essa cessão será inoponível ao credor pignoratício), muito embora tal indisponibilidade não seja efectuada, de modo imediato, a favor do credor pignoratício, uma vez que os bens empenhados não são inscritos na conta deste, nem tão pouco a declaração de constituição do penhor lhe é dirigida: assim sendo, se só a entidade gestora da conta pode bloquear e evitar a transferência dos valores empenhados, esta transforma-se num terceiro detentor. Esta declaração permite individualizar os valores mobiliários onerados e assegurar uma publicidade da garantia através do gestor da conta (encontrando-se este numa situação análoga à do

Porém, se as partes acordarem na atribuição do direito de voto ao credor pignoratício (cfr. art.º 23.º do CSC), o penhor poderá constituir-se por registo em conta do credor pignoratício (art.º 81.º, n.º 2, do CVM).<sup>2238</sup>

Todavia, a entidade encarregue do registo variará consoante os valores se encontrem admitidos à negociação em mercado regulamentado<sup>2239</sup> (caso em que serão obrigatoriamente integrados em sistema centralizado – art.ºs 61.º, alínea a) e 62.º), ou não, sendo que, nesta segunda hipótese, poderá existir um único intermediário financeiro indicado pelo emitente (art.ºs 61.º, alínea b) e 63.º, n.º 1, enumerando este último preceito os casos em que o registo nesse único intermediário é obrigatório, excepto se houver integração em sistema centralizado) ou o registo poderá ser efectuado directamente junto do emitente (porém, este regime apenas vale para os valores mobiliários nominativos não integrados em sistema centralizado, nem registados num único intermediário financeiro e pode ser substituído por registo com igual valor por parte de intermediário financeiro que actue como representante do emitente - art.ºs 61.º, alínea c) e 64.º, n.ºs 1 e 2).<sup>2240</sup>

---

terceiro devedor do crédito onerado, no penhor de créditos, competindo-lhe advertir os terceiros que se lhe dirijam da existência do penhor). Quanto ao papel do registo da garantia numa conta especial, o Autor sustenta que o mesmo assume uma função probatória, “*L’inscription au compte spécial présumerait alors la dépossession et donc la constitution du gage, jusqu’à preuve en contraire (...) s’agissant d’uen bien meuble corporel dont la gestion est organisée par un tiers, le créancier n’a pas d’autres moyens de démontrer que la dépossession a eu lieu et par la même que le gage est formé*”: em suma, aquela declaração é condição de atribuição de efeitos do penhor face às partes (pois se dependesse do registo “*la constitution même du nantissement seriat laissé au bon vouloir du teneur du compte et dépendrait du moment à partir duquel celui-ci serait disposé à procéder à ces différentes formalités (...) la protection du créancier dépend du moment à partir duquel la dépossession est réalisée. Il est donc dans son intérêt qu’elle ait lieu dès le moment où le teneur de compte a connaissance de l’accord*”) e face a terceiros (pois o registo não comporta uma função rigorosamente publicitária, porquanto, quer a conta do devedor empenhante, quer a conta especial para a qual são transferidos os valores onerados, não são de acesso livre a terceiros), cabendo ao registo uma função meramente probatória.

<sup>2238</sup> Para Sofia Maltez, ob. cit., pág. 18 e Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 64, o registo na conta do credor pignoratício é uma faculdade e não um dever (alertando este último para o facto de, sendo o penhor registado na conta do titular das acções, o credor poder exercer o direito de voto através da apresentação de um certificado emitido pela entidade registadora. Durante o prazo de vigência deste certificado, a acção é alvo de um bloqueio – cfr. art.º 72.º, n.º 1, alínea a) - , tornando-se inviáveis todos os actos de disposição voluntária por parte do seu titular).

<sup>2239</sup> De acordo com o art.º 199.º do CVM, consideram-se mercados regulamentados aqueles sistemas multilaterais, autorizados por qualquer Estado membro da União Europeia, que funcionem regularmente com a finalidade de possibilitar o encontro de interesses relativos a instrumentos financeiros com vista à celebração de contratos sobre tais instrumentos, encontrando-se sujeitos a registo na CMVM (art.º 202.º, n.º 1) e dependendo a sua criação de autorização do Ministro das Finanças (art.º 217.º, n.º 1), exigindo-se ainda o cumprimento de um conjunto de requisitos respeitantes aos valores mobiliários em geral e ao respectivo emitente (art.º 227.º), requisitos mais exigentes quando seja requerida a admissão num mercado com cotações oficiais (art.ºs 228.º a 230.º). Príes Picardo, ob. cit., págs. 679 a 681, distingue os mercados primários (destinados exclusivamente à emissão de valores mobiliários) dos mercados secundários, nos quais os mesmos valores são objecto de negociação e que se subdividem em oficiais (cujos exemplos paradigmático são as bolsas de valores e os mercados de dívida pública) e não oficiais: em face do regime espanhol, são empenháveis os valores mobiliários cotados em mercados secundários, mesmo que não oficiais, embora exista um sistema de execução mais expedito reservado para aqueles cotados em mercados oficiais.

<sup>2240</sup> Como salienta Sofia Maltez, ob. cit., pág. 12, notas 17 e 18, o registo da titularidade dos valores mobiliários nestas contas individualizadas varia consoante aqueles estejam ou não integrados em sistema centralizado (o qual Soveral Martins, ob. cit., pág. 284, se caracteriza por ser formado por um conjunto de contas, em que se integram as contas de registo individualizado). Na primeira hipótese, os registos podem ser efectuados em contas abertas em diversos intermediários financeiros autorizados, cabendo ao investidor escolher qual (o que poderá originar a dispersão desses registos por diversos intermediários); na segunda, a entidade emitente indica um único intermediário financeiro para efectuar o registo. Importa,

Seja como for, quando a sociedade emitente não seja a encarregue do registo, é discutível se será imperiosa a notificação a esta constituição da garantia,<sup>2241</sup> parecendo que uma resposta afirmativa mais defensável quando se trate de valores nominativos<sup>2242</sup> (pese embora o facto de, mesmo quando tal comunicação não seja efectuada, o credor pignoratício não ficar inibido de exercer os direitos sociais que lhe compitam, uma vez que poderá requerer um certificado de legitimação que lhe consentirá aquele exercício – art.ºs 78.º, n.º 2 e 83.º), parecendo mais curial considerar esta comunicação como um

---

contudo, não confundir estas contas de registo individualizadas com as contas de emissão (que são abertas na entidade emitente das acções e representam a quantidade de acções emitidas, sendo da competência desta os respectivos registos, dos quais devem constar as menções previstas no art.º 44.º) e com as contas de controlo (que são abertas na entidade gestora do sistema pelos emitentes – contas de controlo da emissão – e pelos intermediários financeiros – contas de controlo das contas de registo individualizados), cujo objectivo é o de verificar que a soma dos saldos das contas de emissão corresponde à soma dos saldos das contas individualizadas de titularidade. No direito espanhol, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 224 e segs., destaca como a constituição de penhor sobre acções cotadas em bolsa obedece a uma dupla inscrição (no registo central, que se decompõe em tantas contas quantas forem as entidades aderentes ao sistema, distinguindo, para cada uma destas, uma conta própria – da qual consta o número de acções de que seja titular tal entidade – e uma conta de terceiros, na qual figura a conta global de valores dessa emissão que a entidade aderente administra em nome dos seus clientes; e também no registo detalhado detido por cada uma das entidades aderentes. Na prática, o Autor anuncia que a inscrição se faz neste último registo quando se trate de valores propriedade de clientes particulares – sem prejuízo da posterior comunicação e inscrição no registo central – e exclusivamente no registo central quando os valores a onerar pertençam às próprias entidades aderentes), ao passo que se tal não suceder bastará uma única inscrição (junta de entidade escolhida pela entidade emissora dos valores): de qualquer modo, qualquer destas inscrições deverá conter o número da operação, a data da operação, a data do registo, o número de valores abrangidos, o código de valor (que permite identificar o nome e a descrição da emissão, o tipo de juros, a amortização e data de pagamento do cupão, a moeda em que está denominado o título), as referências do registo afectado com a operação e o número de valores por referência de registo (para além disso, a inscrição será identificada através de uma série de códigos informáticos que permitem seguir as vicissitudes de cada direito e ainda, no caso específico do penhor, um número específico de operação que permita conhecer a mesma). Em termos aproximados, Bautista Pérez, *ob. cit.*, pág. 55, distinguindo o registo central (do qual consta uma conta contendo o saldo global de todos os valores que cada entidade aderente tenha registados nas suas contas a favor de terceiros e, ainda, uma outra que reflecte os valores propriedade da própria entidade aderente), dos registos das diversas entidades aderentes (dos quais constam, por referência a cada valor, as contas correspondentes a cada titular, espelhando em cada momento o saldo que lhe pertença).

<sup>2241</sup> Apesar de a lei apenas estabelecer, de modo indirecto (ao prever, no art.º 93.º, alínea b), o dever da entidade gestora daquele sistema fornecer à sociedade emitente os elementos necessários para o exercício dos direitos patrimoniais inerentes aos valores mobiliários registados e para o controlo do exercício de tais direitos: ora, na medida em que tais direitos podem ser atribuídos ao credor pignoratício, a constituição da garantia deverá ser comunicada ao emitente), tal comunicação quando os valores onerados se encontrem integrados num sistema centralizado, a mesma solução poderá ser equacionada quando a entidade incumbida do registo de valores mobiliários seja um intermediário financeiro, tendo em conta a influência que a constituição de um penhor (nomeadamente ao nível do exercício dos direitos sociais por parte do credor pignoratício) pode assumir na realidade societária. Porém, a solução contrária – ausência deste dever de notificação à sociedade emitente – pode fundar-se na circunstância de, por um lado, tal exigência apenas vigora para o penhor de créditos (art.º 681.º, n.º 2) e o penhor de valores mobiliários não ser um penhor de créditos e, por outro, uma vez que a função publicitária da notificação será cumprida pelo registo (isto sem prejuízo da possibilidade de esta solicitar às entidades registadoras os elementos constantes das contas de registo das acções nominativas e, assim, conhecer a existência do penhor) – adopta este segundo entendimento, Sofia Maltez, *ob. cit.*, pág. 20 e segs., no qual nos revemos, mas não sem salvaguardar que o intuito publicitário do registo não será cabal, na medida em que, como se verá adiante, esse registo não é de consulta pública.

<sup>2242</sup> Com efeito, apenas quanto aos valores nominativos a sociedade emitente tem a faculdade de conhecer a identidade dos respectivos titulares, daí não surpreender que apenas relativamente a estes a lei estabeleça expressamente um dever das entidades registadoras prestarem as informações que lhe sejam solicitadas pela sociedade emitente – cfr. art.º 85.º, n.º 1, alínea c), do CVM.

ónus a cargo da entidade registadora,<sup>2243</sup> mas nunca uma condição de eficácia da garantia.<sup>2244</sup>

Independentemente da existência de um regime legal específico ditado para os valores mobiliários, há quem admita que este tipo de bens possa continuar a ser empenhado através do recurso às regras gerais do penhor, *maxime* do penhor de créditos.<sup>2245</sup>

Ainda de acordo como o regime ditado pelo Código dos Valores Mobiliários, para proceder à constituição da garantia, deverá ser solicitada a inscrição do ónus à entidade registadora, bem como devolvido o certificado porventura anteriormente expedido por aquela mesma entidade atestando a ausência de ónus ou encargos (nos termos do art.º 78.º, n.º 1), à qual caberá ainda comprovar que os valores a empenhar se encontram inscritos em nome do constituinte (art.º 70.º) e que o pedido é instruído com documentos bastantes para prova do facto a registar (art.º 67.º, n.º 1).<sup>2246</sup>

---

<sup>2243</sup> Ou, no mínimo, incumbindo a esta um dever de resposta aos pedidos de informação que lhe sejam dirigidos pelas sociedades emitentes, dever esse inequivocamente consagrado, no que respeita aos valores mobiliários nominativos, no já citado art.º 85.º, n.º 1, alínea c), do CVM.

<sup>2244</sup> Neste sentido para o direito espanhol Diaz Moreno, ob. cit., págs. 394 e 395, assegurando ser o registo a única condição para a produção de efeitos da garantia, sobretudo porque “*La equiparación entre la inscripción de la garantía y el desplazamiento posesorio del título permite deducir que la entidad emisora no puede desonocer la prenda constituida argumentando que no le ha sido notificada. Y en ningún caso es necesaria la notificación o comunicación alguna para el nacimiento del derecho*” e, em termos aproximados, Salinas Adelentado, El régimen cit., pág. 182 (esclarecendo que a comunicação da inscrição, por parte da entidade encarregue do registo, à sociedade emissora para efeitos de inscrição no livro de sócios, não é essencial para o nascimento da garantia). Todavia, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 131 e 215, (apesar de reconhecer que a regra aponta no sentido de a inscrição – que comporta a atribuição de uma referência numérica de registo - não tornar necessária a comunicação da constituição da garantia à entidade emissora dos valores empenhados, até porque não existe um livro de registo de acções, com acontece para as acções tituladas nominativas: por ser assim, a inscrição no registo tabular é a única condição de exercício dos direitos sociais inerentes às acções representadas por anotações em conta) esclarece que, quando se trate de valores obrigatoriamente nominativos, a entidade encarregue do registo deve comunicar oficialmente a constituição da garantia à sociedade emitente (quanto às demais acções, a comunicação só se produzirá a pedido desta última).

<sup>2245</sup> Neste sentido, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 204 a 207, defendendo a possibilidade de uma cessão limitada deste tipo de valores mobiliários e alegando que a constituição do penhor se verifica em razão do cumprimento das regras da cessão de créditos e independentemente da inscrição tabular (a qual poderá ser solicitada pelo credor para, desse modo, desfrutar da protecção conferida por esse registo), dispensando até a necessidade de notificação do devedor, *in casu* a sociedade, uma vez não existirem normas de protecção da confiança de terceiros em matéria de circulação de direitos incorpóreos e, por isso, a notificação não poder ser equiparada ao desapossamento do devedor (embora o credor possa ter interesse em efectuar tal notificação, designadamente para obter uma legitimação para o exercício dos direitos sociais).

<sup>2246</sup> De acordo com Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 63, o requerimento de registo, que deverá ser acompanhado da documentação comprovativa da celebração do contrato de penhor, pode ser apresentado pelo titular das acções ou pelo credor pignoratício (cfr. art.ºs 66.º, n.º 2 e 67.º do CVM). Por outro lado, a não realização atempada do registo pela entidade competente, após a recepção do pedido, pode originar a sua responsabilidade civil (cfr. art.ºs 87.º e 94), designadamente pelos prejuízos resultantes de entretanto ter ocorrido uma transmissão das acções em questão e, por força da ausência do registo, o penhor não ser oponível ao adquirente. Assim, para o direito espanhol, Diaz Moreno, ob. cit., págs. 395 e 396, salientando que, na comprovação da legitimidade do empenhante, a entidade encarregue do registo deverá verificar apenas a sua titularidade formal (se figura inscrito no registo como titular) e a devolução dos certificados, não incorrendo em responsabilidade (por exemplo, reclamada, em caso de aquisição de penhor *a non domino*, pelo verdadeiro proprietário) sempre que actue dessa forma (para além disso, o Autor entende que deverá ser investigada, com um mínimo de diligência, a autenticidade das ordens de inscrição das garantias – designadamente confrontando a assinatura do empenhante no momento da transferência com a constante do acto de aquisição dos mesmos valores): em suma, não parece que estas entidades possuam “*una función calificadora y de control de legalidad semejante a la que corresponde a los registradores de la propiedad y mercantiles*”.



Uma vez que a inscrição no registo pressupõe um contrato de garantia anterior, a legitimidade para requerer o registo assiste ao constituinte da garantia e ao credor pignoratício (art.º 66.º, n.º 2), sendo para o efeito necessária uma ordem escrita do primeiro ou um documento bastante para a prova do facto que se pretende inscrever – e que, no caso do penhor, pode ser o próprio contrato de constituição da garantia - (art.º 67.º, n.º 1),<sup>2247</sup> dele devendo constar a indicação da quantidade de acções dadas em penhor, da obrigação garantida e a identificação do credor pignoratício.<sup>2248</sup>

Por outro lado, a lei consagra o princípio do trato sucessivo (art.º 70.º), nos termos do qual a transmissão ou a oneração de quaisquer valores mobiliários escriturais exige a prévia inscrição a favor do disponente.

Nesta conformidade e apesar da ausência de desapossamento possessório do título, a garantia continua a ser qualificada como penhor, assumindo a inscrição no registo um papel equivalente ao da entrega física do bem ao credor:<sup>2249</sup> todavia, tal não conduzirá imperativamente à aplicação de todas as normas do regime geral consagrado para a garantia pignoratícia.<sup>2250</sup>

No direito francês, a tendência aponta no sentido de qualificar esta garantia como um penhor sobre bens incorpóreos, sem desapossamento, dotado de um regime específico que se afasta ligeiramente do vigente para a generalidade daqueles bens, nomeadamente para o penhor de créditos.<sup>2251</sup>

---

<sup>2247</sup> Já é discutível saber se o requerimento de registo deverá ser acompanhado de documento comprovativo do contrato de penhor, tendo em conta que não parece ser necessário que tal contrato seja reduzido a escrito. Sofia Maltez, ob. cit., pág. 17, nota 35, entende que tal ónus apenas existe quando o registo seja solicitado pelo credor pignoratício, sendo necessário um documento escrito assinado pelo devedor através do qual se comprove a dação em penhor dos valores (pois só na posse desse documento a entidade registadora pode verificar o facto que se pretende registar), mas já não quando o registo seja requerido pelo titular das acções (bastando, nesta hipótese, que este ordene, por escrito, à entidade registadora que proceda ao registo)

<sup>2248</sup> Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 282.

<sup>2249</sup> No direito espanhol esta equiparação consta do texto legal, porquanto o art.º 10.º da LVM afirma expressamente que “*la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título*”.

<sup>2250</sup> É a posição de Diaz Moreno, ob. cit., págs. 387 a 389, para quem “*las normas sobre la prenda posesoria que partan del supuesto de que el acreedor tiene en su poder una cosa mueble no serán aplicables a la prenda de valores representados por medio de anotaciones en cuenta*”, apontando como exemplo o preceito que impõe ao credor o dever de conservação dos bens onerados que tenha em seu poder (nestes casos, caberá recorrer às normas ditadas para o penhor sem desapossamento e para a hipoteca mobiliária). Em termos análogos, para De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 160 e segs., deverá ser aplicado supletivamente o regime civilístico do penhor, uma vez que “*El legislador podía haber diseñado un nuevo sistema para la constitución de la prenda de valores en anotaciones en cuenta, por ejemplo, que se entendiera transmitida su posesión por la mera voluntad de las partes; sin embargo, decide utilizar el mismo sistema general establecido en el Código Civil, adaptándolo, en lo necesario, a las anotaciones en cuenta*”, de modo que “*buna parte de la disciplina aplicable a la prenda de valores representados en anotaciones en cuenta se encuentra contenida en el Código Civil*” (todavia, o Autor reconhece que a ausência de desapossamento do constituinte implica a não aplicação de alguns aspectos daquele regime, nomeadamente da norma que impõe ao credor o dever de conservação do bem onerado – excepto, eventualmente, se o credor pignoratício for, simultaneamente, a entidade encarregue do registo, caso em que aquela obrigação subsistirá -, pelo que também não será de descurar a aplicação de algumas normas respeitantes ao penhor sem desapossamento e à hipoteca mobiliária, designadamente no que respeita aos efeitos do registo: em suma, conclui pela qualificação desta figura como “*una institución de naturaleza híbrida o mixta*”).

<sup>2251</sup> Neste sentido, Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., págs. 529 e 538, Legeais, Sûretés 2009 cit., págs. 393 e 400 e Aynès et Crocq, Les sûretés 2009 cit., págs. 249 e 260 (estes últimos destacando a natureza imperfeita da publicidade desta garantia). Esta tendência é mais acentuada após a reforma do direito das garantias francês de 2006, da qual resulta uma distinção muito nítida entre o penhor de bens corpóreos (“gage”) e incorpóreos (“nantissement”). Todavia, o novo regime apenas dita regras para uma espécie de bens incorpóreos (os créditos pecuniários), limitando-se o art.º 2355.º, n.º 5, do novo CCF a

Apesar de este registo comungar de diversas características do registo predial, designadamente a presunção da titularidade e da existência do direito,<sup>2252</sup> existe um aspecto extremamente relevante em que se afasta daquele e que se prende com a circunstância de o registo dos valores mobiliários não ser público, de acesso livre, mas ter carácter reservado ou até sigiloso (cfr. art.ºs 85.º e 86.º, *a contrario*), pelo que será de duvidar do seu carácter publicitário.<sup>2253</sup>

Deste modo, o credor que receba em penhor determinados valores mobiliários não terá legitimidade para, antes de celebrar o negócio, aceder ao registo e confirmar se tais valores estão previamente onerados ou até se efectivamente pertencem ao empenhante.<sup>2254</sup>

---

mandar aplicar a todos os demais bens incorpóreos o regime ditado para os bens corpóreos: todavia e como salientam Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 529, essa remissão apenas é válida na falta de um regime especial, o que sucede, precisamente, com o penhor de instrumentos financeiros.

<sup>2252</sup> Também no direito espanhol se presumirá como titular legítimo dos valores mobiliários representados através de anotações em conta aquele a favor de quem tais anotações se encontrem efectuadas, tendo por isso direito a exigir da entidade emissora as prestações relativas aos valores mobiliários registados (liberando-se a entidade emissora efectuando essas prestações a favor do legitimado, ainda que este não seja o titular do valor mobiliário em questão, sempre que actue de boa fé e sem culpa grave, facto este que “*dará lugar a una adquisición de propiedad o de derecho real limitado a non domino*”), e dispondo da faculdade de exercer, transmitir e onerar os referidos valores. Para além disso, ao titular dos direitos inscritos no registo será entregue, pela entidade encarregue de efectuar este, um certificado simples (com efeitos nas relações entre a entidade registadora e os titulares de direitos sobre os valores inscritos, devendo o certificado ser codificado – de modo a garantir a correspondência entre o registo e a informação transmitida ao sistema central de gestão – embora não sejam representativos do valor, nem transmissíveis ou negociáveis, demonstrando apenas a formalização da anotação a favor do portador do certificado, isto é, “*Serán justificativos de la titularidad de la Deuda anotada en el registro con el que corresponden en el momento de la expedición del resguardo, pero no en ningún momento posterior*”, não sendo, por isso, a sua apresentação condição para a realização de operações sobre os valores a que o certificado se refere: neste contexto “*antes de proceder a transmisiones o constitución de derechos reales sobre valores anotados (...) deberá comprobarse en el registro contable que efectivamente son de propiedad de quien aparece legitimado por ellos, y no se encuentran desglosados como consecuencia de cargas, derechos reales constituidos sobre los mismos o por la expedición de certificados de legitimación*”), bem como um certificado de legitimação (o qual, como o próprio nome indica, “*produce la plena legitimación del titular del mismo sobre los valores a que refiere, ya que provoca con su expedición la inmovilización de los valores de manera que las entidades encargadas de los registros no podrán dar curso a transmisiones o gravámenes o practicar las correspondientes inscripciones en los registros en tanto se hayan restituido*”, isto é, “*Legitiman para la transmisión y el ejercicio de los derechos derivados de los valores anotados*”, pelo que os membros das bolsas não poderão executar ordens de venda sobre valores relativamente aos quais tenham sido expedidos este tipo de certificados) para os mesmos valores (não podendo existir mais de um certificado para o exercício ou transmissão dos mesmos valores), cuja expedição não é obrigatória (apenas ocorrerá a pedido do titular dos valores, por exemplo, para constituir um penhor sobre os mesmos). Deste certificado de legitimação deverão constar dados relativos ao emissor e ao titular dos valores (e, eventualmente, dos titulares de ónus sobre os mesmos), aos próprios valores (identificação da emissão, do número de valores que integram e as referências de registo correspondentes), à finalidade com que foram expedidos (e o respectivo prazo de vigência) e à data de emissão. (vide Pries Picardo, ob. cit., pág. 695 e segs.),

<sup>2253</sup> Como salienta Sofia Maltez, ob. cit., pág. 13, em especial nota 24, o carácter sigiloso do registo manifesta-se mesmo relativamente à própria sociedade emitente dos valores mobiliários – acerca da existência de um dever de comunicação, por parte da entidade registadora, à sociedade emitente, vide o que se dirá adiante no texto.

<sup>2254</sup> Por isso, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 14, notas 25 e 26, afirma que a segurança do comércio jurídico dos valores mobiliários não resulta do registo, mas antes do conjunto de obrigações a que se encontram sujeitos os intermediários financeiros, entres os quais o dever de bloqueio (cfr. art.º 72.º), uma vez que aquele registo se encontra organizado no interesse primordial do titular dos valores e não de terceiros (sendo, por isso, este bloqueio e não aquele registo que assegura a segurança do comércio jurídico de valores mobiliários). Por outro lado e como salienta Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 131 e

Todavia, a posição do credor pignoratício não é tão nefasta como se poderia supor, na medida em que pode solicitar ao titular das acções um certificado de registo que ateste o seu direito, o qual será emitido pela entidade registadora (art.º 78.º, n.ºs 1, 2 e 3)<sup>2255</sup> e, para além de servir para o exercício dos direitos sociais (art.º 83.º),<sup>2256</sup> provoca, enquanto não for substituído por outro, a indisponibilidade dos valores onerados, por força do bloqueio a que passam a estar sujeitos (art.º 72.º, n.º 1, alínea a)).

Contudo, a protecção mais intensa do credor pignoratício advém da circunstância de a falta de legitimidade do empenhante lhe ser oponível, se de boa fé, desde que a constituição do penhor se ache registada (art.º 58.º, n.ºs 1 e 2).<sup>2257</sup>

Mas a protecção do credor pignoratício prolonga-se inclusive para o período sucessivo ao do surgimento da garantia, porquanto os valores empenhados não podem, salvo casos excepcionais, ser transaccionados nos mercados regulamentados (art.º 204.º, n.º 1, alínea a))<sup>2258</sup>, sendo esse efeito decorrente da ausência de um sistema de publicidade que advirta os terceiros da existência de ónus sobre os valores mobiliários.<sup>2259</sup>

---

132, o titular das acções não tem direito a saber quem são os seus consócios – pois terão apenas acesso às informações da conta aberta em seu nome e dos valores aí inscritos.

<sup>2255</sup> Segundo reza o n.º 2 do dito art.º 78.º, tal certificado atesta a existência do usufruto, penhor ou quaisquer outras situações jurídicas que especifique, acrescentando o n.º 3 que o mesmo podendo ser requerido por quem tenha legitimidade para requerer o registo (legitimidade essa que, conforme exposto no texto, assiste ao empenhante e ao credor pignoratício). Para além disso e em termos mais gerais, o art.º 85.º, n.º 1s, alínea b) e n.º 2, impõe às entidades registadoras o dever de prestar as informações que lhe sejam solicitadas por parte do credor pignoratício, incluindo os elementos constantes dos documentos que serviram de base aos registos. De acordo com o direito espanhol, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 233, salienta como não pode ser expedido para os mesmos valores e para o exercício dos mesmos direitos, mais do que um certificado de legitimação, sendo que cada um desses certificados contém informações relativas ao titular dos valores e titulares de eventuais ónus sobre os mesmos, aos dados desses valores, à finalidade com que foram expedidos, à data de expedição e à data de vigência, a qual nunca pode ser superior a 6 meses).

<sup>2256</sup> Cabendo ao intermediário confirmar a regularidade do pedido (ou seja, verificar se o requerente é titular de um direito de penhor e se o direito em vista do qual o certificado é pedido é um daqueles para os quais, nos termos da lei, é necessária a apresentação de tal certificado), embora seja discutível se lhe incumbe averiguar a efectiva legitimidade do requerente para o exercício do direito social em questão (parecendo que, em regra, se imponha uma resposta negativa – cabendo à sociedade emitente efectuar esse controlo – com uma eventual excepção quando existam convenções entre credor e devedor relativamente ao exercício dos direitos sociais, uma vez que estas devem ser inscritas no mesmo registo dos ónus e, por isso, são do conhecimento do intermediário): em caso de recusa ou de atrasos por parte do intermediário, poderá o credor obter uma ordem judicial impondo-lhe tal emissão – neste sentido, em face do direito italiano, Mia Callegari, *ob. cit.*, pág. 201 e segs..

<sup>2257</sup> Ou seja, desde que a constituição da garantia tenha sido efectuada de acordo com as regras de transmissão do direito e tenha sido registada. De acordo com Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, págs. 31 e 32, a protecção do credor pignoratício encontra-se subordinada à verificação cumulativa de quatro pressupostos: a titularidade de um direito real de garantia (o que implica, pelo menos, a celebração do contrato de penhor), a boa fé do credor pignoratício (traduzida no desconhecimento da ilegitimidade do empenhador), a falta de legitimidade do prestador da garantia e, finalmente, que a aquisição do direito se tenha produzido de acordo com as regras aplicáveis aos valores em questão. No direito espanhol a lei fala, a este propósito, da irrevindicabilidade “*para los valores anotados cuya prenda se haya constituido de quien aparece formalmente legitimado por los asientos de los registros*”, de forma que o verdadeiro proprietário não os poderá reivindicar junto do credor pignoratício a partir do momento em que este registre a sua garantia.

<sup>2258</sup> Para Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, pág. 64, a insusceptibilidade de transacção destes valores resulta da perda do seu carácter fungível e, por isso, fundamenta-se no n.º 2, alínea a) do CVM.

<sup>2259</sup> Díaz Moreno, *ob. cit.*, pág. 407 e segs., salienta como este bloqueio dos valores mobiliários empenhados (ou, noutros termos, a “*inmovilización de los saldos de valores afectos al cumplimiento de la obligación asegurada*”) se justifica porque “*En el caso de la prenda de valores anotados la inscripción tampoco supone ninguna publicidad; la mera inscripción del gravamen en la cuenta de valores no lo*

A falta de registo do penhor implicará, aquando de uma eventual futura transmissão dos valores onerados, que esta não seja acompanhada da garantia, isto é, o penhor será inoponível ao adquirente daqueles valores, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil da entidade registadora à qual tendo sido requerido o registo da garantia e não o tenha efectuado (art.ºs 87.º ou 94.º, consoante as acções se encontrem ou não inseridas num sistema centralizado).<sup>2260</sup>

Para além disso, a entidade registadora onde se encontra aberta a conta dos valores mobiliários empenhados não poderá efectuar a transferência desses valores para

---

*hace publico, visible, ya que la ley no ha llegado a prever la organización de un sistema de publicidad formal” e, por isso, por não ter a inscrição efeitos publicitários “si crearia una situación de indisponibilidad impediendo al pignorante de transmitir los valores en perjuicio del acreedor” (sobretudo se vigorar o princípio da posse vale título) e, por outro lado, assim se asseguraria aos terceiros que os valores por si adquiridos se encontram livres de ónus. Porém, de lege ferenda, o Autor defende a transmissibilidade dos valores empenhados, por ser menos restritiva das faculdades do empenhante (e também por analogia com o regime geral do penhor, no qual o constituinte da garantia não perde o direito de dispor dos bens onerados, resultando os limites a esse poder de disposição do facto de o bem se encontrar no poder material do credor), embora reconheça que tal só será possível quando seja criado um sistema “que permita a los interesados cerciorarse de que los valores que están en trance de adquirir se encuentran librés de cargas o, en su caso, conocer los gravámenes que pesen sobre ellos”, pois só assim “el tercer adquirente estaría seguro de que la prenda no inscrita no le será oponible (...) y el acreedor pignoraticio, por su parte, podría confiar en que, una vez inscrito su derecho, éste podrá ser hecho valer frente a cualquier adquirente”. Para Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 229, a imobilização dos valores mobiliários decorrentes da constituição de penhor sobre os mesmos é parcial (pois, apesar de não poderem ser negociados em bolsa, “Ello no quiere decir que su transmisión se encuentre vedada. Nada impide al titular de un bien gravada con prenda, poder transmitir la nuda propiedad a un tercero (...). Ni siquiera el deudor requerirá el consentimiento concurrente del titular del derecho real de prenda constituido sorbe el mismo. Sólo la transmisión del derecho gravado como libre exigiría el consentimiento del acreedor pignoraticio”, admitindo mesmo o Autor a transmissão apenas do direito real limitado, sem afectar a titularidade dos valores anotados). Com efeito, o Autor defende, de lege data, a inexistência de uma indisponibilidade dos bens empenhados, por analogia com o regime geral do penhor (nos termos do qual o empenhante não perde o direito de disposição do bem onerado), rebatendo as críticas relacionadas com a falta de publicidade formal do registo (contrapondo que essa função publicitária é assegurada pelos certificados de legitimação - que deverão conter a expressão dos direitos limitados vigentes sobre os valores mobiliários e cuja exibição poderá ser requerida pelos terceiros que pretendam contratar com o titular dos mesmos - e pelos documentos que atestem a emissão dos valores e que serão depositados e publicados na entidade emissora e na entidade encarregue do registo), embora reconhecendo a existência de uma imobilização dos ditos valores a partir da data da emissão do certificado relativo à titularidade plena - e não à existência da garantia - dos valores e enquanto esse certificado não for restituído (pois, enquanto tal certificado estiver em vigor dá-se o bloqueio dos valores, impedindo as transmissões e a constituição de outras garantias enquanto o certificado não for restituído, assim se garantindo a posição do credor pignoraticio), distinguindo entre esta imobilização e a indisponibilidade (pois, se não houver expedição do certificado ou uma vez devolvido este “la inmovilización registral cesa y se abre el registro a la entrada de un nuevo titular. El certificado de legitimación se convierte en certa medida, en la llave de acceso al registro del nuevo adquirente” e se o credor pignoraticio dispuser de um certificado deverá restituí-lo mal seja notificado da transmissão dos valores - a qual opera sem necessidade do seu consentimento - sem prejuízo da possibilidade de obtenção de um novo certificado): no caso, porém, de títulos cotados em bolsa, a constituição da garantia provoca a exclusão da negociação em bolsa dessas acções (o que se compreende pois “exonera de la gravosa carga entorpecedora que supondría recabar información acerca de la actual situación que atravesarían los valores”), podendo a ulterior transmissão desses valores produzir-se apenas directamente entre as partes. Também Bautista Pérez, ob. cit., págs. 55 e 56, não exclui a possibilidade de os valores mobiliários empenhados, mesmo que cotados em bolsa, poderem ser transmitidos fora do mercado bolsista: em qualquer dos casos, a garantia previamente inscrita será oponível ao terceiro adquirente (o Autor advoga ainda que a inscrição da transmissão deve ser requerida pelo notário - quando o contrato de penhor tenha conste de documento público - ou pela entidade que tenha efectuado a transmissão, no caso contrário).*

<sup>2260</sup> Tiago Soares Fonseca, ob. cit., pág. 64.

conta aberta em outra entidade registadora, sem prévia comunicação ao credor pignoratício (art.º 81.º, n.º 3).

Coloca-se, todavia, a questão da possibilidade concorrência de penhores sobre uma mesma inscrição registal, ou seja, mais de um penhor sobre valores com representação escritural,<sup>2261</sup> uma vez que a exclusão dos mesmos da negociação (art.º 204.º, n.º 1, alínea a)) não significa necessariamente a inadmissibilidade de os mesmos voltarem a ser empenhados, hierarquizando-se o grau de preferência de cada uma das garantia em função da respectiva data de inscrição no registo (art.º 69.º, n.ºs 1 a 3), ou seja, a impossibilidade de prática de actos de disposição sobre os valores previamente empenhados não traduz, imperiosamente, a impossibilidade de oneração dos mesmos.

Se é indesmentível a obrigatoriedade de registo, já é bem mais controvertida a natureza constitutiva ou declarativa do cumprimento desta formalidade,<sup>2262</sup> sendo que

---

<sup>2261</sup> De acordo com a lei espanhola, Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 299 e 300, alerta para o risco de não existir segurança absoluta que, tendo em conta o reduzido conteúdo da cada anotação, “*vayan a constar en ella las sucesivas fechas de constitución de las distintas prendas*”, embora o Autor relativize a questão porque, por um lado, existe um livro diário com base no qual será fácil determinar qual o direito primeiramente inscrito e, por outro, por ser rara a constituição de mais de um penhor sobre este tipo de bens dado que “*la prenda conlleva una sujeción tan estrecha de la cosa al poder del acreedor pignoraticio que, económicamente, el derecho de nuda propiedad, o la constitución de una segunda prenda no tienen mucho valor*”. Também Ballarín Marcial, *ob. cit.*, pág. 204, mostra reservas, pois, apesar de reconhecer a possibilidade de constituição de segundos penhores sobre os mesmos bens (em termos análogos aos previstos para a hipoteca), tal hipótese enfrenta o obstáculo da ausência de uma regulamentação específica (para as acções ao portador, poder-se-ia pensar num segundo penhor “*hecha por outro documento público con una posesión por el titular del segundo gravamen y se podría hablar de un endoso en garantía de acción nominativa, hecho con la expresión de ser segunda prenda productora de aquel tipo de posesión y de la correspondiente inscripción en el libro registro de acciones nominativas*”).

<sup>2262</sup> A mesma questão surge no direito espanhol, conforme notícia Pries Picardo, *ob. cit.*, págs. 702 a 704, pronunciando-se alguns Autores no sentido do carácter não constitutivo do registo (nomeadamente distinguindo entre o contrato de penhor – a partir do qual surge para o empenhante o dever de constituir a garantia, através da entrega do bem ao credor ou de outro sucedâneo, como o registo – e o surgimento do direito real de penhor, que apenas se dá com a inscrição no registo), enquanto outros se inclinam para a solução inversa (considerando que o penhor nasce com a inscrição e que, antes dessa data, quando muito, poderá existir um contrato-promessa de penhor): do que não restam dúvidas, pois a lei assim o determina, é que a garantia só é oponível a terceiros após a inscrição no registo (todavia, o Autor esclarece que, além deste registo, no caso de acções nominativas será ainda mister inscrever a garantia no livro de sócios, não impondo a lei qualquer dever de comunicação das entidades encarregues da gestão do registo de valores mobiliários à sociedade emitente dos mesmos). Já Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 189 e segs., inclina-se para que a inscrição no registo seja mera condição de oponibilidade da garantia a terceiros (com base no art.º 10.º da LVM, nos termos do qual “*La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la correspondiente inscripción*”), outorgando assim ao titular da garantia inscrita o direito de preferência e de sequela (recusando até que o terceiro adquirente possa estar abrangido pela protecção conferida os terceiros de boa fé, uma vez que, tendo em conta a obrigatoriedade de inscrição no registo, “*es imposible le existencia de una prenda de anotaciones con respecto de la que un tercero pueda ser considerado de buena fe*”), enquanto Diaz Moreno, *ob. cit.*, pág. 392 e segs. (sustentando que, dada a equiparação legal entre a inscrição no registo e o desapossamento do devedor e o carácter constitutivo deste último, “*La prenda no nace como derecho, ni siquiera inter partes, hasta la inscripción; por tanto, tampoco existe hasta ese momento afección o vinculación especial de los valores al cumplimiento de obligación alguna*”) e Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 214 (negando a existência de um penhor entre a data do acordo das partes e a inscrição no registo, contrapondo que o penhor “*nascera como derecho únicamente con la inscripción, no quedando afectos los valores entretanto al cumplimiento de obligación alguna. Lógicamente ex ante existirá una negociación o contrato consensual entre las partes, o incluso una promesa de prenda*”) pugnam pelo carácter constitutivo do registo: este último Autor, *ob. cit.*, págs. 241 a 243, esclarece que o nascimento e a oponibilidade da garantia são simultâneos (embora cumpra distinguir entre os valores não cotados em bolsa – em que esse momento coincide com a inscrição da garantia no registo de uma das entidades aderentes - e os cotados, caso em que tais efeitos se produzirão apenas na data da inscrição no registo

questão análoga surge a propósito da constituição e da transmissão desses mesmos valores.<sup>2263</sup>

Poder-se-á advogar o carácter declarativo do registo do penhor com base no entendimento, maioritário na doutrina, segundo o qual o registo das transmissões desses valores tem esse mesmo efeito. Porém, há quem, pelo menos para as participações sociais, sustente ser constitutivo o efeito do registo, escudando-se no facto de o art.º 23.º, n.º 3, do CSC ter deixado de exigir, para a constituição do penhor, a redacção de

---

central), operando esta última relativamente aos demais credores do constituinte (traduzindo-se no direito de preferência) e aos terceiros adquirentes dos referidos valores (uma vez que este não podem desconhecer a existência da inscrição no registo da garantia – e, por isso, não poderão ser considerados de boa fé – e, para além do mais, porque a expedição do certificado de legitimação, ao provocar a bloqueio dos valores, impede a realização de novas inscrições, de modo que *“esa inamovilidad aprovecha al acreedor pignoraticio, puesto que al intentar transmitir los valores, siempre constará sobre él la existencia del derecho real limitado (...). El tercer adquirente, comprobando el certificado – espejo que refleja la propia vida del valor anotado –, tiene la certeza de que no se ha producido alteración alguna, puesto que el registro contable hasta la restitución del mismo permanece cerrado. La buena fe del adquirente exige el cerciorarse o solicitar cuando menos, la acreditación suficiente de titularidad de quien pretende transmitir”*).

<sup>2263</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 183 e segs., entende que, relativamente à criação destes valores, o registo (à semelhança do título da acção) das acções escriturais, é meramente declarativo (apesar de o art.º 73.º, n.º 1, do CVM, afirmar que os valores mobiliários escriturais se constituem por registo em contas individualizadas abertas junto das entidades registadoras), alegando que *“esse carácter constitutivo do registo em conta individualizada apenas diz respeito ao surgimento do valor mobiliário e não à criação da posição representada”* (negando estarmos perante um fenómeno de desmaterialização, *“visto que alguma materialidade existe: seja no papel onde o registo é efectuado, seja no suporte informático”*, preferindo falar de uma nova materialização); já no que toca à transmissão, (ob. cit., pág. 278), aceita a natureza constitutiva do registo (afirmando que *“sem esse registo não tem lugar a transmissão”*, originando um lançamento na conta do adquirente e outro relativo à conta do adquirente), o que não significa que se prescindia de uma justa causa válida e eficaz de atribuição subjacente ao negócio: ora, atendendo à circunstância de, quer a transmissão, quer a oneração, se produzirem mediante registo em conta (cfr. art.ºs 80.º, n.º 1 e 81.º, n.º 1, respectivamente, afirmando este último mesmo que o penhor *“constitui-se pelo registo”*), parece que o registo do penhor assumirá igualmente carácter constitutivo. No entanto, o Autor, ob. cit., pág. 263 e segs., no que respeita às acções tituladas nominativas, alude à existência de duas posições relativamente ao papel do registo e aos efeitos de uma transmissão não registada: uma primeira, advogando a mera ineficácia perante a sociedade emitente, não podendo o adquirente exercer os direitos sociais inerentes à participação, apesar de se ter tornado proprietário das mesmas ou credor pignoraticio ao qual tenham sido atribuídos tais direitos (posição criticada pelo Autor, com o argumento que, se a sanção da ineficácia visava proteger a sociedade, o efeito produzido era contraproducente, porquanto *“teríamos, por um lado, um sujeito inscrito como titular que afinal não o era mais, e um outro sujeito que era titular mas não estava como tal inscrito e, por isso, não poderia exercer os seus direitos”*); uma outra, a que o Autor adere, segundo a qual sem registo não haveria transmissão, de modo que antes dele a transmissão não se terá por efectuada (baseando a sua posição na maior facilidade de identificação, para a sociedade, dos seus associados – que se bastará com a simples consulta do registo – ao assegurar uma coincidência entre titularidade e legitimação para o exercício dos direitos sociais: por outro lado, parece ser esta a solução para que aponta o art.º 104.º, n.º 2, do CVM, ao determinar que os direitos inerentes aos valores mobiliários nominativos não integrados em sistema centralizado são exercidos de acordo com o que constar do registo do emitente, contestando que o n.º 5 do art.º 102.º do CVM – ao ditar que a transmissão produz efeitos a partir da data do requerimento de registo junto do emitente - permita infirmar esta conclusão, porquanto *“a transmissão se dá com o registo mas a lei faz retroagir os efeitos dessa transmissão ao momento em que foi requerido o registo junto do emitente: efectuado o registo, a transmissão produz efeitos a partir da data do requerimento de registo junto do emitente”*). Como consequência deste entendimento, o Autor (ob. cit., págs. 275 e 276) defende que, se o transmissário, cuja aquisição não seja registada, realizar nova transmissão, estará a transmitir um bem alheio, até em homenagem ao princípio do trato sucessivo, consagrado no art.º 70.º do CVM (razão pela qual não será possível que o último transmissário de uma cadeia de transmissões possa ser registado como titular sem que se faça o registo das transmissões intermédias a partir do último titular inscrito).

um escrito particular, constituindo-se tal garantia precisamente e apenas através do registo.<sup>2264</sup>

No que concerne aos valores mobiliários titulados, nominativos<sup>2265</sup> ou ao portador<sup>2266</sup> ou até à ordem,<sup>2267</sup> a lei remete para os meios de transmissão da titularidade dos mesmos valores (art.º 103.º).<sup>2268</sup>

---

<sup>2264</sup> Assim, Sofia Maltez, ob. cit., págs. 22 e 23.

<sup>2265</sup> Em face do direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 618 e segs., distingue igualmente entre acções nominativas e ao portador: relativamente às primeiras, o penhor constitui-se por meio de endosso acompanhado da menção “em garantia” ou outra equivalente e com a inscrição no registo de acções nominativas detido pela sociedade (sendo discutível se será ainda necessária a entrega do título, respondendo afirmativamente Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 166 - tendo em conta a natureza real de qualquer endosso, para cuja eficácia é essencial a entrega do título - Veiga Copo, La prenda acciones cit., pág. 168 e segs., argumentando que “*Si para la eficacia del endoso pleno, además de la declaración cambiaria, es esencial la entrega del titulo, esta misma solución debe ser aplicable para el endoso en garantía*”), devendo os administradores desta verificar a regularidade da cadeia de endossos antes de efectuar o dito registo, exigindo a exibição do título com a cláusula de endosso dele constante (“*Así, la inscripción en el libro registro se facilita, ya que frente a la sociedad debe probarse únicamente la regularidad de la cadena de endosos y en particular, el realizado a título limitado; por otro lado (...) efectos protectores de la posición del endosatario propios del derecho cambiario (...) la autonomía de la posición del endosatario en garantía respecto a las excepciones que sean invocadas por el deudor en sus relaciones con el endosante, salvo los límites de la exceptio doli*” - Veiga Copo, La prenda acciones cit., pág. 169). Em alternativa, admite-se igualmente a constituição da garantia nos termos do direito comum, isto é, através de entrega dos títulos ao credor, seguida de inscrição no livro registo das acções nominativas da sociedade (possibilidade essa aceite por Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., pág. 760 e por Veiga Copo, La prenda acciones cit., pág. 160 e segs. - declarando aplicável o regime cessão de créditos, acrescida da entrega dos títulos, ou seja, “*para la constitución del derecho bastará el mero acuerdo de las partes, si bien, el acreedor pignoraticio (...) podrá - y deberá - exigir la entrega inmediata de los títulos, con el fin de impedir al deudor cualquier ulterior disposición por endoso (...) su oponibilidad frente a los acreedores del deudor, la forma será la propia del derecho común de créditos, es decir, por medio de escritura pública (...). Para desplegar sus efectos frente a la sociedad, al acreedor pignoraticio le bastará con exhibir la escritura pública de constitución para obtener legitimación frente a la sociedad a través de la oportuna inscripción en el libro registro*” -, mas rechaçada por Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 317, considerando que, nesse caso, surgiria um mero direito de retenção, dado que “*el presunto acreedor pignoraticio no puede ejercitar los derechos derivados del titulo, ni frente a la sociedad, porque no está inscrito en el libro de socios ni puede pedir dicha inscripción, ni frente a los terceros distintos de la sociedad emisora, que, por los principios generales de los títulos- valores, sólo considerarán acreedor pignoraticio al que aparezca como tal del propio título*”). Em qualquer dos casos, a inscrição não tem carácter constitutivo, sendo unicamente condição de oponibilidade da garantia à sociedade, (não condicionando a sua validade *inter partes* e face a terceiros diversos da entidade emissora - cfr. Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 177), sendo comprovada através da emissão de um certificado de legitimação que o credor pode obter a partir dessa data. Há quem admita, também que o penhor sobre estes títulos se constitua nos mesmos termos do penhor de créditos, tendo por objecto o crédito representado pelo título (Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 163) ou mediante um endosso em branco (Veiga Copo, La prenda acciones cit., pág. 172, destacando que tal não viola a nominatividade obrigatória imposta por lei em certos casos “*ya que la legitimación para el ejercicio de los derechos derivaría de la inscripción en el libro registro de socios y no de la mera tenencia del título*” e, por outro lado, “*tampoco se viola la responsabilidad solidaria de los transmitentes en el caso de dividendos pasivos, ya que se asegura suficientemente el objeto que persigue la ley: sujetar a responsabilidad al primer transmitente*”). Analisando este regime, o Mejias Gomez, ult. ob. e loc. cit., contesta o carácter privado deste registo (apelidando-o de “*privado y dependiente*”), até porque “*el registro de las anotaciones sobre la prenda depende de la misma entidad que ha de satisfacer el contenido de los derechos entregues en garantía*”, o que diminui “*la indisponibilidad que pesa sobre el bien gravado y su vinculación a la deuda*” (além disso, a lei nem sequer indica quais as menções que deverão constar de tal inscrição, entendendo o Autor que, por analogia, deverão ser os mesmos exigidos para a transmissão das mesmas, ou seja, a identificação do credor pignoratício e o respectivo domicílio), salientando igualmente o carácter não constitutivo deste registo (surgindo o penhor através de simples contrato, assumindo a sociedade o papel de terceira), embora destaque que a notificação da constituição à

sociedade (que o Autor entende ser um ónus a cargo do credor) e o posterior registo são indispensáveis para que o credor pignoratício possa exercer algum direito social que lhe venha a ser atribuído.

<sup>2266</sup> Quanto aos títulos ao portador, o penhor sobre eles surgirá nos termos do direito comum, isto é, mediante o consentimento das partes e a entrega dos títulos (neste sentido, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 618 e Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 188 e segs.), funcionando a transferência possessória, não tanto como mecanismo de reforço da segurança do credor, mas sim “*en cuanto a la efectividad de la garantía, de ahí que se afirme la necesidad de que la tradición sea efectiva, admitiéndose la traditio brevi manu, pero no el constitutum posesorio, ni que el deudor conserve la cosa como detentador de elle ni una posesión compartida con el acreedor*”, sendo igualmente admissível a entrega do bem a um terceiro (Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 190). Por outro lado, a detenção do título por parte do credor pignoratício legitima-o para o exercício dos direitos sociais incorporados nas participações sociais oneradas.

<sup>2267</sup> Embora seja rara a sua utilização como valores negociáveis, Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 161 e segs., noticia que a dação em penhor dos títulos à ordem se efectuará através de um endosso em garantia (admitindo mesmo que o credor pignoratício endossatário possa, uma vez vencido o crédito, realizar um endosso pleno do título, porquanto “*como es una facultad esencial de la prenda el ejercicio del ius distrahendi por el acreedor pignoratício ante la falta de cumplimiento por el deudor, debe sobreentenderse que éste podrá realizar todos los actos necesarios para transmitir de forma plena título*”), acrescido da entrega do título. Entre nós, Soveral Martins, *ob. cit.*, págs. 226 e 227, esclarece que o art.º 272.º, alínea d), veio determinar que as acções das sociedades anónimas apenas podem estar representadas por títulos à ordem ou nominativos (resolvendo a dúvida que se suscitava, em face do art.º 484.º do Código Comercial, acerca da admissibilidade desta forma de representação): todavia, o Autor aceita “*que um endosso colocado num título nominativo deva valer com o sentido de uma declaração de transmissão*”.

<sup>2268</sup> A respeito da transmissão, Soveral Martins, *ob. cit.*, págs. 231 e 232, opina que aquela exige, além do cumprimento das formalidades legais (v. g. do registo), sempre uma justa causa, o que se torna particularmente evidente a propósito das acções tituladas nominativas, para cuja transmissão não basta a simples declaração no título do negócio, sendo ainda necessária uma inscrição no título, a efectuar pelo depositário (quanto a valores em depósito não centralizado), pelo funcionário judicial (quando a transmissão resulte de sentença ou venda judicial) ou pelo transmitente (nos demais casos) – cfr. art.º 102.º, n.º 2, do CVM. Questão discutida é se a transmissão se considerada efectuada no momento em que se verifique a justa causa, quando é aposta a declaração no título ou apenas no momento do registo (isto é, se a declaração de transmissão e o registo são condições de validade ou de simples oponibilidade da operação): a este respeito Soveral Martins, *ob. cit.*, pág. 233 e segs., aceita o carácter indispensável, mesmo entre as partes, da declaração de transmissão (com base no disposto no n.º 1 do art.º 102.º do CVM), manifestando maiores dúvidas quando ao papel da inscrição no registo das transmissões. Todavia, após a emissão dos valores mobiliários, terá que se proceder ao registo da emissão dos mesmos – que a sociedade emitente tem o dever de efectuar, normalmente por via electrónica cujo funcionamento obedece ao disposto na Portaria n.º 290/2000, de 25 de Maio, de acordo com a qual este registo opera também como registo dos valores mobiliários não integrados em sistema centralizado, funcionando assim, quanto a estes, como registo de transmissões e operações desses valores) -, através da identificação do primeiro adquirentes (art.º 44.º, n.º 1, alínea f), do CVM), começando as interrogações logo quanto ao momento em que tal registo deve ser promovido (se antes de depois da representação dos títulos: o Autor inclina-se para a primeira alternativa, alegando que o registo será “*um registo do processo de emissão. Será um registo de formação gradual, um registo que se inicia antes da representação dos valores emitidos. Isso poderá, aliás, ser vantajoso quando se procura determinar quem é o accionista, designadamente no momento em que se pretende representar as acções*”). Só depois de realizado este registo da emissão, cumprirá ao emitente (ou a intermediário que o represente) efectuar o registo das transmissões posteriores, a pedido do depositário, do funcionário judicial competente (sobretudo nos casos em que um accionista – mas não o transmissário, que ainda não é accionista antes da inscrição da transmissão no registo do emitente - faça uso do processo especial de jurisdição voluntária consagrado no art.º 1490.º e segs. do CPC - destinado a obter o averbamento no livro de registo de acções, quando a sociedade emitente recuse, sem motivo válido, as acções que lhe sejam apresentadas para esse efeito – o qual permanece aplicável não obstante o livro de registo das acções ter sido substituído pelo registo de emissão das acções, nos termos do art.º 43.º do CVM: todavia, o Autor, *ob. cit.*, pág. 272 e segs., entende que tal procedimento apenas será utilizável às acções tituladas nominativas não integradas em sistema centralizado, uma vez que as demais se transmitem por registo em conta, sem necessidade de averbamento no registo de emissão de acções da sociedade emitente) ou do transmitente (art.º 102.º, n.ºs 2, 3, 4, 5 e 7, recusando o Autor que tal solicitação possa provir do transmissário – excepto se o fizer



Ou seja e nos termos do n.ºs 1 e 2 do art.º 101, se estes forem ao portador, o penhor constitui-se através da entrega dos títulos ao credor ou ao depositário por ele indicado<sup>2269</sup> (se estes já se encontrarem depositados num depositário indicado pelo adquirente, o penhor constitui-se através de registo na conta deste, produzindo efeitos desde a data do requerimento do registo),<sup>2270</sup> devendo a declaração (de transmissão ou de constituição de garantias ser efectuada a favor do (transmissário ou) do credor pignoratício, não sendo admissíveis declarações em branco.<sup>2271</sup>

Caso sejam nominativos, a garantia nascerá de declaração de penhor escrita nos títulos, seguida de registo junto do emitente ou intermediário financeiro que o represente (cfr. art.º 102.º, n.º 1),<sup>2272</sup> produzindo efeitos desde a data do requerimento de registo,<sup>2273</sup> sem necessidade de entrega do título.<sup>2274</sup> Porém, se tais valores se encontrarem integrados em sistema centralizado, o penhor surge do mesmo modo preconizado para os valores mobiliários escriturais, ou seja, pelo registo na conta dos titular desses valores (art.º 81.º, n.º 1, por remissão do art.º 105.º).<sup>2275</sup>

---

enquanto representante do transmitente -, mesmo considerando ser este que passará a exercer os direitos inerentes à participação após o registo, por entender que “antes do registo, o transmissário ainda não se tornou titular das acções (...). Quem pode efectuar a declaração de transmissão é que pode requerer o registo porque, na maneira de ver do legislador, isso permitirá obter maior segurança nas transacções. Será mais difícil que o registo se efectue sem vontade do transmitente (que será, antes do registo, ainda é o titular). E, assim é, a própria sociedade fica a ganhar, na medida em que há maior certeza de que aquele que surge legitimado pelo registo é também titular.”), mediante a apresentação do título (de modo a que a sociedade emitente verifique se o transmitente é aquele que está registado como titular dos valores) e a demonstração que o beneficiário do negócio quis assumir a posição de transmissário (embora não seja necessário provar a vontade do transmissário em que o registo seja efectuado).

<sup>2269</sup> Para Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 59 e 60, o penhor assume, nestes casos, uma feição muito próxima da sua configuração civilística, especialmente em razão da necessidade de entrega do bem empenhado (qualificando-o, por isso, com contrato real). Porém, o mesmo Autor ressalva a hipótese de este penhor ser, além de um penhor de valores mobiliários, um penhor bancário ou comercial, o que originará a desnecessidade da entrega ou a suficiência da entrega simbólica, respectivamente.

<sup>2270</sup> Quanto a este último aspecto, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 60 e 61, acrescenta que a comunicação deverá ser acompanhada de documentos comprovativos da celebração do contrato de penhor.

<sup>2271</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 230.

<sup>2272</sup> Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 22 e Sofia Maltez, ob. cit., págs. 18 e 19. Esta última Autora dá conta da prática, mais ou menos generalizada, de realizar contratos de depósito relativamente aos valores mobiliários titulados, contrato esse que, não obstante o carácter fungível do seu objecto, não implica a transmissão da propriedade dos bens depositados para o depositário, nos termos do art.º 100.º, n.º 1, do CVM (todavia, distingue consoante o penhor seja constituído sobre acções já depositadas na mesma instituição que se virá a tornar credor pignoratício – caso em que esse depósito subsiste – ou, pelo contrário, as acções empenhadas estejam depositadas em instituição diversa, caso em que as acções serão entregues para depósito na instituição credora pignoratícia, a menos que esta consinta na manutenção do anterior depósito).

<sup>2273</sup> Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 61.

<sup>2274</sup> Sustentando a mesma posição relativamente à transmissão deste tipo de acções, Soveral Martins, ob. cit., págs. 276 e 277, uma vez que a lei é omissa quanto a tal exigência e, por outro lado, porque o registo terá que ser solicitado pelo transmitente e este deverá apresentar o título para o efeito.

<sup>2275</sup> Nesta conformidade, os valores mobiliários, titulados ou nominativos, integrados em sistema centralizado encontram-se sujeitos a um regime idêntico quanto à sua transmissão e oneração, sendo que tal integração é obrigatória quando se trate de valores admitidos à negociação em mercado regulamentado (art.ºs 62.º e 99.º, n.º 2, alínea a), do CVM). Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 62, aponta ainda o caso das acções tituladas representadas por um só título e depositadas em intermediário financeiro, mas não integradas em sistema centralizado, caso em que será aplicável o regime dos valores escriturais registados num único intermediário financeiro (art.º 99.º, n.ºs 2, alínea b) e 5 do CVM): de acordo com este Autor, a remissão para o regime das acções escriturais justifica-se com a circunstância de as acções serem representadas por um único título e, por isso, não ser possível constituir o penhor através da respectiva entrega (excepto se for empenhada toda a emissão ou série).

Relativamente ao exercício dos direitos sociais, por parte do empenhante ou do credor pignoratício, dependerá, para os valores mobiliários titulados ao portador, da posse do título ou de certificado passado pelo depositário (art.º 104.º, n.º 1) e, para os valores mobiliários titulados nominativos não integrados em sistema centralizado, dos elementos que constarem do registo do emitente (art.º 104.º, n.º 2).<sup>2276</sup>

Alguns Autores advogam, no caso em que a constituição do penhor não se encontre sujeita a registo junto da sociedade emitente – *maxime* dos valores titulados ao portador<sup>2277</sup> – que a garantia produzirá efeitos unicamente após a notificação àquela sociedade, equiparando-a, para este efeito, a um penhor de créditos:<sup>2278</sup> para além das dúvidas que tal equiparação nos merece (e do que ficou dito a respeito dos valores escriturais), a notificação da constituição da garantia à sociedade emitente, não deverá assumir, salvo melhor juízo, natureza obrigatória (natureza constitutiva, nem tão pouco o papel de condição de nascimento da garantia), tanto mais que, mesmo prescindindo dessa notificação, o credor pignoratício poderá exercer os direitos sociais que lhe venham a ser atribuídos.<sup>2279</sup>

Para além disso, naqueles ordenamentos nos quais a preferência pignoratícia se encontre dependente da redacção de um documento escrito, identificando o crédito garantido e o objecto empenhado, discute-se esta mesma exigência vigorará também para a constituição de um penhor sobre valores mobiliários, sejam eles escriturais<sup>2280</sup> ou titulados.<sup>2281</sup>

---

<sup>2276</sup> Para os que estejam integrados naquele sistema centralizado, dependerão, tal como sucede como os seus homólogos escriturais, da emissão do certificado emitido pela entidade registadora (art.º 78.º).

<sup>2277</sup> Também para os valores titulados nominativos não integrados em sistema centralizado, uma vez que o exercício dos direitos inerentes aos valores empenhados depende dos elementos constantes do registo do emitente (art.º 104.º, n.º 2), a não comunicação, por parte da entidade registadora à sociedade emitente, da constituição da garantia pode limitar o exercício daqueles direitos por parte do credor pignoratício: para o evitar, caberá a este requerer a esta última que consulte os registos da entidade registadora.

<sup>2278</sup> Defende a necessidade de notificação à sociedade do penhor constituído sobre acções ao portador não sujeitas a registo, Paulo Olavo Cunha, Direito das sociedades comerciais, 3.ª Edição, Almedina, 2009, pág. 379. Ao invés, Sofia Maltez, ob. cit., págs. 19 e 20, sustenta a desnecessidade da notificação à sociedade devedora, invocando o argumento de maioria de razão, isto é, o facto de tal notificação não ser imposta para a transmissão das mesmas participações.

<sup>2279</sup> Uma vez que, para este efeito, bastará a exibição do próprio título ou, em alternativa, do certificado emitido pela entidade depositária (art.º 104.º, n.º 1).

<sup>2280</sup> Pugna pela existência dessa obrigatoriedade Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 164 e segs. (considerando que a inscrição é um sucedâneo do desapossamento do devedor e, por isso, não substitui a necessidade de redacção daquele documento, surgindo a inscrição no registo como um requisito adicional, ou seja, os contratos de penhor são actos extra-registais, embora, uma vez celebrados, devam obrigatoriamente ser inscritos), concretizando que para a inscrição será necessário o depósito de cópias da escritura e a prévia inscrição, a favor do constituinte, das acções a empenhar (cfr. ult. ob. cit., pág. 190 e segs., destacando como este registo não é público, uma vez que não é acessível aos cidadãos em geral e, por outro lado, que - embora o processo normal comece pela redacção do documento, prossiga com o registo e culmine com o “*desglose*” – nada impede que o registo preceda a formalização daquele documento, caso em que a garantia apenas se torna oponível a terceiros após o cumprimento deste último requisito). Já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 197 e segs., embora reconhecendo ser essa a solução que melhor se coaduna com o direito vigente (na medida em que, no silêncio das normas sobre valores escriturais, cabe aplicar o vertido no regime geral do penhor, no qual a redacção do documento escrito surge como imprescindível), sustenta, *de lege ferenda*, a solução contrária (especialmente porque a exigência de documento escrito – contendo suficiente indicação do crédito garantido e do bem onerado - colocaria em risco a oneração de determinados valores, como futuros e opções, pois implicaria a renovação daquele documento a cada alteração quase diária dos bens empenhados). Contrário a tal exigência, mesmo em face do direito constituído, se mostra Diaz Moreno, ob. cit., pág. 398 e segs., alegando que no penhor de valores mobiliários escriturais “*la oponibilidad y el nacimiento del derecho se producen simultáneamente en virtud de la inscripción*”, pelo que não é obrigatório que a garantia se constitua através de documento público, nos termos do art.º 1865 do CCE, para ser oponível a terceiros (o

---

Autor acrescenta que o preceito em questão – inspirado na protecção de terceiros, nomeadamente dos credores do empenhante, contra condutas fraudulentas do devedor, traduzidas na simulação da existência de penhores para esvaziar o acervo patrimonial ao dispor dos demais credores – vai contra os princípios gerais em matéria de direitos reais sobre coisas móveis – nos termos dos quais o adquirente do direito que tenha obtido a posse do bem fica a salvo das pretensões dos credores do transmitente do direito – ao permitir a reivindicação por parte dos credores do empenhante, sempre que a constituição do penhor não conste de documento público: ora, a solução consagrada para os valores mobiliários representa um retorno a estes princípios gerais, uma vez que “*Si la inscripción equivale al desplazamiento posesorio, entonces es lógico que tenga idénticos efectos a la constitución de cualquier otro derecho real sobre cosa mueble*”). Também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 243 a 246, discorda da necessidade de escritura pública para a constituição de penhor sobre acções representadas através de anotações em conta, admitindo que a demonstração da data da constituição da garantia é a do próprio registo (tendo em conta o carácter constitutivo deste), bastando um documento particular para requerer tal inscrição (sem prejuízo de a formalização em escritura pública ter a vantagem de, em sede de execução da garantia, possibilitar o recurso ao procedimento mais expedito constante do Código Comercial). Neste mesmo sentido, vide ainda Bautista Pérez, ob. cit., págs. 52 e 53, constatando que a LVM não impõe a redacção de um documento público – em rigor nem sequer alude ao contrato constitutivo do penhor – concluindo, por isso, ser bastante um documento particular para praticar a inscrição, sendo a data certa – e a consequente oponibilidade a terceiros – assegurada por essa mesma inscrição (porém, o Autor não deixa de admitir que, sendo o penhor uma garantia acessória de uma obrigação principal – normalmente um empréstimo – e sendo os dois contratos formalizados contemporaneamente, raros serão os casos em que não será redigido um documento público). Também De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., págs. 173 e segs., discorda da necessidade do cumprimento da formalidade prevista no art.º 1865.º do CCE, alegando que o preceito da lei dos valores mobiliários que estabelece a necessidade de inscrição no registo como condição de oponibilidade do direito inscrito “*actúa como ley especial face a la ley general, estableciendo un sistema alternativo de publicidad del contrato de prenda a través de un registro en una entidad tutelada o supervisada por la Administración, que permite obtener certeza de la fecha de su constitución y le otorga, iguales efectos jurídicos frente a terceros (...) generalizándose para la prenda de valores anotados la solución existente para la oponibilidad de los derechos reales, es decir, resultan oponibles desde que se constituyen como tales, que en el caso de la prenda de valores representados en anotaciones en cuenta es a contar desde su inscripción*”, acrescentando, em abono da sua posição, que a redacção de um documento público, imposta pelo art.º 1865.º do CCE para o penhor comum, não aparece no regime civilístico como um elemento essencial do contrato de penhor – esses encontram guarida nos art.ºs 1857.º e 1863.º do mesmo Código, entre os quais se conta o desapossamento do devedor, que, no caso de penhor de valores mobiliários escriturais, é substituído pela inscrição da garantia no registo – mas apenas condição de oponibilidade do mesmo a terceiros (não obstante, o Autor reconhece que a entidade encarregue de efectuar o registo apenas deverá efectuar-lo desde que seja comprovado que o titular dos valores a onerar e o credor pignoratício consentem na inscrição da garantia, através de qualquer meio e não apenas de documento público, ou seja, “*la entidad debe cerciorarse de la voluntad de ambas partes, debiendo comprobar que la emisión de la acetación proviene expresamente de las personas interesadas o de otras con facultades suficientes de representación (...) deberá procurarse la debida acreditación documental de la concurrencia de los consentimientos y a que se deberá quedar con copia de los documentos acreditativos de los actos, contratos y notificaciones*”, embora “*aunque la entidad tenga la obligación de recabar esos documentos, lo único que debe preocuparle es, si en alguna parte de ellos, los interviniente consienten en que se inscriba tal derecho real, sin preocuparla la licitud o corrección del resto del contenido de los documento, pues (...) deberá de abstenerse de practicar la inscripción cuando le conste que no existe título verdadero, válido y bastante para constituir la prenda, conclusión a la que únicamente se puede llegar mediante el análisis de los documentos constitutivos de la prenda, que dan lugar a la inscripción*”)

<sup>2281</sup> No direito espanhol, respondem afirmativamente Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 171 e segs (considerando que se assim não fosse poder-se-ia causar um prejuízo a terceiros, “*fundamentalmente para los acreedores que lo eran en una fecha anterior a la entrega de la prenda pero posterior a la fecha de redacción del acto constitutivo, porque se verían afectados por un gravamen del que pudieron tener conocimiento*”), Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., págs. 670 e 671 e negativamente, quando o penhor seja constituído sobre acções nominativas nos termos da lei cambiária, Veiga Copo, La prenda acciones cit., págs. 169 a 171 (alegando que, relativamente à sociedade emitente, para aquilatar da constituição da garantia bastará observar a regularidade da cadeia de endossos e, no que concerne aos demais terceiros, “*esta forma de publicidad que se logra con la escritura ya está inserta en el título-valor – publicidad cambiaria – (...) dispensando de la necesidad de otorgar escritura pública, para tener*

Como se vê, o legislador português não operou uma desmaterialização total dos valores mobiliários<sup>2282</sup> (nem mesmo no domínio da dívida pública),<sup>2283</sup> antes admitindo a subsistência dos valores titulados ao lado dos escriturais,<sup>2284</sup> com a consequência de a empenhabilidade do mesmo tipo de instrumento – v.g., as acções – variar consoante a respectiva forma de representação.<sup>2285</sup>

---

*constancia de la fecha*”), mas já não para as acções ao portador (uma vez que a mera posse não publicita o título em virtude do qual se possui “*la constitución de prenda sobre acciones al portador, requiera la escritura pública, del mismo modo que en el caso de cualquier bien mueble (...) puesto que, a diferencia de las acciones nominativas, el título no publica el concepto en el que se posee, siendo necesario acudir al recurso – más costoso – de la publicidad ad complementum – del documento público*” - ob. cit., pág. 192).

<sup>2282</sup> Conforme salienta Soveral Martins, ob. cit., pág. 179 e segs., a integração dos valores mobiliários titulados em sistema centralizado apenas é obrigatória quando tais valores sejam admitidos à negociação em mercados regulamentados (art.º 99.º, n.º 2, alínea a), do CVM, celebrando-se, neste caso, um contrato de depósito entre o depositante e a entidade depositária, sem que esta se torne proprietária dos bens objecto desse contrato – cfr. art.º 100.º, n.º 1), mas, quando tal suceda, verifica-se uma “*desmaterialização da circulação dos títulos*”, uma vez que, embora não sejam destruídos os títulos integrados no sistema, a sua transmissão passa a ter lugar – à imagem do que sucede com os valores escriturais, de acordo com o art.º 105.º - através de registo na conta do adquirente (art.º 80.º, n.º 1, do CVM), dependendo o exercício dos direitos sociais apenas da exibição dos certificados emitidos pela entidade registadora e que atestem a existência do registo da titularidade desses valores mobiliários (art.ºs 78.º e 83.º, n.ºs 1 e 2, do CVM). Entre nós, nem mesmo para os valores mobiliários integrados em sistema centralizados existe a obrigatoriedade de desmaterialização (cfr., *a contrario*, art.º 105.º do CVM).

<sup>2283</sup> De facto, nos termos do art.º 11.º, n.ºs 2 e 5, da Lei n.º 7/98, de 3 de Fevereiro, a dívida pública directa pode ser representada por títulos, nominativos ou ao portador, ou assumir forma meramente escritural ou mesmo, mediante Resolução do Conselho de Ministros (precedida de proposta do Ministro das Finanças), outras formas de representação.

<sup>2284</sup> Aliás e de acordo com Soveral Martins, ob. cit., pág. 186, o CVM não impede sequer que, depois de representados por registos em conta, os valores mobiliários venham posteriormente a ser representados por títulos, no seguimento de decisão do emitente nesse sentido (fundamentando esta posição no disposto nos art.ºs 48.º e 49.º do CVM).

<sup>2285</sup> Também no direito italiano se assiste a idêntico fenómeno, mas com a diferença de a lei impor, para as acções – e os instrumentos financeiros em geral - de sociedades cotadas a desmaterialização (cfr. art.º 28.º do Decreto Euro): relativamente a estas, o penhor constitui-se através do registo nas contas dos intermediários financeiros (afiançando Niccolò A. Bruno, *La disciplina del pegno di azioni secondo la prassi giurisprudenziale*, Luiss Guido Carli, 2001, pág. 17 e segs., ser desnecessária, quer a inscrição no livro de sócios da sociedade emitente - bastando, para o exercício dos direitos sociais por parte do credor pignoratício, os certificados emitidos pelo intermediário – quer a redacção de um documento escrito com indicação do crédito e do objecto da garantia – cujo conteúdo é substituído pelas indicações exigidas para o registo na conta dos intermediários), seguido do registo no livro dos sócios (facilitado pelo facto de o n.º 3 do art.º 34.º do Decreto Euro impor a comunicação ao emitente dos registos efectuados nos registos dos intermediários). Tratando-se de acções não cotadas, Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 6 e segs., distingue consoante as mesmas tenham ou não sido emitidas: neste último caso, a constituição do penhor far-se-á através de simples inscrição no livro de registo dos sócios (cfr. art.º 5.º do r.d. n.º 239 de 25/3/1942); pelo contrário, quando sejam emitidos os certificados, a constituição da garantia poderá ocorrer através da dupla inscrição do vínculo no título e no registo do emitente (sem prejuízo da necessidade de entrega do título – embora admita a existência de posições dispensando tal requisito - e da redacção de um documento escrito com data certa, contendo a suficiente identificação do crédito garantido e do bem dado em garantia) ou, em alternativa, através de um endosso em garantia, juntamente com a entrega do título, a redacção do citado documento escrito e a inscrição no livro dos sócios (muito embora considere que este último pressuposto é apenas condição de oponibilidade da garantia à sociedade). Tendo em conta da existência de normas específicas relativas ao modo de dação em penhor, a jurisprudência maioritária rejeita a possibilidade de constituição de penhor sobre este tipo de bens unicamente através das modalidades do direito comum - documento escrito e entrega - , reconhecendo-lhe, quando muito, efeitos *inter partes* (embora constate existirem algumas decisões dissonantes, admitindo a constituição do penhor sobre valores titulados unicamente através da observância das normas de direito comum, argumentando que a publicidade da constituição da garantia resulta suficientemente

Esta progressiva desmaterialização<sup>2286</sup> dos títulos de crédito em geral e dos valores mobiliários e instrumentos financeiros em particular, é comum a diversos ordenamentos, como o italiano,<sup>2287</sup> o espanhol<sup>2288</sup> e o francês,<sup>2289</sup> muito embora, de

---

assegurada pela obrigatoriedade de as sociedades levarem ao registo comercial o elenco dos sócios e dos beneficiários dos vínculos sobre acções)

<sup>2286</sup> Para Annalisa Liuzi, ob. cit., pág. 45 e segs., a desmaterialização (entendida como “*perdita di corrispondenza fra forme di circolazione dei valori mobiliari e forme di circolazione delle cosa mobili*”), apresenta-se adequada para os chamados títulos de massa, mas não para os títulos individuais, pois a estes não fará sentido aplicar as tecnologias de circulação próprias dos sistemas de gestão centralizada.

<sup>2287</sup> Em Itália, pelo menos já desde 1986 – data da aprovação da Lei 19 de Junho de 1986, n.º 289, que criou o sistema de gestão centralizada Monte Titoli – que o penhor sobre os títulos integrados no sistema de gestão centralizada depende da inscrição no registo de vínculos que cada um dos depositários é obrigado a ter, produzindo este registo os mesmos efeitos da constituição do ónus sobre o título (vide art.º 7.º desta Lei, acrescentado que os vínculos anteriormente constituídos sobre títulos entretanto introduzidos no sistema se transferem, sem efeitos novatórios, para os direitos do depositante), vigorando, desde 1993, um sistema análogo para os títulos da dívida pública integrados num sistema centralizado (embora Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., págs. 41 e 42, chame a atenção para o facto de a lei ser omissa quanto ao modo de constituição dos vínculos pignoratícios, sustentando que o penhor se traduzirá num vínculo de indisponibilidade, criando uma reserva de valor a favor do credor, incidindo sobre a quota do depositante). No entanto, para os títulos nominativos seria ainda necessária a inscrição no registo do respectivo emitente, funcionando, neste último caso, a comunicação do registo ao emitente também como condição de oponibilidade do penhor a esse mesmo emitente (assim, Gustavo Minervini, ob. cit., pág. 1047 e segs. e Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 227 e segs.: para este último Autor, este regime apenas se aplicava aos títulos relativamente aos quais, de acordo com o regime tradicional, a constituição do penhor necessitasse de uma inscrição no título, o que excluía a sua aplicação aos títulos ao portador – contra, Annalisa Liuzi, ob. cit., págs. 60 e 61, advogando a aplicação também aos títulos ao portador, operando a inscrição do registo como sucedâneo, não tanto da inscrição no título, mas do desapossamento), comunicação essa que deveria ser efectuada pelo próprio depositário ao emitente dos valores, no prazo de três dias a contar da inscrição no registo daquele (assim, Annalisa Liuzi, ob. cit., págs. 62 e 63). A desmaterialização culminou com a provação do d.lg n.º 213, de 24/6/1998 (conhecido como decreto euro por, entre outros aspectos, regular a entrada em vigor da moeda única europeia), cujo art.º 28.º estabelece que os instrumentos financeiros negociados ou destinados à negociação em mercados regulamentados não poderão ser representados por títulos: ainda assim e de acordo com Frederico Briolini, *L’attuazione del pignoramento e dei sequestri di azioni nominative*, in *BBTC*, n.º 54 (Mar/Abr 2001), I, pág. 217, de fora ficam os títulos de crédito, cuja empenhabilidade continuará a obedecer às regras contidas no Código Civil, bem como quanto aos instrumentos financeiros integrados num sistema centralizado, os quais devem obedecer ao disposto no art.º 87.º do d.lg n.º 58, de 24/2/1998 (regime este que requer a inscrição do vínculo no registo do depositário – incidindo a garantia sobre os direitos do depositante - mas que, segundo o último Autor citado, foi decalcado do regime do penhor de coisas, mas, uma vez que a sociedade gestora detém uma massa de títulos idênticos - enquanto o penhor exige a entrega de um coisa certa e determinada - foi necessária “*un’espresa equiparazione normativa quoad effectum, tra iscrizione nel registro del depositario e consegna al terzo (...), equiparazione che integra una forma particolare di costituzione del pegno (art.º 2785 c.c.) coerente con il sistema di gestione accentrata*”). Ainda assim, o âmbito de aplicação do d.lg n.º 213, de 24/6/1998 permite-lhe abarcar a maioria dos instrumentos financeiros empenhados, uma vez que “*le banche preferiscano ricevere in garanzia strumenti finanziari ammessi alla quotazione ufficiale di borsa per poter seguire costantemente il valore del pegno e realizzare più agevolmente il prezzo*”, deste modo permitindo “*superare lo sfasamento tra la vita del titolo e quella del rapporto obbligatorio garantito e (...) di consentire un’efficace amministrazione dei beni vincolati (soprattutto per i titoli azionari che, per le frequenti oscillazioni del loro valore di mercato, può essere utili vendere per sostituirli con altri più convenienti*” (cfr. Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 160 e 161). A propósito deste processo evolutivo, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 141 e segs., esclarecem que apenas com este último diploma de 1998 se produziu uma desmaterialização total, no sentido em que quaisquer vínculos sobre os valores mobiliários se constituem unicamente com o registo na conta do intermediário financeiro, sendo a inscrição no livro de sócios mera condição de oponibilidade à sociedade emitente.

<sup>2288</sup> Mejias Gomez, *La prenda* cit., pág. 60, noticia que, desde 1988, a lei impõe a representação através de anotações em conta para os valores mobiliários negociáveis (no mesmo sentido, Veiga Copo, *La prenda de acciones* cit., págs. 127 e 128, alegando que, para os demais, vale o princípio da liberdade de escolha da modalidade de representação por parte da própria sociedade). Segundo Salinas Adelantado, *El régimen*

acordo com o entendimento dominante, não desobrigue as partes do cumprimento das normas gerais do penhor relativas à identificação escrita do crédito garantido e do bem empenhado.<sup>2290</sup>

O fenómeno da desmaterialização dos valores mobiliários foi originado pela constatação que a incorporação do direito num título, pese embora a inovação que representou no momento da sua criação,<sup>2291</sup> possui inconvenientes que a tornam imprópria para o actual comércio jurídico.<sup>2292</sup>

---

cit., pág. 126 e segs., o processo evolutivo iniciou-se em 1974 (com a instauração de um sistema de desmaterialização facultativa), passou, em 1982, pela desmaterialização dos títulos da dívida pública e culminou, em 1988, com a adopção generalizada de um sistema desmaterializado para os valores destinados à negociação (regulando de modo completo este tipo de representação dos valores, desde a constituição das anotações em conta, à organização dos registos, ao regime da transmissão e constituição de ónus sobre os valores e à protecção do terceiro de boa fé).

<sup>2289</sup> No direito francês, o processo de desmaterialização iniciou-se com a Lei de 30/12/1981 (que determinou a substituição dos títulos ao portador por títulos desmaterializados – cfr. art.º 94), tendo sido posteriormente desenvolvido pela Lei de 3/1/1983, alterada pela Lei de 2/7/1996, cujo art.º 29.º dispõe que o penhor sobre os títulos desmaterializados se constitui “*tant à l’égard de la personne morale émettrice qu’à l’égard des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire; cette déclaration contient le montant de la somme due ainsi que le montant et la nature des titres constitués en gage. Les titres nantis sont virés sur un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l’intermédiaire financier selon le cas. Une attestation de constitution de gage est délivrée au créancier gagiste. Tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d’échanges, de regroupements, de divisions, d’attributions gratuites, de suscription en numéraire ou autrement sont, sauf convention contraire, compris dans l’assiette du gage à la date de la déclaration*”. Actualmente, tal regime consta do art.º L211-20 do Code Monétaire et Financier – acerca desta evolução, vide supra n.º 1.2.2 do Capítulo II e Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 40 e segs..

<sup>2290</sup> É pelo menos a posição de Luca Panzani, ob. cit., pág. 950 (face ao regime introduzido pelo Decreto Euro, para quem “*le formalità previste dall’art. 2787 codice civile vanno riferite alla registrazione, che sostituisce a tutti gli effetti, anche per quanto concerne le successive movimentazioni degli strumenti finanziari, la cartula*”), Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 137 (considerando que o registo satisfaz as exigências relativas à data e à identificação do bem empenhado, mas não consente a individualização do crédito assegurado) e Luca Enriques, ob. cit., pág. 767.

<sup>2291</sup> Como realça Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 101 e segs., a incorporação de determinados direitos – nomeadamente os de participação social – em títulos visou, por um lado, uma finalidade probatória (sendo a posse do título a base para o exercício dos direitos sociais) e, por outro, um desiderato circulatório (operando-se a transmissão dos direitos através da transmissão do título em que os mesmos se incorporam). Na ausência da incorporação num título, a transmissão destes direitos teria que regular-se pelo disposto para a cessão de créditos, com os inconvenientes decorrentes da dificuldade de prova da data da transferência (porquanto na cessão “*el derecho circula de manera silenciosa e invisible, sin signo externo de publicidad de esa transmisión (al ser consensual y no necesitar de tradición. Ello implica que el adquirente puede sufrir la agresión de los acreedores de su cedente, bajo la imputación de que la transmisión es posterior a la reclamación de sus créditos y en fraude de sus derechos*”: no regime da incorporação em títulos, o princípio da tradição faz com que a entrega do título comprove a aquisição face a todos), do risco de liberação do devedor (pois, no regime da cessão, recaem sobre o cessionário as consequências de um pagamento efectuado pelo devedor ao cedente e, para o evitar, deverá o cessionário notificar o devedor da cessão: ao contrário, no regime cartular, o devedor apenas se liberará se efectuar a prestação a quem exhiba o título), da ausência de protecção do adquirente em caso de falta de legitimidade do alienante (protegido, no regime da incorporação num título, através da possibilidade de aquisição *a non domino*, desde que o adquirente não se encontre de má fé e o transmitente fosse possuidor, embora o Autor desvalorize este aspecto, uma vez que a generalidade das participações empenhadas são depositadas e não permanecem em poder do credor) e de oponibilidade das excepções (enquanto no regime da cessão o devedor pode opor ao cessionário todas as excepções que poderia opor ao cedente, no regime titulado esse leque é substancialmente reduzido).

<sup>2292</sup> Esta crise dos títulos-valor resulta “*de la gran masificación de los mismos, que degeneran en la ralentización de la movilidad de las riquezas, y el entorpecimiento de los mercados de capitales (...) la automatización, la autonomía y la despersonalización han condenado a la obsolescencia la plasmación de las relaciones jurídicas por medio de documentación escrita*” - Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 114 e segs., falando, a este propósito, de um “*paper crunch*” ou, em alternativa, como “*las*

Este progressivo abandono do regime dos títulos de crédito iniciou-se com o surgimento de depósitos colectivos em instituições de crédito especializadas, passou pela criação de títulos globais, culminando no desaparecimento do suporte físico.<sup>2293</sup>

Todavia, o processo de desmaterialização pode assumir natureza substitutiva ou, pelo contrário, meramente correctiva, residindo a diferença entre eles no facto de a primeira alternativa conduzir à eliminação definitiva do suporte material, enquanto na segunda a desmaterialização é reversível, isto é, não se impede o regresso à representação cartular.<sup>2294</sup>

---

*ventajas del papel han desembocado en los inconvenientes papeleros*” (com efeito, o recurso a aumentos massivos de capital - através da emissão de novas acções - por parte das sociedades privadas, associado à emissão em larga escala de títulos da dívida pública, veio demonstrar a insuficiência da incorporação em títulos). O mesmo panorama é apresentado por Soveral Martins, ob. cit., pág. 175, realçando o aumento das exigências de celeridade na circulação das acções, os custos inerentes à emissão dos títulos e as dificuldades do seu armazenamento (sobretudo a partir do momento em que a evolução informática permitiu o desenvolvimento de soluções alternativas).

<sup>2293</sup> Aponta este caminho Soveral Martins, ob. cit., pág. 175 e segs., noticiando como na Alemanha os bancos criaram um sistema de depósito dos títulos, conferindo aos proprietários dos títulos depositados um direito de compropriedade relativamente ao depósito colectivo (e, tratando-se de acções de uma sociedade, para o exercício dos direitos sociais correspondentes bastaria um documento emitido pelo depositário que comprovasse o depósito) e, posteriormente, surgiram os títulos globais (os quais não exigem, para a transmissão dos direitos a eles relativos, a sua movimentação física, bastando a simples transferência de registos). Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 150/77, de 13 de Abril, determinou a obrigatoriedade de registo ou depósito de acções, tanto nominativas, como ao portador (apesar de o Decreto-Lei n.º 408/82, de 29 de Setembro, tenha eliminado tal dever relativamente às acções ao portador), embora se continuasse a exigir a entrega física dos títulos para a liquidação das operações em bolsa, exigência que só veio a ser suprimida com a aprovação do Decreto-Lei n.º 210-A/87, de 27 de Maio (o que veio permitir o depósito em instituições financeiras dos títulos abrangidos pelo sistema de liquidação daquelas operações, funcionando como um depósito irregular de valores mobiliários, através do qual o depositário podia restituir ao depositante títulos da mesma espécie e valor, que conferissem idênticos direitos, qualquer que fosse a numeração).

<sup>2294</sup> Alude a esta distinção Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 100 e segs., demonstrando a sua preferência pelos sistemas substitutivos, uma vez que os correctivos consagram uma solução intermédia que dificulta a operacionalidade dos valores desmaterializados e mantém alguns dos inconvenientes dos títulos cartulares. Como paradigma dos sistemas substitutivos, o Autor apresenta o vigente em França, no qual a desmaterialização total, inicialmente apenas para os títulos ao portador (imposto por uma lei de 1941, mas que constituiu um fracasso, porquanto impunha o depósito obrigatório de todos os títulos ao portador, o que incentivou uma massiva conversão dos mesmos em títulos nominativos, não abrangidos por aquele depósito), posteriormente alterado no sentido de tornar o depósito facultativo (em 1949), culminando, em 1983, com a desincorporação total de todos os valores mobiliários (sistema este que assenta em duas premissas básicas - a obrigatoriedade e a generalidade - e que expressamente prevê o penhor destes bens). Pelo contrário, o sistema alemão aplicável aos valores privados (uma vez que para os públicos a desmaterialização total se encontra consagrada) tem natureza meramente correctiva, o leva o Autor a emitir um juízo negativo a tal respeito (porquanto “*se empeña en mantener los signos tradicionales de los títulos-valores para una realidad en la que ya no pueden cumplir la finalidad para que fueron creados*”, tanto mais que para a emissão dos valores mobiliários continua a ser necessária a existência de um título). Para Annalisa Liuzzi, ob. cit., pág. 45 e segs., a desmaterialização pode assumir diversas gradações (total, em que o título desaparece definitivamente e o direito que nele estava incorporado passa a constar apenas de uma inscrição em conta; total facultativa, se o possuidor do título pode escolher se inclui ou não o documento no sistema de gestão centralizada; e a desmaterialização apenas da circulação, em que o título é depositado, a requerimento do seu portador, num gestor central e, a partir desse momento, circula através de operações em conta - era este, no parecer da Autora, o sistema inicialmente introduzido em Itália pelo sistema Monte Titoli, pois “*non si verifica la scomparsa assoluta del documento. Il titolo esiste materialmente ma viene depositato in amministrazione centralizzata nel deposito alla rinfusa all'interno del quale può circolare liberamente come quota. Tuttavia, una volta uscito dal sistema, il titolo di credito deve nuovamente sottostare all'osservanza del diritto comune*”, pelo que se “*scorpora la circolazione del diritto della circolazione del documento, senza scorporare il diritto dal documento*” - acerca da evolução posterior do ordenamento italiano, vide as notas anteriores.

Adoptando uma visão demasiado conservadora e limitada, o fenómeno da desmaterialização parece mesmo tornar inviável a colocação em penhor dos valores representados por anotações em conta, na medida em que o regime geral da garantia pignoratícia pressupõe o entrega de uma coisa ou de um documento que confira a exclusiva disponibilidade daquela, estando a essa entrega subjacente a noção de desapossamento do constituinte da garantia: ora bem, a desmaterialização parece tornar impraticável, quer a entrega, quer o desapossamento.<sup>2295</sup>

Porém, a admissibilidade da colocação em penhor dos títulos desmaterializados pode (e deve) ser sustentada, não apenas por ser a solução que decorre do direito constituído, mas sobretudo porque a inscrição nos registos a que se fez referência permite superar os possíveis entraves decorrentes da ausência de desapossamento que, nos termos do regime pignoratício geral, caracteriza a constituição desta garantia, bem como da anotação do ónus no documento material (cumprindo mais cabalmente os desígnios publicitários inerentes à constituição da garantia).<sup>2296</sup>

Num plano diverso, a desmaterialização não responde, ao menos em termos definitivos, à questão – que já se colocava a respeito dos títulos em papel – de saber qual o objecto do penhor de títulos, agora escriturais, adensando até, em certa medida, as dúvidas a este respeito.<sup>2297</sup>

---

<sup>2295</sup> Assim, Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 143, não sem reconhecer que a noção civilística de bem (cfr. art.º 810.º do CCI) ser mais ampla do que a de coisas materiais, pelo que o objecto do direito não terá que ser necessariamente uma entidade material. Mais ainda, no direito italiano a aplicação do regime geral do penhor não se deverá cingir à enumeração dos possíveis objectos do penhor, mas abranger igualmente as condições necessárias para o surgimento do direito de preferência, ou seja, o documento com data certa contendo a suficiente indicação do bem empenhado e do crédito assegurado (assegurando Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 144, que esta última indicação, em particular, não resultará do registo no qual se averba a constituição de penhor sobre instrumentos desmaterializados).

<sup>2296</sup> Salienta estas duas anomalias Mia Callegari, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Giuffrè, 2004, pág. 7 segs., acrescentando que tais desideratos são alcançados, em caso de desmaterialização, através da inscrição da garantia nos registos dos depositários-intermediários, a qual produz os mesmos efeitos da inscrição no título corpóreo. No que especificamente concerne à desconformidade com o regime geral do penhor de títulos de crédito, a mesma Autora realça, não apenas a ausência de desapossamento (exigido, para este tipo de bens em concreto, pelo art.º 1997 do CCI), mas sobretudo do seu carácter publicitário, embora conclua que o mesmo poderá ser alcançado, até com maior propriedade, através da inscrição nos registos previstos para os valores desmaterializados.

<sup>2297</sup> A questão entronca numa outra, qual seja a de natureza das anotações em conta, relativamente à qual se vislumbram, pelo menos, três posições: uma primeira que as assimila aos títulos corpóreos (dos quais constituiriam uma nova sub-espécie, aparecendo os registos informáticos como uma adaptação às novas realidades); outra, considerando que estaremos perante um novo registo jurídico de bens; e uma terceira advogando que as anotações em conta constituem uma forma *sui generis* de representação dos valores mobiliários, não integrável em nenhuma categoria antes existente, apesar de o seu regime jurídico incorporar elementos do direito dos títulos-valores e do direito registal). A adopção de uma ou outra perspectiva conduzirá à configuração da constituição de ónus sobre estes bens como penhores de coisas (primeira tese) ou de hipoteca (segunda tese) ou uma nova espécie de penhor (considerando que a inscrição do penhor no registo equivale ao desapossamento imposto pelo regime geral do penhor, do mesmo modo que a transmissão da propriedade dos mesmos valores produzirá os mesmos efeitos da tradição dos títulos). Todavia, parece consensual existir um conjunto de soluções que não podem ser explicadas através da equiparação destes valores aos títulos cartulares (com sejam a aplicação de alguns princípios registais, como o da prioridade e do trato sucessivo, da legitimação e da fé pública registal), do mesmo modo que o regime se afasta, em diversos pontos, do regime registal (a entidade encarregue do registo não é pública, do mesmo modo que esse registo também não é de acesso livre ao público, sendo este último facto contrabalançado pela publicidade da escritura que deve ser exibida no momento do registo e pela responsabilidade das entidades encarregues do registo). Acerca destas teorias que procuram explicar a natureza jurídica das anotações em conta, vide Veiga Copo, *La prenda de acciones* cit., págs. 122 a 126, dando conta destas três posições no direito espanhol. Entre nós, Soveral Martins, ob. cit., pág. 186 e segs., destaca como o registo dos valores mobiliários pode ser efectuado em papel ou através de suporte informático, mas ressalva como “*Não são os suportes que representam os valores mobiliários,*



A este propósito, deparamo-nos com diversas posições,<sup>2298</sup> uma delas advogando estarmos ainda perante um penhor de coisa (ou, pelo menos, sujeito ao regime legalmente definido para este),<sup>2299</sup> equiparando o documento desmaterializado ao título

---

*mas sim os registos em conta. Os suportes são apenas isso mesmo: suportes de registos*”: partindo deste pressuposto o Autor considera existirem vários pontos comuns entre o regime dos valores mobiliários escriturais e dos títulos de crédito (como sejam a presunção da existência do direito registado, a protecção do adquirente de boa fé, a legitimidade para o exercício dos direitos sociais em função dos dados constantes do registo), mas também outros tantos desvios, concluindo que a qualificação das acções escriturais (ou os registos em conta) como títulos de crédito seria introduzir um factor de confusão (uma vez que “*uma coisa é o registo em conta, outra a participação social representada por esse registo. Se o valor mobiliário não se confunde com a representação do mesmo, afirmar que o valor mobiliário escritural é um título de crédito pode ser interpretado como querendo dizer que o valor mobiliário é a representação do valor*”), sem prejuízo da possibilidade de aplicação às acções escriturais de algumas normas ditadas para os títulos de crédito, quando tal se justifique.

<sup>2298</sup> Para um panorama geral das diversas posições, vide Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 131 e segs., nota 217, aludindo à contraposição entre aqueles que defendem tratar-se de um depósito regular (que enfrenta o “*insuperabile ostacolo la circostanza che i titoli sono immessi nel sistema quali entità fungibili, per cui viene meno ogni rapporto di tipo reale tra depositante e titoli stessi*”), de um depósito regular “*a granel*” (convertendo a propriedade individual numa comunhão de direito sobre a totalidade dos bens depositados, ou seja, o depositante torna-se “*comproprietario pro concurrenti quantitate di una quota ideale della massa*”), de um depósito irregular (embora a tal pareça opor-se o facto de o depositário não poder, ao contrário do que sucede no depósito irregular, servir-se e/ou dispor dos bens depositados), de um património autónomo (como consequência da desmaterialização e da impossibilidade de o depositante adquirir a propriedade dos bens depositados) ou de um penhor de créditos (cujo conteúdo reside no direito de crédito a uma correcta gestão e à restituição dos bens depositados). Por outro lado e como bem salienta Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 27 e segs., a qualificação do vínculo como depósito “*a granel*” implica a que o objecto do penhor seja uma quota de compropriedade da massa de títulos, enquanto para quem adopte a tese do património autónomo – nos termos da qual os depositantes permanecem titulares dos direitos pela espécie e quantidade depositadas – deve considerar-se como objecto do penhor um direito cartular, embora desmaterializado, inerente aos títulos inseridos no sistema de gestão.

<sup>2299</sup> Em face do direito italiano, Gabrielli, Il pegno cit., págs. 229 e 231 a 237 e Pegno cit., págs. 695 e 696, sugere que o penhor de títulos primeiramente criado (que previa a sua inserção num sistema de gestão comum, a cargo da sociedade Monte Titoli) continua a ser um penhor de coisas, uma vez que “*deposito e pegno sono regolari, anche se il depositario (subdepositario) non detiene nomine proprio ma come terzo consegnatario del pegno*” (igual conclusão valendo para os títulos da dívida pública integrados no respectivo sistema de gestão, mesmo que ainda não tenham sido emitidos: neste último caso, o certificado provisório será inserido pelo credor no sistema de gestão, notificando a entidade gestora da constituição do penhor, que terá por objecto o direito individual do empenhante à obtenção dos títulos ou da respectiva importância, direito este que tem como titular do correspondente dever a entidade gestora e não o emitente, porquanto é aquele que vai reclamar deste a emissão dos títulos). De acordo com Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 110 e segs., também no direito alemão é esta a posição dominante, fundamentando-se a aplicação do regime das coisas móveis, ora considerando estes bens como coisas em sentido amplo, ora aplicando por analogia aquelas mesmas regras (preferindo o Autor esta segunda alternativa, apelando à identidade da *ratio* entre os direitos-valor e os títulos-valor para justificar aquela aplicação analógica), com algumas *nuances*, como a que resulta de a protecção do terceiro adquirente decorrer, não já da posse de boa fé, mas sim da inscrição no registo (a qual, diga-se, tem natureza constitutiva no que respeita à transmissão da propriedade ou de direitos limitados). Apadrinha igualmente este entendimento Daniel Fasquelle, ob. cit., págs. 4 e 5, defendendo que, apesar do desaparecimento do papel conduzir ao abandono da ideia de incorporação do direito no título, tal não deve significar a inclusão do penhor de valores mobiliários escriturais no seio do penhor de créditos (em resultado de uma confusão entre o direito de propriedade e o seu objecto, esquecendo que aquele, em razão do advento dos bens incorpóreos, assumiu contornos inéditos), configurando-o antes como “*un droit réel sur la valeur inscrite en compte*” (por comungar das duas características essenciais dos *iure in rem*, ou seja, atribuição de um poder directo sobre uma coisa e oponibilidade absoluta), à imagem do que se passa com as participações sociais (tendo em conta que, quer para os valores mobiliários, quer para estas participações – em razão da natureza incorpórea de ambas – a ideia de posse se afigura inaplicável), embora reconheça que a circunstância de recair sobre um bem não individualizado possa originar dificuldades.

de crédito, representando aquele uma evolução deste, caracterizada por uma forma diversa.<sup>2300</sup>

Esta posição, radicando na equiparação entre o objecto do penhor de títulos de crédito e instrumentos desmaterializados<sup>2301</sup> (nomeadamente entre os efeitos do registo os do desapossamento material do título<sup>2302</sup> e na materialidade do documento

---

<sup>2300</sup> Neste sentido, Mia Callegari, ob. cit., pág. 23 e segs., contestando que o título desmaterializado seja completamente abstracto, declarando que o mesmo possui “*oggettività e materialità*”, de tal modo que será possível configurar “*una fattispecie di titolo di credito incorporato in un documento non già cartaceo, bensì elettronico. In tutte le esperienze di dematerializzazione, si ha una registrazione computerizzata di informazioni, che corrispondono ai dati del documento: si potrebbe allora assimilare il documento informatizzato alla creazione di un titolo di credito invece che su veicolo cartolare, su un diverso supporto*”. Esta posição é criticada por Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 43, por assumir que um bem passível de tradição tenha que ser um bem corpóreo – esquecendo que a transferência de activos entre contas é uma forma de tradição de bens incorpóreos –, e por partir de dois pressupostos errados: por um lado, a incorporação dos activos na inscrição em conta e, por outro, a natureza corpórea da inscrição).

<sup>2301</sup> Mia Callegari, ob. cit., pág. 28 e segs., salientando que tal conclusão é confortada pelo “*parallelo tra strumenti dematerializzati e fattispecie cartolare e la verifica della sussistenza dei requisiti cartolari in capo ai diritti scritturali*”, pelo que se poderá afirmar “*una incorporazione di diritti anche nel documento decartolarizzato, che si presenta dunque come un bene di secondo grado ed un bene materiale, al pari del titolo di credito tradizionale*” (a mesma Autora, ob. cit., págs. 57 e segs., justifica esta evolução com a circunstância de, no passado, a incorporação do direito num documento ter representado um meio capaz de cumprir os objectivos de rapidez e segurança das transações, actualmente assiste-se a um fenómeno inverso “*diretto ad affidare il trasferimento dei diritti a meccanismi differenti da quelli legati alla tradizione del documento cartaceo*”, surgindo a desmaterialização como capaz de assegurar “*operazioni che riproducono in forme nuove il meccanismo cartolare e ricorre al documento tradizionale spesso con funzione di mera legittimazione*”: em suma, um percurso semelhante ao da circulação monetária, cuja representação metálica e corpórea, tem sido paulatinamente substituída por outros instrumentos de pagamento electrónicos, como sejam os operações realizadas através de cartões de crédito e débito). Em termos análogos, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 109 e segs., assegurando que os direitos escriturais, embora estruturalmente desincorporados, “*funcionalmente, deben circular como títulos valor. De la misma manera que la constitución del derecho cartular requería la producción del papel, la constitución del derecho escritural (...) requiere la producción de la inscripción en la cuenta*” (de modo que, quando o título é depositado, o depositário não adquire a respectiva propriedade, mas este pode ser tratado como fungível, atribuindo-se a propriedade a *non domino* em função dos dados inscritos no registo) e, no que respeita à constituição de penhor, a inscrição da garantia no registo confere ao seu titular legitimidade para a executar, independentemente da respectiva titularidade (que circulará de acordo com as regras do direito comum).

<sup>2302</sup> Com efeito, através da incorporação do título na “*chartula*”, esta torna-se um instrumento necessário e suficiente para o exercício dos direitos nela mencionados, de modo que a possibilidade de exercício destes últimos constitui um reflexo da detenção do título. Ora, a inscrição em conta “*analogamente, non modifica nè altera il contenuto delle prerogative del titolare*”, ficando este impedido de exercer o seu direito na ausência de inscrição, para além de a sua ausência tornar inviável a circulação do instrumento financeiro e de constituir condição de oponibilidade a terceiros da titularidade inicial e das futuras cessões. De facto, o importante é que, nos instrumentos destinados a uma circulação célere e repetida, exista a objectivação do direito num suporte – seja ele físico ou escritural – representando a inscrição “*una cristallizzazione giuridica dei diritti, proprio come l’incorporazione dei medesimi nei titoli di credito*” (cfr. Mia Callegari, ob. cit., pág. 53 e segs. e 59 e segs., ao ponto de considerar que o princípio da literalidade deverá igualmente valer para os valores desmaterializados, “*nella misura in cui i dati del messaggio elettronico siano percepibili, comprensibili e riproducibili, pare naturale attribuire loro la medesima efficacia vincolante che hanno le informazioni incorporate su di un supporto cartaceo*”, até porque as informações relativas à titularidade e aos vínculos sobre os instrumentos financeiros desmaterializados, detidas pelo sistema informático da sociedade gestora e dos intermediários, equivalem ao dados tradicionalmente inscritos no título, para além da possibilidade de comprovação do direito de preferência através da emissão de certificados atestando tal facto). Nesta conformidade, não se afigura imperiosa a representação cartular para desencadear a aplicação do regime consagrado para esta última forma de representação, uma vez que “*il ricorso allo strumento cartaceo non risponde ad esigenze logicamente connesse all’applicabilità della disciplina di rango cartolare. In questo senso, la chartula non è l’ineliminabile e necessaria condizione per sottrarre il credito ai principi circolatori ordinari (...) il*

desmaterializado,<sup>2303</sup> circunstância que o torna susceptível de direitos reais<sup>2304</sup> - e da respectiva tutela<sup>2305</sup> - e de posse<sup>2306</sup>) sustenta a integração do regime especial previsto

---

*documento elettronico è idoneo ad assicurare quell'informazione sul contenuto del diritto e quell'esclusività del possesso che costituiscono gli irrinunciabili presupposti per l'applicazione della normativa in esame*".

<sup>2303</sup> De acordo com Mia Callegari, ob. cit., pág. 59 e segs., os documentos escriturais possuem “*una materialità alleggerita, efficiente ed economica*”. Esta conclusão será, na opinião da Autora, confirmada pela noção legal de título (entendido, nos termos do d.m. n.º 143 de 17/4/2000, como qualquer documento ou escritura, ainda que desmaterializado, representativo de direitos sobre instrumentos financeiros), bem como por outros indícios disseminados por diversos diplomas legais (por exemplo, quando fala dos titulares de direitos “*sobre os instrumentos financeiros*”). Com efeito, funcionando a inscrição da garantia sobre valores desmaterializados nos registos legalmente previstos como condição de oponibilidade da mesma (e, por outro lado, sendo indispensável para o exercício do direito relativamente ao intermediário e, em certos aspectos, à sociedade emitente), tal facto demonstra “*un'oggettivazione dei diritti che rappresentano la posizione contrattuale del titolare del strumento finanziario e la necessità che tale reificazione si attui attraverso questa forma di incorporazione alternativa*” (pelo contrário “*Ove si ritenesse che lo strumento finanziario sia stato completamente dematerializzato, l'esercizio di diritti corrispondenti e delle sue prerogative amministrative e pecuniarie non dovrebbe essere subordinato all'iscrizione in conto, quanto meno inter partes*”).

<sup>2304</sup> Procurando adaptar as categorias reais a realidades imateriais, assim demonstrando a desnecessidade do título físico, reconhecendo um carácter quase real a este tipo de bens, capaz de lhes assegurar um tratamento jurídico semelhante aos dos títulos de crédito (é a teoria alemã do *Wertrecht*, que substitui os *Wertpapiere*, considerado como uma posição jurídica imaterial, privada de incorporação, mas cuja confiança a um gestor torna possível a sujeição ao regime dos direitos reais). Segundo Mia Callegari, ob. cit., pág. 76 e segs., “*il riconoscimento di un diritto reale meglio realizza le esigenze di certezza nei trasferimenti e di sicurezza della posizione del titolare (...) e risponde, quindi, più correttamente, all'insieme di poteri e meccanismi che regolano il trasferimento dei strumenti finanziari*”, uma vez que “*se la posizione nei confronti della società di gestione può essere assimilata ad un rapporto obbligatorio, non altrettanto può dirsi nei confronti dell'intermediario e, soprattutto, dell'emittente e dei terzi*”. Desta perspectiva decorre que o proprietário de valores desmaterializados deve qualificar-se como um proprietário no sentido tradicional do termo e com as prerrogativas inerentes a tal *status*, resultando estas da inscrição do competente registo (posição esta apoiada pela possibilidade, expressamente reconhecida pelo legislador, de constituição de penhor e usufruto – direitos estes inequivocamente de índole real - sobre os mesmos bens). Partindo do pressuposto que a definição dos poderes do proprietário desta categoria de bens se deve basear nas facultades que lhe são atribuídas relativamente aos bens em si (e não à conta ou para com a sociedade emitente), a Autora reconhece que o regime legal (ao determinar que o intermediário exercita, em nome e por conta do titular da conta, os direitos inerentes aos instrumentos financeiros, desde que este lhe tenha conferido mandato nesse sentido), impõe ao intermediário uma proibição de gerir autonomamente os valores que lhe tenham sido confiados pelo investidor, de modo que este será o único e exclusivo titular dos direitos inerentes a tais bens, até porque as normas reguladoras do funcionamento do mercado permitem uma perfeita individualização dos instrumentos financeiros e das negociações a eles respeitantes (mais concretamente, “*l'iscrizione in conto garantisce una localizzazione esatta ed esclusiva degli strumenti senza alcuna possibile ambiguità, nonostante le loro differenze (...) in sostanza, i diritti, con l'iscrizione, non si traducono semplicemente in valori fungibili, ma conservano le loro peculiarità ed il legame con il negozio sottostante (che continua a reglare ed attribuire al titolare peculiari prerogative non patrimoniali). D'altro canto, essa consente sempre di individuare in tempi “quasi-reali” il titolare degli strumenti, il suo danti causa, l'intermediario che ha negoziato l'operazione e gli eventuali vincoli inerenti i titoli) (...). Nella pratica, il problema dell'imputazione è risolto mediante accorgimenti tecnici tali da indicare la fonte dei messaggi e delle trasmissioni: normalmente, codici alfanumerici (...) i documenti (dei quali sono indicati la quantità, il tipo, la specifica numerica, l'emittente) e la posizione dei singoli clienti vengono individuati attraverso un codice*”). Por outro lado, a titularidade dos instrumentos financeiros é comprovável através da emissão de certificados substitutivos destinados a consentir o exercício dos direitos (nomeadamente sociais) inerentes a tais direitos (ou, em alternativa, através da comunicação à sociedade emitente por parte do intermediário detentor das contas onde os mesmos se encontram inscritos). Finalmente, afasta o possível obstáculo resultante da natureza indirecta dos poderes do titular sobre os instrumentos, em razão da interposição das figuras do intermediário e do gestor, contrapondo que estes actuam com fundamento num mandato conferido por aquele e, por isso, “*appaiono soggetti neutri, la cui funzione e presenza non pare influire sulla*

para este tipo de bens com o regime geral do penhor, recorrendo, para o efeito e a respeito das participações sociais, à constatação da objectivação da posição proprietária do sócio.<sup>2307</sup>

Mais concretamente, também nesta *fattispecie* se produziram efeitos análogos aos do desapossamento,<sup>2308</sup> designadamente ao nível publicitário,<sup>2309</sup> e com a atribuição

---

*configurazione della titolarità degli strumenti, qualificandosi invece come una mediazione che ha la sua ratio nel garantire una gestione imparziale delle negoziazioni, a tutela dell'investimento*".

<sup>2305</sup> Uma vez que o titular de boa fé (será, aliás, difícil imaginar a má fé do adquirente, atento o facto de a generalidade das operações decorrerem através de intermediário) de um direito inscrito no registo dos valores desmaterializados se encontra a salvo das acções de reivindicação propostas por um pretensão titular anterior, bem como das excepções objectivas (encontrando-se, eventualmente, sujeito à invocação das excepções pessoais por parte do emitente ou de outros titulares dos mesmos direitos) – neste contexto, Mia Callegari, ob. cit., pág. 99 e segs., entende que tais soluções representam a “*volontà del legislatore di assicurare una tutela reale equivalente a quella tradizionale (...) parallelismo tra la tutela cartolare e quella scritturale*” (não sem, contudo, realçar a diferença resultante da necessidade de intervenção de um intermediário financeiro e das eventuais disfunções do sistema de gestão centralizada).

<sup>2306</sup> Sempre de acordo com Mia Callegari, ob. cit., pág. 93 e segs., a tradição simbólica ou indirecta (entendida como aquela que entrega ao adquirente do direito, não a coisa em si, mas os meios necessários para poder exercer um poder efectivo sobre o objecto do direito) há muito é admitida, de modo que o termo “*entrega*” deve ser lido em termos amplos como significando “*qualsiasi comporamente idoneo ad attribuire la materiale disponibilità del documento*”: ora, se assim é e a partir do momento em que a circulação dos bens pode verificar-se através de transferências de contas, “*si può ravvisare una innovativa funzione di traditio della scrittura in conto*” (enumerando ainda casos em que determinados bens, cuja materialidade parece igualmente discutível, se encontram sujeitos a um poder absoluto por parte do seu titular, como a energia eléctrica). Em face do nosso direito, Soveral Martins, ob. cit., pág. 289 e segs., enquadra esta questão no âmbito mais geral da susceptibilidade de posse dos bens imateriais (isto quer os valores mobiliários sejam tituladas ou escriturais, ou seja, quer sejam representados por suportes físicos ou por anotações em conta), aludindo à existência de múltiplas posições doutrinárias e jurisprudenciais num e noutra sentido relativamente às participações sociais, acabando por admitir tal posse (para mais desenvolvimentos sobre a susceptibilidade de posse sobre os bens imateriais, vide infra n.ºs 5.1.1 e 5.1.4 do Capítulo I).

<sup>2307</sup> Nomeadamente as quotas das sociedades de responsabilidade limitada e as partes das sociedade em nome colectivo. Relativamente às primeiras, “*non possono ricondursi agli schemi dei titoli di credito, ma alle quale si è progressivamente riconosciuta una oggettivazione, sia in forza del loro valore economico e della loro “rappresentatività” coroporativa, sia al fine di inquadrare la cessione dei diritti inerenti*”, facto este que levou, mesmo na ausência de uma norma expressa e por analogia com as sociedades anónimas, a admitir o penhor sobre este tipo de participações. No que às segundas diz respeito e apesar de algumas incertezas (relacionadas com a natureza jurídica das participações sociais deste tipo de sociedades), a orientação dominante parece favorável à admissibilidade de constituição de direitos reais sobre as respectivas partes sociais, com fundamento nas semelhanças com os títulos accionistas, através de um percurso de “*oggettivazione della titolarità dei rapporti sociali che trasforma la quota da concetto in oggetto di diritto, consentendo di attribuirle natura di res, sia pure di carattere immateriale; e orientando quindi la scelta nel senso dell’ammissibilità della costituzione del pegno. Né ad essa osterebbe (...) il fatto in sé che la quota non sis suscettibile di possesso (...) rilevando che l’elemento materiale del possesso, il corpus, va inteso in senso general come rapporto di dominazione sulla cosa (...) che normalmente è fisica, ma che può ben essere anche economica, sub specie della utilizzazione concreta della cosa*”. Outros exemplos de objectivação de bens imateriais podem vislumbrar-se na admissibilidade dos penhores rotativos (e, em geral, em todas as *fattispecie* em que a garantia seja constituída sobre objecto sujeito a transformações futuras) ou sobre o valor do conjunto dos bens onerados (que, no fundo, traduz o reconhecimento legal dos penhores rotativos – cfr. art.º 46.º do Regulamento Consob, ao admitir a sujeição ao penhor do conjunto dos instrumentos financeiros registados na conta de um intermediário), bem como na identificação do objecto do penhor de estabelecimento comercial (entendido como um penhor de coisa “*nonostante la natura delle singole entità, le quali vengono in considerazione solo per la destinazione unitaria e per la componente patrimoniale e risultano comunque tutte oggettivate ed integrate nel patrimonio dell’impresa*”, representando assim uma abstracção dos diversos elementos que o compõem) – cfr. Mia Callegari, ob. cit., pág. 169 e segs..

<sup>2308</sup> De acordo com esta perspectiva (cfr. Mia Callegari, ob. cit., pág. 179 e segs.), no penhor de instrumentos desmaterializados devem ser observados os requisitos impostos pelo regime geral do penhor

ao credor de poderes em tudo idênticos aos dos titulares de penhor sobre outro tipo de bens.<sup>2310</sup>

e, cumulativamente, o previsto no regime especial ditado para os casos em que a garantia recaia sobre aquele tipo de bens. Ora, quanto aos primeiros, assume especial relevância o desapossamento do devedor que, no entanto e em sede de instrumentos desmaterializados, se poderá ter por efectuado – partindo de uma interpretação menos formalista e colocando o acento tónico na criação de uma situação de indisponibilidade do bem onerado por parte do empenhante – através da colocação dos bens onerados numa conta *ad hoc* (separando-os do restante património do seu titular) e da exteriorização de tal situação através da publicitação das informações relativas à garantia, mecanismos estes que consentem a identificação do credor pignoratício relativamente ao qual “*l’intermediario diventa soggetto referente per l’esercizio dei diritti inerenti i valori ed obbligato e responsabile della loro gestione (...) e risultano di fatto idonei ad assicurare l’indisponibilità del bene da parte del costituente, anche e proprio a mezzo dell’intermediario*”, considerando este último um terceiro a quem o objecto da garantia é confiado (embora reconheça não se poder falar de desapossamento físico, uma vez que prescinde da originária detenção do bem por parte do devedor e do posterior empossamento do credor). Deste modo, o desapossamento surge, *in casu*, com o “*affidamento ad un terzo (l’intermediario) che già detiene i titoli. Infatti, il debitore ne rimane titolare (...), a attraverso l’iscrizione in un conto separato al momento della costituzione della garanzia è privato della loro piena disponibilità. I valori sono assoggettati alla nuova destinazione in forza di un atto e sotto il controllo dell’intermediario, che li detiene, come già si anticipava, non più solo in ragione dell’affidamento, ma anche in forza del vincolo*” e sem que o devedor possa dispor do bem empenhado sem a cooperação do credor, exercida através do intermediário (o que é particularmente visível em caso de oneração de participações sociais, caso em que o credor terá a disponibilidade dos direitos, patrimoniais e administrativos, inerentes a tais participações, embora os exerça através do gestor, a quem pode solicitar a emissão de certificados e a notificação da sociedade emitente). Todavia, a designação do terceiro, nesta situação, não resulta de um acordo das partes, mas sim de uma decisão legislativa (à imagem do que sucede aquando da nomeação judicial em caso de desacordo das partes), que se justifica pela obrigatoriedade de a negociação dos instrumentos financeiros se processar através de sujeitos para o efeito autorizados, pelo que nenhum outro poderia ser depositário dos ditos bens. Nesta conformidade, não se afasta o regime geral do penhor, nos termos do qual é admissível o desapossamento sem que o bem a onerar se encontre na posse do devedor no momento da constituição da garantia e sem a entrega, nesse momento, do bem ao credor, conforme se alcança da admissibilidade de designação de um terceiro detentor ou da criação de uma situação de comosse em casos em que a utilização do bem por parte do empenhante se afigure indispensável: é o que acontece com os instrumentos financeiros, uma vez que “*richiedendo di essere intermediati da società specializzate (...) il proprietario dei titoli si trova nella difficoltà di assoggettarli a pegno senza rinunciare al loro utilizzo, atteso che la gestione dei medesimi avviene solo attraverso l’accentramento*”.

<sup>2309</sup> Mesmo sendo discutível a relevância publicitária do desapossamento, Mía Callegari, *ob. cit.*, pág. 192 e segs., reconhece-lhe uma função de exteriorização que deverá manifestar-se nos mecanismos que substituam esse desapossamento. No caso concreto do penhor de valores desmaterializados, tal desiderato é assegurado através de indisponibilidade dos bens vinculados (através da actuação da gestão centralizada) e da inscrição no competente registo (enquanto meio de prova da particular destinação dos bens onerados), para além de este último dirimir os potenciais conflitos entre direitos sobre os ditos bens: não surpreende, por isso, que o legislador equipare a inscrição no registo à constituição do vínculo directamente sobre o título.

<sup>2310</sup> Relativamente ao direito de preferência, naqueles ordenamentos – como o italiano - nos quais tal prerrogativa se encontra dependente, em geral, de redacção de um documento escrito, de data certa, com suficiente identificação do crédito garantido e do bem empenhado, coloca-se a questão de saber se o mesmo terá que ser redigido para a sua atribuição no penhor de títulos desmaterializados (acerca deste assunto, vide *infra* no texto). Se quanto ao requisito da data certa não se suscitam grandes dúvidas (uma vez que a inscrição no registo assegura a sua observância), já a individualização do crédito garantido (o qual, por vezes, não surge explicitado no requerimento de registo da garantia) e da *res* onerada (sobretudo porque a jurisprudência impõe, para os títulos não escriturais, a enumeração da quantidade e da espécie, razão pela qual, para os desmaterializados, cumprirá indicar os respectivos códigos alfanuméricos que consentem uma posterior identificação cruzada dos títulos) se afiguram mais problemáticas (por outro lado, a perda do direito de preferência pode, noutra ordem de considerações, resultar da não permanência do desapossamento do devedor, *in casu*, a retirada dos valores da gestão daquele intermediário ou o cancelamento do seu registo: para evitar que comportamentos imputáveis ao intermediário possam produzir este efeito, dever-se-á considerar que, nestes casos, o penhor não se extinguirá, ficando apenas quiescente, desde que o credor proceda a uma tempestiva defesa do seu direito). Para além da preferência,

Outras opiniões, pelo contrário, consideram tratar-se de um penhor irregular (atendendo à transferência da propriedade dos instrumentos depositados junto dos intermediários financeiros, em razão da respectiva fungibilidade)<sup>2311</sup> ou, em alternativa,

---

o credor gozará ainda de alguns direitos patrimoniais e administrativos inerentes aos instrumentos financeiros, embora para o exercício de alguns seja forçosa a obtenção de certificados a emitir pelo intermediário financeiro (excepto se este comunicar a garantia ao emitente dos instrumentos), os quais terão que ser exibidos, por exemplo, para exercer o direito de voto e de intervenção nas assembleias gerais, devendo o intermediário). Por outro lado, o credor poderá ainda socorrer-se das acções destinadas à defesa do seu direito, designadamente as possessórias (“*In tutti i casi in cui vi sia un’alterazione ingiustificata ed illegittima delle anotazioni in conto e delle registrazioni (...) con cui il creditore pignoratizio, che veda modificata la propria posizione rispetto agli strumenti ovvero realizzati trasferimenti non conosciuti e non autorizzati*”) em caso de esbulho (“*tutte le situazioni che comportino un’alterazione della destinazione degli strumenti (es. cancelazione degli strumenti dal conto dei vincoli; intestazione degli strumenti a soggetto diverso dal debitore)*”) ou turbação (“*situazioni che comportino un’alterazione provvisoria o parziale delle prerogative e della posizione del creditore (es. illegittima attribuzione di un diritto agli utili al debitore o ad un terzo; indicazione inveritiera di un altro creditore pignoratizio)*”) as de reivindicação (cujo sucesso contra terceiros adquirentes – sempre que os direitos destes sejam de constituição posterior ao registo do penhor ou, sendo anteriores, o credor tenha registado o seu direito ignorando sem culpa a sua existência - conduzirá a uma reinscrição dos bens na conta dos valores onerados). O credor pignoratício tem, noutra vertente, direitos relativamente ao intermediário – por força do contrato de depósito celebrado entre ambos – sobre o qual impende a responsabilidade por uma eventual perda ou deterioração do bem empenhado (por exemplo, por impossibilidade de exercer os direitos sociais), pelo que o credor poderá dele exigir, em sede de responsabilidade contratual, uma indemnização pelos danos sofridos. Finalmente, em sede de execução da garantia, serão aplicáveis as normas gerais do penhor, com algumas adaptações (nomeadamente porque a venda será efectuada através de um intermediário financeiro, que não terá forçosamente que ser o originário – e nunca judicialmente – e porque os seus efeitos se traduzirão “*in trasferimenti all’interno dell’ambiente dematerializzato: con il passaggio tramite giroconto dei titoli al nuovo acquirente (e l’attribuzione del prezzo al creditore pignoratizio) ove si opti per la vendita ovvetto direttamente al beneficiario della garanzia, con apertura di conto a suo nome ed iscrizione dei titoli nel medesimo, ove si opti per l’assegnazione*”) - Mia Callegari, ob. cit., pág. 201 e segs..

<sup>2311</sup> Esta alternativa passa por considerar que a garantia se constitui sobre um depósito em dinheiro efectuado pelo cliente, o qual se vem a confundir com o restante património da entidade bancária, obrigando-se esta a restituir o *tantundem* (considera plausível esta solução Gabrielli, Il pegno cit., pág. 231 e segs., embora advirta para as dificuldades de sobreposição entre as relações de mandato e de garantia existentes entre os mesmos sujeitos e, por outro lado, de compatibilização entre a estrutura do penhor irregular e a da operação de aquisição e oneração dos referidos títulos). Segundo Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 144, esta tese identifica como objecto da garantia as somas de dinheiro que se pretendem investir para aquisição dos instrumentos financeiros (construção válida apenas no caso de colocação em penhor de instrumentos financeiros relacionados com a constituição do penhor, mas não quando o constituinte já seja titular do instrumento a dar em garantia). Parece aderir a este entendimento, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 44, ao sustentar a natureza incorpórea dos activos escriturais (moeda e títulos financeiros), como última etapa do processo de desmaterialização, embora com uma dimensão *sui generis* decorrente da sua representação através de um título, ele mesmo um bem incorpóreo, rejeitando que os valores escriturais sejam reconduzíveis a um simples crédito do depositário à restituição, parecendo antes que a natureza fungível destes bens não se opõem ao reconhecimento de um verdadeiro direito de propriedade sobre os mesmos – sendo estes individualizados através da inscrição em conta – tendo como objecto uma verdadeira unidade monetária – ou melhor, um stock de moedas ou instrumentos enquanto valor, símbolo representativo dos instrumentos monetários que concretizam esse valor, ou seja, “*Le solde de compte est une monnaie parce qu’il représente un certain nombre d’unités d’échange. Son contenu varie en fonction des remises et retraits de son titulaire, le compte n’étant alors que le contenant*” –, até porque a natureza creditícia se coaduna mal com a disponibilidade deste tipo de activos, sendo esta explicada pela tese monerista através da consideração que a entrega do bem ao depositário constitui apenas uma troca “*entre unité de valeur fiduciaire et scripturale*”. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para os activos financeiros escriturais, os quais, pese embora o reconhecimento legal da sua fungibilidade, são susceptíveis de propriedade, o que parece ser reforçado pela referência legal à propriedade destes títulos desmaterializados e à admissibilidade jurisprudencial de criação de uma presunção de propriedade, a favor do titular da conta, sobre os activos nela contidos).

de um penhor de créditos<sup>2312</sup> ou dos direitos relativos aos instrumentos financeiros onerados (nomeadamente o direito do titular a dispor dos que se encontrem registados nas contas dos intermediários financeiros).<sup>2313</sup>

De acordo com esta última perspectiva, a desmaterialização não contende com a essência da garantia pignoratícia, uma vez que o objectivo desta é o de retirar ao constituinte o direito de dispor livremente do bem dado em garantia, surgindo o desapossamento do empenhante como instrumental relativamente a esse objectivo: ora, esse mesmo desiderato é alcançado, no âmbito dos valores desmaterializados, através do registo, uma vez que este assegura igualmente, a favor do credor pignoratício, a indisponibilidade do objecto da garantia.<sup>2314</sup>

Para além do exposto, o facto de os bens desmaterializados serem, não raras vezes, colocados em sistemas de gestão centralizados e, noutro plano, de serem empenhados como um todo e não isoladamente (ou seja, enquanto conjunto de valores) origina interrogações adicionais, atendendo, no primeiro caso, à natureza regular ou irregular do depósito junto das respectivas entidades gestoras<sup>2315</sup> e, no segundo, da suposta qualificação da *fattispecie* como penhor de universalidade.

---

<sup>2312</sup> Seja como um penhor sobre o crédito do empenhante face ao credor bancário à restituição dos títulos propriamente ditos ou da soma investida na aquisição dos títulos (afastando a sua aplicação às acções cotadas em bolsa, relativamente às quais será difícil conceber um dever do devedor restituir o contravalor do investimento efectuado pelo constituinte da garantia) ou ainda como crédito do cliente relativamente ao banco à entrega dos títulos que a banca adquiriu ou adquiriria por conta do cliente (sendo que uma vez efectuado o registo na conta do cliente, a banca cumpriu o mandato que lhe foi concedido pelo cliente, pelo que não é configurável nenhum crédito, uma vez que a desmaterialização prescinde de qualquer entrega e é efectuada imediatamente após a aquisição) – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 144 e segs., embora discordando de qualquer destas propostas.

<sup>2313</sup> É a posição de Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 145 e segs.. Segundo este Autor, uma vez efectuado, por parte do intermediário financeiro, o registo dos instrumentos financeiros pertencentes ao cliente, este último adquire legitimidade exclusiva para o exercício dos direitos inerentes a esses mesmos instrumentos (cfr. art.º 32.º do Decreto Euro). Se, em seguida, esses bens são empenhados, a constituição do ónus resulta do registo na conta detida pelo intermediário financeiro, originando, em benefício do credor pignoratício, a indisponibilidade dos ditos valores. Assim, “*lo spossessamento viene ad essere sostituito dalla registrazione in apposito conto del vincolo, in quanto manca una res materiale da consegnare, ovvero sulla quale annotare il vincolo medesimo*”, desempenhando as mesmas funções daquele, seja no plano interno (protegendo o credor contra eventuais actos de disposição do empenhador enquanto sem que este declare a constituição da garantia), seja no plano externo (dando a conhecer a terceiros que tais instrumentos servem de garantia ao credor pignoratício).

<sup>2314</sup> De acordo com Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 146 e 147, essa indisponibilidade manifesta-se indubitavelmente quando o credor pignoratício for o intermediário financeiro, mas também se produzirá quando não o seja, porquanto o intermediário tem conhecimento do beneficiário da garantia registada e, por isso, apenas deverá proceder ao cancelamento desse registo ou à transferência dos instrumentos com o consentimento do beneficiário da garantia (sob pena de incorrer em responsabilidade). Desta qualificação do penhor de instrumentos desmaterializados como vínculo sobre o direito do seu titular a deles dispor, decorre que o direito de preferência está condicionado (cfr. art.ºs 2787.º, n.º 3 e 2806.º do CCI) à redacção de um documento escrito com data certa contendo a suficiente identificação do crédito assegurado e da coisa empenhada (no entender deste Autor, o cumprimento deste último requisito deve, neste caso, ser cumprido através da indicação da quantidade e espécie dos valores mobiliários do empenhante relativamente aos quais ele perde o direito de dispor).

<sup>2315</sup> Em face do sistema originário (Monte Titoli), Annalisa Liuzi, ob. cit., pág. 52 e segs., considera estarmos perante um sub-depósito regular “*alla rinfusa (...) per cui le cosa depositate non sono custodite separatamente rispetto ai singoli depositi comporta la perdita della individualità del bene per il proprietario (...) tra i depositanti si configura solo una compartecipazione alla massa dei documenti depositati*” ou seja, o depositante torna-se co-proprietário da massa de títulos depositados. Mais concretamente, existem dois contratos de depósito, um primeiro no intermediário financeiro e um segundo sub-depósito na Monte Titoli (a Autora afasta as objecções relativamente ao carácter regular deste último depósito, alegando que, apesar de incidir sobre coisas fungíveis e consumíveis, o depositário não dispõe, ao contrário do que sucede no depósito irregular, de poderes de disposição sobre o objecto do

Relativamente à inserção em sistemas de gestão centralizada, para além da questão prévia da possibilidade de dação em penhor de bens integrados em semelhante tipo de gestão, subsiste a necessidade de determinar qual o objecto de uma garantia com semelhante configuração (um crédito, uma quota de compropriedade<sup>2316</sup> ou mesmo uma

---

depósito). Defende igualmente esta qualificação Mia Callegari, ob. cit., pág. 36, nota 14 (considerando que este depósito não atribui a propriedade dos bens ao depositário, mas se limita a converter o respectivo direito de propriedade numa quota de participação sobre os mesmos, alegando que tal interpretação é confirmada pela exigência legal de identificação específica e inscrição no registo, formalidades estas destinadas a distinguir os bens depositados da massa de títulos entregues à sociedade gestora).

<sup>2316</sup> Francesco Bochicchio, *Il pegno di valori mobiliari: servizi finanziari e garanzie reali*, in *Contrato e impresa*, ano 8, n.º 1 (1992), pág. 226 e segs., ressalva que a desmaterialização apenas serviu para desvincular o exercício dos direitos incorporados no título do próprio título (como se demonstra pela circunstância de a legitimação para o exercício dos direitos ser atribuída aos detentores dos certificados emitidos pelos gestores atestando a participação na gestão) e não para introduzir formas de circulação diversas das próprias dos títulos, pelo que o penhor sobre tais bens permaneceria um penhor sobre títulos, muito embora com as modalidades de constituição específicas em razão da desmaterialização. Todavia, o mesmo Autor duvida que o direito de propriedade do cliente sobre os valores em causa corresponda à perequação de interesses visado pela lei, sobretudo porque tal direito de propriedade não assume qualquer relevo relativamente a terceiros no que respeita ao exercício dos direitos sociais (para o que relevam apenas os certificados emitidos e os registos detidos pelo gestor): assim, *“le ragioni del cliente, essendo rimesse ad un concreto esercizio, da parte del gestore, dei propri poteri, si concretizzano in un diritto obbligatorio nei confronti del gestore”*, pelo que apenas se poderá falar de um penhor de créditos, muito embora o Autor duvide da utilidade prática de tal figura, tendo em conta que a gestão, embora versando sobre títulos determinados, não os considera em si, pelo que *“non è affatto idonea a costituire, in alcun modo, la fonte delle varie sostituzioni e dei crediti da esse conseguenti, di modo che sembrerebbe trattarsi di crediti futuri non derivanti da rapporto già determinato al momento della costituzione dell’originario pegno e, quindi, non rientranti in quest’ultimo”* (excepto se se entender, interpretando as exigências legais numa perspectiva funcional, que a relação de gestão é suficiente para determinar a relação jurídica de onde derivarão os créditos futuros). A fazer fé no relato de Mia Callegari, ob. cit., pág. 116 e segs., a jurisprudência italiana opta, prevalentemente, por qualificar esta garantia como um penhor de créditos (tendo por objecto o direito de crédito à restituição do bem recebido pelo depositário), negando que *“l’immissione in gestione accentrata sia compatibile con un diritto individuale avente ad oggetto una quantità di beni corrispondente a quella originariamente depositata (...) nella comproprietà (...) non sia ammissibile, per difetto di individuazione, la costituzione e il trasferimento di diritti reali sui titoli”*, posição esta subscrita pela doutrina maioritária, embora com divergências relativamente ao conteúdo do crédito onerado (uns apontando para um direito de crédito relativo a coisas móveis, outros para um direito cartular inerente aos títulos objecto de gestão centralizadas e, finalmente, outros ainda para uma quota de compropriedade da totalidade dos títulos depositados). Já Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 27 e segs., alude à existência de três posições diversas: uma, afirmando que o objecto do penhor seria uma quota de compropriedade sobre a massa de títulos daquela espécie que se encontrem depositados, como refere a Autora citada no início desta nota (partindo da qualificação do depósito como regular – de modo a garantir que a propriedade dos valores depositados permaneça no depositante, pois, tratando-se de depósito irregular, estaríamos perante um penhor de créditos): assim, *“oggetto del pegno sarebbero perciò i titoli fungibili e divisibili in cui si risolve la quota di partecipazione del depositante alla massa detenuta unitariamente del Monte”*, destarte convertendo a propriedade do depositante sobre um bem determinado na titularidade de uma quota de participação na massa de títulos; outra, de acordo com a qual o penhor incidiria sobre o direito de crédito à devolução de outras coisas de idêntica natureza às inicialmente depositadas (partindo da qualificação do depósito como irregular, implicando a perda da propriedade do depositário sobre os bens entregues pelo depositante); e uma última nos termos da qual a garantia, apesar da desmaterialização dos títulos, recai sobre um direito cartular inerente aos títulos depositados (ou seja, produzindo-se um fenómeno de *“dematerializzazione dei diritti cartolari inerenti ai titoli oggetto di gestione accentrata”*), continuando o depositante proprietário dos bens depositados (e não a sociedade gestora que apenas se torna possuidora dos mesmos, constituindo estes uma massa separada de bens, um património autónomo, do qual o depositário não pode dispor senão em observância das finalidades do sistema, em termos idênticos aos fundos comuns de investimento, mas com a diferença de os depositantes de valores mobiliários não receberem certificados de participação).



coisa),<sup>2317</sup> a qual está relacionada com a qualificação do depósito junto daqueles sistemas.

Por outro lado, a circunstância de o penhor recair frequentemente sobre uma carteira de valores e a configuração desta como uma universalidade, suscita diversas interrogações conexas com a susceptibilidade de oneração pignoratícia deste tipo de bens compostos (nomeadamente as que se prendem com a eventual falta de identificação dos valores que compõem o portefólio<sup>2318</sup> e a distribuição da

---

<sup>2317</sup> É a posição defendida por Mia Callegari, ob. cit., pág. 123 e segs.. A Autora começa por enumerar um conjunto de problemas decorrentes da sujeição da garantia ao regime do penhor de créditos (nomeadamente a necessidade de notificação da constituição da garantia ao devedor do crédito dado em penhor, uma vez que não é claro se o envio ao banco do documento de constituição da garantia é suficiente e, por outro lado, não é seguro que o destinatário de tal notificação deva ser o intermediário ou o emitente, razões que levaram, aliás, alguma jurisprudência a excluir a oponibilidade a terceiros deste tipo de garantia, por força da inobservância daquele requisito legal), negando que tal concepção encontre apoio no próprio elemento literal (que aponta no sentido de uma objectivação dos instrumentos financeiros) ou substancial (uma vez que não considera razoável “*l’identificazione del diritto di credito con il diritto alla restituzione dei titoli (...). I documenti non incorporano infatti semplici posizioni patrimoniali e, d’altro canto, la restituzione non equivale formalmente ed a rigore alla soddisfazione di un credito. Del resto, su un piano più generale, si ritiene che il pegno non possa avere ad oggetto un diritto alla consegna materiale di una cosa certa e determinata. In quest’ultimo caso, poiché la garanzia incide sulla res e non sul credito, il vincolo dovrebbe infatti costituirsi sulla res. Il diritto alla consegna coinvolgerebbe inoltre un soggetto terzo rispetto al rapporto bilaterale tra concedente e beneficiario; e avendo natura obbligatoria, sarebbe efficace solo tra le parti*” – nesta conformidade, e tendo em conta que os direitos decorrentes para o titular do direito não são apenas de natureza creditória, poderia admitir-se estarmos perante um penhor de direitos, mas esta última figura é de admissibilidade bastante controversa). Uma vez afastada a figura do penhor de créditos, caberá configurar a *fattispecie* como um penhor de coisas, até porque “*si ravvede una natura pur sempre materiale nella res-strumento finanziario e, dall’altro, la posizione di titolarità sui valori è da ricondursi ancora ad una situazione proprietaria. Decisiva a tal fine pare l’indagine svolta circa i caratteri dell’appartenenza degli strumenti. In questo senso, chiaramente, l’esclusività e le caratteristiche tutte del potere di disposizione che il titolare – suppone mediatamente, per il tramite di un terzo soggetto – consentono di ricondurlo al tradizionale diritto di proprietà*”, razão pela qual “*il singolo partecipante abbia, come è logico concludere, la titolarità separata sugli strumenti finanziari immessi e iscritti sul suo conto*” (em consonância, a Autora considera que o depósito efectuado pelo proprietário dos valores assume natureza regular, no qual não se opera a transferência da propriedade para o depositário, negando, por isso, que tal depósito assumira os contornos de um mandato através do qual o proprietário incumbiria o intermediário de abrir uma conta em seu nome e de assegurar a manutenção da mesma, escrevendo que “*il rapporto intercorrente tra intermediario e cliente garantisca a quest’ultimo una protezione analoga a quella assicurata al depositante in conto: il legislatore pone proprio l’accento sulla conservazione e sulla tutela degli strumenti e delle scritture, cioè, sostanzialmente, sulla custodia. A differenza del mandato, in cui centrale è la gestione del mandatario ed il suo rendersi operativo, nell’attività di tenuta dei conti spicca anche la fase per così dire di riposo, di “quiescenza” del rapporto scritturale: l’attività dell’intermediario non è solo quella periodica di rilascio delle certificazioni, di avviamento delle operazioni di giro, e via dicendo, ma anche quella, continuativa, di mantenimento del conto, espressa dallo stesso termine “tenuta” del conto*”).

<sup>2318</sup> Considera ser este, na ausência de disposição legal que expressamente o consinta, um obstáculo à dação em penhor das carteiras de valores mobiliários (associado, no caso de substituição de valores emitidos por sociedade diferentes, à ausência de fungibilidade entre os elementos que as compõem), Dominique Doise, ob. cit., págs. 43 e 44 (isto sem mencionar o espinho decorrente da qualificação do penhor, mesmo sobre bens incorpóreos, como um contrato real, o que torna inviável “*que puisse s’opérer ipso facto une sub-rogation réelle sur des titres de sociétés différentes qui se succéderaient au sein d’un même portefeuille. Même si les parties conviennent (...) que dans leurs rapports elles considèreront comme fungibles les valeurs de sociétés différentes qui viendraient à se succéder dans le portefeuille, cette fungibilité conventionnelle ne sera pas opposable aux tiers*”: neste contexto, resta ao credor obter um mandato do devedor, titular do portefólio, para poder, em nome deste, notificar os emitentes dos valores onerados da substituição). Todavia e no que toca à questão da fungibilidade – *maxime* entre valores mobiliários de diferentes emitentes -, Aynès, Rapport introductif cit., pág. 46, não se mostra tão céptico, admitindo mesmo possa, por via convencional, atribuir carácter fungível a bens que, por natureza, o não

responsabilidade entre os elementos que a compõem),<sup>2319</sup> assim como outras especificamente relacionadas com a natureza deste *quid* onerado (como sejam as possíveis repercussões das oscilações de valor da carteira ocorridas após a constituição da garantia,<sup>2320</sup> a obrigação ou não de notificar a contraparte na relação de garantia das substituições efectuadas<sup>2321</sup> e, finalmente, a forma de execução deste penhor com objecto *sui generis*).<sup>2322</sup>

A questão assume uma complexidade acrescida quando se trate de empenhar valores que são alvo de gestão patrimonial,<sup>2323</sup> pois, para além dos entraves mais

---

são, sendo a oponibilidade desta convenção a terceiros garantida, excepto em caso de fraude (o Autor vai até mais longe e, no âmbito das carteiras de valores mobiliários, sustenta a existência de uma presunção de fungibilidade – comparando-as mesmo ao dinheiro, como um activo indiferenciado -, sob pena de, não o fazendo, se colocar em causa a sua substituição por via sub-rogatória e, por arrastamento, impedir a fluidez e modernização do abundante comércio jurídico garantido por portefólios de valores mobiliários).

<sup>2319</sup> De modo a que cada valor responda por uma parte da dívida. Responde negativamente Bautista Pérez, ob. cit., pág. 65, contrapondo que o objecto do penhor é a carteira no seu conjunto e, ainda, porque a protecção dos terceiros adquirentes de cada um desses valores se encontra assegurada, porquanto essa aquisição será livre de todos os ónus.

<sup>2320</sup> A este propósito, Bautista Pérez, ob. cit., págs. 65 e 66, distingue consoante as flutuações de produzam em resultado de alteração da cotação dos valores (recusando ao credor, em caso de redução do valor da carteira, o direito de exigir um reforço da garantia ou o vencimento imediato da obrigação garantida – pois o art.º 1129.º, n.º 3, do CCE, que prevê estes dois mecanismos pressupõe um acto próprio do credor (o que não se verifica) ou um caso fortuito que faça desaparecer a garantia: ora, *in casu* a garantia não se perde, apenas se deprecia - e, paralelamente, não admitindo que o constituinte possa, em caso de aumento do valor da carteira, requerer uma redução proporcional da garantia) ou da entrada e saída destes da carteira (hipótese na qual o momento relevante para determinar o valor dos bens no momento da substituição e não o valor que possuíam no momento da constituição da garantia, solução esta adoptada pela lei catalã e pelo regime do penhor financeiro).

<sup>2321</sup> Bautista Pérez, ob. cit., págs. 67 e 68, entende que, quando seja o constituinte a gozar da faculdade de substituição e no silêncio da lei, não existe esse dever de comunicação, embora advirta para a conveniência de tal notificação ser prevista no título constitutivo da garantia (do qual poderá igualmente constar a possibilidade de o credor, a qualquer momento, obter informações do devedor acerca da composição da carteira).

<sup>2322</sup> Bautista Pérez, ob. cit., págs. 69 e 70, coloca duas questões fundamentais: o que sucederá quando o valor da carteira e, por outro lado, se a proibição do pacto comissório será aplicável. Relativamente à primeira, o Autor entende que não será forçosa a alienação de todos os valores que compõem a carteira (assim os convertendo em dinheiro), mas apenas da quantidade necessária para o pagamento da dívida exequenda, cabendo a nomeação ao devedor (ou, pelo menos, podendo o devedor opor-se à nomeação efectuada pelo credor), uma vez que, dada a elevada liquidez dos mesmos, é indiferente para o credor que se alienem uns ou outros. No que concerne ao pacto comissório e tendo em conta o regime do penhor financeiro (no qual se admite, quando o *quid* onerado for apenas dinheiro, proceder a uma compensação, desde que notifique previamente o depositário da sua intenção, o qual procederá à transferência; quando o penhor incida sobre outros instrumentos financeiros, o credor poderá solicitar a respectiva alienação ou, em alternativa, ordenar a transferência dos mesmos para a sua conta, devendo para isso notificar o depositário demonstrando o incumprimento, cabendo a este unicamente comprovar a legitimidade do requerente e a autenticidade da firma e, em seguida, alienar os valores em questão através de um membro autorizado do mercado. Todavia, em qualquer dos casos, a lei exige que a apropriação dos bens onerados por parte do credor seja precedida de um pacto autorizativo nesse sentido, do qual conste as modalidades de avaliação dos valores onerados) e, especialmente a lei catalã (na qual expressamente se afirma que se o penhor recair sobre dinheiro ou títulos representativos de dinheiro, o credor pode fazê-lo seu, sem necessidade de venda judicial, desde que notifique previamente o devedor e demonstre a recepção da notificação e o respectivo conteúdo), o Autor conclui que “*si en la cartera existe dinero o títulos representativos del mismo podrá el acreedor pignoraticio adjudicárselos directamente, por cuanto no es posible que con esa actuación el acreedor pueda lucrarse con dicha adjudicación, siendo esta la razón de la prohibición*”. Acerca das formas especiais de execução, vide supra n.º 8 do Capítulo I.

<sup>2323</sup> Luca Enriques, ob. cit., pág. 670, define estes contratos como sendo aqueles em que uma das partes assume, contra o pagamento de uma determinada importância, a obrigação de levar a cabo escolhas de investimento relativas a um conjunto de valores mobiliários propriedade da outra parte, no interesse e com o risco a cargo desta.

evidentes (ou seja, a necessidade de desapossamento<sup>2324</sup> do empenhante e de identificação do objecto da garantia e do crédito garantido<sup>2325</sup> e o alegado efeito subrogatório entre os valores que a integram)<sup>2326</sup> o facto de a propriedade dos bens permanecer no devedor<sup>2327</sup> e de o terceiro gestor dispor, normalmente, de poderes de alienação e/ou oneração dos mesmos vem suscitar novas interrogações.<sup>2328</sup>

---

<sup>2324</sup> Quanto a este aspecto, Luca Enriques, ob. cit., pág. 764 e segs., realça que, mesmo antes da constituição do penhor, os bens objecto da gestão já não são detidos pelo devedor empenhante, mas antes pelo intermediário gestor (encarregue, por força do contrato, de zelar pela custódia de tais valores), pelo que importará distinguir consoante o credor pignoratício seja o próprio gestor (caso em que a constituição do penhor transforma a simples detenção em posse) ou um terceiro (caso em que será necessário firmar um acordo entre empenhante, credor pignoratício e gestor, nos termos do qual este último se obrigará a exercer o dever de custódia por conta dos outros dois).

<sup>2325</sup> Para Luca Enriques, ob. cit., pág. 761 e segs., a suficiente identificação do objecto do penhor, exigida por lei, se poderá alcançar de diversas formas. Antes de mais, sugerindo “*che la scrittura costitutiva del pegno contenga l’esplicita autorizzazione a che l’intermediario, in qualità di mandatario, formi e sottoscriva, in nome e per conto del cliente, le successive scritture contenti sufficiente indicazione dei titoli dati in pegno e del credito garantito*” (embora esta solução comporte o grave inconveniente de, além de obrigar cada nova escritura a possuir data certa, fazer com que a preferência pignoratícia relativamente aos novos títulos empenhados apenas surja no momento da redacção do novo documento). Outra alternativa passa por considerar que o ordenamento não exige sequer a formação de um novo documento a cada substituição do objecto empenhado, pois da actividade de gestão não decorre qualquer prejuízo para os credores pignoratícios, sendo a protecção destes que inspira aquela exigência legal (embora o Autor entenda que este raciocínio não encontra suficiente apoio legal). De acordo com uma terceira alternativa, que o Autor entende preferível por repousar na caracterização, por ele defendida, deste penhor como um penhor de universalidades, a suficiente indicação do bem empenhado obter-se-á através da identificação cumulativa do património mobiliário objecto da gestão, do conteúdo essencial do contrato de gestão – em especial o âmbito dos poderes do gestor, assim permitindo conhecer a universalidade – e, por último, da enumeração das contas das quais consta a referência aos bens que, em cada momento, se encontram sujeitos ao vínculo pignoratício.

<sup>2326</sup> Entendendo que a substituição dos valores mobiliários empenhados no âmbito de uma carteira submetida a um contrato de gestão não se enquadra na figura da sub-rogação real, Luca Enriques, ob. cit., pág. 761 e segs., alegando que esta não se aplica às substituições efectuadas no seio de uma universalidade e, por outro lado, considerando estarmos perante, não uma transformação, mas uma simples modificação de um objecto que permanece qualitativamente idêntico.

<sup>2327</sup> Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 201 e segs., reconhece que a manutenção da propriedade dos bens empenhados no cliente dos serviços de intermediação financeira resulta do direito positivo, recusando tratar-se de um caso de compropriedade (porquanto a faculdade de dispor dos bens cabe apenas à sociedade gestora e não, como é próprio do regime da compropriedade, a cada um dos comproprietários), rebatendo as acusações segundo as quais esta permanência do direito de propriedade representaria uma cisão entre propriedade e poder de disposição, ficando este último reservado ao gestor (considerando ser este um fenómeno comum na moderna realidade da empresa). Menos taxativo é Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 44 e 45, assegurando que a posição adoptada relativamente à propriedade dos bens objecto de gestão influi decisivamente sobre a natureza do vínculo a constituir, nos seguintes termos: caso se entenda que a propriedade se transfere para o gestor, estaremos perante um penhor de créditos e direitos (pelo que a substituição dos valores inicialmente empenhados em nada contendaria com o vínculo pignoratício, sendo desnecessárias quaisquer formalidades aquando da substituição, a qual não teria efeitos novatórios, uma vez que a garantia recai sobre todos os títulos e valores resultantes da gestão), ao passo que para quem advogue a manutenção da propriedade no depositante qualificará a *fattispecie* como um penhor de coisa (implicando que cada substituição dos bens determine o surgimento de uma nova garantia, com a inerente necessidade de renovação das formalidades legais, nomeadamente para o surgimento do direito de preferência).

<sup>2328</sup> Luca Enriques, ob. cit., págs. 760 e 761, salienta que a impossibilidade de colocação em penhor dos bens alvo de um contrato de gestão enquanto tais (ou seja, sem prejuízo da continuidade da actividade de gestão sobre eles) lesaria sobretudo o devedor e os seus demais credores e não tanto o credor pignoratício, porquanto deste modo perderia a possibilidade de incremento do próprio património em resultado da gestão (em alternativa, restaria a concessão de um penhor irregular sobre o conjunto dos valores). Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 201 e segs., alerta para a provável inoponibilidade a terceiros do facto

Com efeito, a interposição de um sujeito entre o credor pignoratício e o empenhador pode originar dúvidas acerca da exacta configuração da operação de garantia, podendo admitir-se estarmos perante um penhor de coisa,<sup>2329</sup> um penhor de

---

de o gestor não ser o proprietário do bem, possibilitando que este possa ser reclamado pelo cliente proprietário, em caso de alienação por parte do gestor sem o seu consentimento.

<sup>2329</sup> É o entendimento de Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 217 e segs., para quem não estaremos perante um penhor (tendo em conta que a propriedade dos bens permanece no cliente ao invés do que sucederia se estivéssemos perante uma transferência fiduciária da titularidade do bem para o gestor, assistindo ao cliente um direito de crédito à restituição dos bens) de créditos, isto é, “*diritto di pegno, da concedere una volta per tutte, su quei beni che risultino di volta in volta oggetto della gestione, senza necessità di nuove formalità ad ogni sostituzione dei beni*”. O mencionado Autor não deixa de reconhecer existirem dois obstáculos de monta à admissibilidade deste entendimento, desde logo a necessidade de um documento escrito contendo a suficiente indicação do bem empenhado, contornando-o afirmando que “*una scrittura di concessione del pegno redatta una volta per tutte, in ordine alla gestione patrimoniale, risulta idonea a presentare i requisiti richiesti dall’art. 2787 c.c.*” (pelo que a suficiente indicação do bem se deve ter por efectuada à luz da ausência de arbítrio na substituição dos bens que caracteriza a gestão, na medida em que esta é conferida a um profissional e destinada à frutificação dos investimentos, concluindo “*sembrerebbe trattarsi, più che di individuazione effettiva, di individualità dei beni che, infatti, non sono ancora conosciuti*”, ou seja, “*l’individualità pressupone, nell’ottica giuridica e funzionale già evidenziata, la sola predeterminazione dei criteri per la successiva individuazione, la quale, a sua volta, dipende da fattori esterni. Nella gestione, invece, anche l’effettiva individuazione dipende da fattori già predeterminati al momento della costituzione del pegno*”) e, noutra ordem de considerações, a necessidade de desapossamento do constituinte, contrapondo que este efeito apenas será de considerar nas relações entre o credor pignoratício e outros credores do constituinte, pelo que se deve ter por realizado tendo em conta os elementos caracterizadores da gestão, como sejam a circunstância de a identificação dos bens – que permanecem na propriedade do cliente - ocorrer com base em critérios predeterminados (e, portanto, sem nenhum arbítrio), critérios esses com eficácia face a terceiros estranhos, nomeadamente ao gestor: em suma, “*il creditore pignoratizio acquisisce, per il tramite del gestore, un potere diretto e sicuro sui beni, da individuare in concreto, in base a criteri di ottimale investimento finanziario, da parte del intermediario (ovverosia del gestore stesso) che viene quindi ad esse vincolato nei confronti proprio del creditore*”, ou seja, “*al momento della concessione del pegno, il costituente viene ad essere privato di ogni potere sui beni, mentre il creditore acquisisce una situazione attiva diretta sui beni che saranno scelti da un soggetto vincolato proprio nei suoi confronti*”. No mesmo sentido, Mia Callegari, ob. cit., pág.146 e segs., alegando que, em caso de constituição de penhor sobre instrumentos financeiros objecto de um contrato de gestão (ou seja, em que o intermediário tem o dever de efectuar escolhas de investimento no interesse do cliente e com os riscos a caírem sobre este último), se verifica uma situação de propriedade fiduciária “*con la conseguente scissione fra la titolarità ed il potere effettivo di disporre, analoga a quella che si ha a seguito della dematerializzazione*”, sendo as quotas dos investidores representadas por certificados individuais e cumulativos, os quais não raras vezes são concedidos em penhor (se, quanto aos primeiros certificados, não se levantam grandes objecções à sua qualificação como títulos de crédito, já maiores dúvidas suscita o certificado cumulativo – entendido como um único documento ao portador representativo de uma pluralidade de quotas de participação dos diversos investidores – embora a posição mais recente aponte para uma assimilação aos títulos de crédito, de acordo com uma interpretação lata deste): em face do exposto e em qualquer dos casos, não existirá nenhum obstáculo com o regime geral do penhor, não faltando o desapossamento do devedor e a identificação do objecto do penhor (relativamente a este último aspecto, o cliente-investidor é proprietário dos bens – cuja individualização ainda não é viável nessa data – mas “*il fatto che le predeterminazione dei criteri di individuazione vale (...) nei confronti del gestore, terzo estraneo al rapporto di pegno, permette di argomentare che il creditore pignoratizio acquisisce per il tramite del gestore, un potere diretto e sicuro sui beni, da individuare in concreto, in base a criteri di ottimale investimento finanziario*”), não atentando sequer contra o regime pignoratício o facto de a garantia recair sobre o portefólio do investidor, cujo conteúdo pode variar no tempo (uma vez que “*il diritto stesso del titolare consiste nella restituzione dei beni esistenti al momento in cui lo si esercita, pare evidente che il vincolo debba tollerare una certa mutevolezza*”, justificada, ora pela autorização dada ao intermediário para subscrever, a cada substituição, as escrituras exigidas para o direito de preferência pignoratício, ora pela qualificação ao património objecto de gestão a natureza de universalidade de bens móveis).

créditos<sup>2330</sup> ou até um penhor de universalidade,<sup>2331</sup> sendo que a adesão a uma ou outra perspectiva pressupõe a resolução da questão respeitante à transferência ou não para o gestor da propriedade dos bens onerados.<sup>2332</sup>

---

<sup>2330</sup> Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 222 e segs., sugere ser esta a configuração mais adequada aos casos em que o empenhante confira um mandato para investir e gerir valores mobiliários predeterminados a sujeitos que procedem à colocação no mercado desses valores, exercendo estes últimos, em nome do primeiro, todas as operações resultantes do investimento efectuado. Com efeito, apesar de a propriedade dos ditos bens permanecer no cliente empenhante, “*vi è un diritto del cliente a che il mandatario curi aspetti ed espleti compiti propri di altri soggetti, rispondendo nei suoi confronti. Il diritto reale del cliente stesso sui beni oggetto dell’investimento rimane sì fermo, ma viene, nel contempo, affiancato da un diritto autonomo nei confronti mandatario, diritto ad una conduzione unitaria e corretta dei vari profili connessi all’investimento*” e será este direito o objecto do penhor de créditos (todavia, a validade e a eficácia deste penhor circunscrevem-se aos limites do investimento originariamente efectuado, mesmo quando ocorra a modificação dos objectos originais).

<sup>2331</sup> É a posição sustentada por Luca Enriques, ob. cit., pág. 761 e segs. (no mesmo sentido, Dominique Doise, ob. cit., pág. 42), para quem se deverá considerar o património objecto de gestão como um património autónomo ou uma universalidade (ou seja, como uma pluralidade de coisas móveis, pertencentes ao mesmo sujeito e com uma destinação unitária, entendida esta última como uma organização de bens tendo em vista um tipo de uso ou de gozo diverso daquele que os simples bens são capazes de proporcionar que, no caso da gestão, se traduz na aptidão “*a produrre un rendimento più elevato, anzitutto in virtù della possibilità di diversificare il rischio connesso ai beni in questione*”). Noutra ordem de considerações, o Autor recusa que a substituição dos bens empenhados seja enquadrável no âmbito do instituto da sub-rogação real, uma vez que o mesmo não se aplica às substituições no âmbito de uma universalidade e, além disso, “*non si ha qui trasformazione, ma una semplice modificazione dell’oggetto stesso che rimane (qualitativamente) identico*”, pelo que “*il pegno si estende dunque anche alle somme di denaro che, nel corso della gestione, risultano a saldo delle varie operazioni effettuate dall’intermediario e che, in attesa di essere reinvestite, devono essere depositate in un apposito conto corrente cosiddetto di appoggio, aperto presso l’ente creditizio gestore*” (o Autor termina afirmando que, mesmo para quem rejeite que o património alvo de gestão seja uma universalidade de móveis, não poderá deixar de aceitar tratar-se de “*un complesso funzionale (fruttifero) di beni: anche a tale figura la dottrina ritiene applicabile la regola per cui la sostituzione con altra di una delle singole res che compongono il complesso non lo trasforma in un nuovo, diverso bene*”, pelo que sempre ficaria sob a alçada do art.º 2784.º do CCI, o qual, ao admitir como possível objecto de penhor as universalidades de móveis, “*considera la pluralità di cose che pur indica con il nome di »universalità di mobili« non sub species universitatis, bensì nella loro »caratterizzazione generica di complesso di cose funzionalmente collegate«*”). Para além da redacção deste documento e caso os títulos objecto de gestão mobiliária se encontrem depositados num sistema de gestão centralizada, será ainda necessária a inscrição no registo (a qual deverá mencionar que o penhor incide sobre uma universalidade, quais aos títulos que, no momento da constituição da garantia, fazem parte dessa universalidade e que, no decurso da gestão, o penhor poderá passar a recair sobre outros que posteriormente venham a integrar a dita universalidade, bem como as somas em dinheiro existentes na conta corrente de apoio), podendo, posteriormente, “*ogni qualvolta l’intermediario effettui delle operazioni sul patrimonio gestito, dovrà liberare del vincolo il valore mobiliare che intende alienare e quindi iscrivere nel registro i valori mobiliari acquistati in sostituzione, precisando la natura del vincolo, e cioè che si tratta di pegno sul valore mobiliare in quanto facente parte, in sostituzione di altro o altri precedentemente alienati (...) di patrimonio oggetto di gestione, già precedentemente vincolato con iscrizione nel registro*” (de referir que a manutenção do vínculo apesar das substituições não resultava directamente da lei italiana no momento em que o Autor elaborou o seu trabalho, mas acabou por ser posteriormente consagrada, conforme se viu). Pelo contrário, no direito francês a consagração legal desta última solução remonta ao art.º 29 da Lei n.º 83/1, de 3/1 de 1983 (acerca desta norma e da evolução posterior, vide n.º 1.2.2 do Capítulo II), embora a interpretação dada a este preceito não fosse unânime pois, como salienta Dominique Doise, ob. cit., págs. 42 e segs., se alguns entendiam que a norma consagrava a figura da sub-rogação real (consentindo a substituição dos valores inicialmente onerados, não apenas por outros do mesmo emitente, mas mesmo emitidos por uma entidade distinta), outros sustentavam que a substituição apenas será admitida entre títulos emitidos pela mesma sociedade (o Autor, embora *de lege data* apoie este segundo entendimento, *de lege ferenda* advoga uma consagração legal inequívoca da figura da sub-rogação legal ou, pelo menos, a sua aceitação por via jurisprudencial, considerando ser o único meio de assegurar uma garantia sobre valores mobiliários verdadeiramente eficaz).

Inversamente, a constituição de um penhor não deixa de influenciar, em termos assinaláveis, a própria relação de gestão que pré-exista relativamente ao momento do nascimento do penhor.<sup>2333</sup>

Mas o fenómeno de desmaterialização não se cinge aos instrumentos privados, estendendo-se igualmente aos títulos da dívida pública, forma cada vez mais frequente de financiamento público por parte dos diversos Estados,<sup>2334</sup> muito embora nem todos estes activos sejam susceptíveis de penhor.<sup>2335</sup>

---

<sup>2332</sup> Mais concretamente, como afirma Gabrielli, Il pegno cit., pág. 235 e segs., “*Se infatti si aderisce alla tesi della separazione dei valori depositati rispetto al patrimonio del gestore, e quindi si sostiene che la titolarità dei valori rimanga in capo al cliente mandante, il pegno si dovrebbe allora costituire secondo il modello del pegno di cose mobili. Nell’ipotesi in cui si ritenga che, in virtù del contratto di gestione, la proprietà dei valori si trasferisca al contrario dal cliente al gestore, il pegno dovrebbe allora costituire come pegno di crediti e di diritti. In tal caso infatti avrebbe come oggetto non i singoli valori in gestione ma il diritto di credito, del cliente mandante nei confronti del gestore, alla restituzione in qualunque momento (non dei singoli valori oggetto della gestione ma) del controvalore dei valori giacenti nel conto del cliente*”.

<sup>2333</sup> A este propósito, segundo Luca Enriques, ob. cit., pág. 768 e segs., a constituição do penhor origina “*la paralisi di tutti – o quasi – i poteri di modificazione unilaterale del contratto di gestione, poiché l’esercizio di essi determinerebbe altresì la modificazione unilaterale dell’oggetto del pegno, ossia la sostituzione non concordata della cosa oppignorata, che pacificamente non è amessa*”. Apesar de o credor pignoratício, ao aceitar em penhor um bem alvo de um contrato de gestão, aceitar as modalidades e os limites constantes deste último contrato (pelo que o devedor-cliente poderá reagir, em caso de abuso da coisa dada em penhor, exigindo o sequestro da coisa empenhada, destarte extinguindo o contrato de gestão), a constituição do penhor produz uma modificação objectiva do interesse funcionalmente subjacente à gestão, nomeadamente fazendo com que os bens onerados conservem o seu valor e não sejam expostos a riscos excessivos, particularmente quando o intermediário-gestor não for o credor pignoratício (neste caso, o gestor celebra um pacto com o cliente e o credor pignoratício, nos termos do qual “*si obbliga anche nei confronti del creditore pignoratizio a gestire i valori mobiliari secondo le modalità previste e l’interesse individuato dal preesistente contratto: lo si desume dal fatto che contenuto essenziale di tale patto è quello per cui il terzo custodisce la cosa anche per conto del creditore pignoratizio*”, pelo que o gestor incorre em incumprimento relativamente ao credor pignoratício quando dissipe os valores objecto de gestão ou devolva os ditos bens o devedor sem o consentimento do credor ou, finalmente, incumpra o contrato de gestão, designadamente gerindo o património perseguindo um fim diverso daquele em vista do qual lhe haviam sido conferidos os poderes de gestão). Por outro lado, o cliente-devedor fica, após a constituição do penhor, impedido de retirar as somas e os valores (possibilidade esta subordinada à condição de inexistência de vínculos). Por último, importa considerar qual a possibilidade de o cliente emitir instruções vinculantes (entendidas como um poder unilateral de modificação do contrato de gestão no decurso da relação contratual, assim diminuindo a discricionariedade da actuação do gestor) para o gestor: a este respeito, o Autor exclui que, existindo um penhor sobre os bens objecto de gestão, o cliente devedor possa emanar instruções vinculantes com tão grande amplitude (pois “*se così fosse, il debitore, impartendo un’istruzione vincolante, potrebbe altresì modificare unilateralmente l’oggetto del pegno*”), nem tão pouco que tal direito se transfira, com a constituição do penhor, para o credor pignoratício, embora distinga consoante o credor pignoratício seja um terceiro (hipótese na qual o poder de emitir instruções cabe, conjuntamente, ao credor pignoratício e ao devedor, devendo cada um deles proceder de acordo com os ditames da boa fé) ou o próprio intermediário gestor (hipótese na qual o cliente perde aquele poder unilateral, sem prejuízo de poder concertar o exercício de tal poder com o gestor credor pignoratício, de modo que, de acordo com o princípio da boa fé, o intermediário não poderá recusar a execução de uma instrução inócua relativamente às orientações gerais da gestão previamente acordadas, mas já o poderá fazer a respeito de instruções extraordinárias ou que desvirtuem ou comprimam excessivamente os poderes de gestão).

<sup>2334</sup> Segundo Muñoz Cervera, Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, pág. 727 e segs., o processo de desmaterialização dos títulos da dívida pública em Espanha iniciou-se em 1974 e 1977 (através de leis que permitiram a representação da dívida, não apenas através de títulos, mas também por qualquer outro documento ou conta que formalmente a reconheça) e culminou, em 1988, com a extensão do regime de representação em anotações em conta a todos os valores negociáveis agrupados em emissões, incluindo assim os de dívida pública (por isso e conforme conclui Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 209 e segs., o regime valores não diverge do consagrado para os valores

É nossa convicção que a inidoneidade dos títulos da dívida pública apenas se verificará quando, do respectivo regime jurídico, decorra a inadmissibilidade de alienação ou, mais latamente, de negociação dos mesmos, pois, quando tal suceda, não se tem por preenchido o requisito da alienabilidade que constitui condição *sine qua non* para a qualificação de um bem como empenhável: ora, pelo menos no que respeita aos títulos negociados no âmbito do Mercado Especial da Dívida Pública (MEDIP), tal escolha não releva, porquanto este é um mercado regulamentado, nos termos do Código dos Valores Mobiliários, destinado à negociação electrónica por grosso de títulos da dívida do Tesouro Português.<sup>2336</sup>

---

privados, “*salvo las pequeñas modificaciones que imponen las especialidades del funcionamiento del Mercado de la Deuda Pública representada en anotaciones en cuenta*”). Alude igualmente a este caminho de progressiva desmaterialização dos valores representativos da dívida pública, que conduziu à substituição definitiva dos títulos em papel por valores escriturais, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 271 e segs., mencionando o Decreto n.º 1143/1974, de 5 de Abril (que permitiu a cobrança de juros da dívida pública sem necessidade de apresentação física dos títulos), a Lei Geral de 4 de Janeiro de 1977 e o Real Decreto n.º 656/1982, de 12 de Fevereiro (que admitiram a representação da dívida pública através de inscrições em conta), os Reais Decretos n.º 505/1987, de 3 de Abril e n.º 1091/1988, de 18 de Setembro (que aprovaram o sistema de registo em conta da dívida pública) e o Real Decreto n.º 116/1992 (que, previsto para os valores privados, é subsidiariamente aplicável à dívida pública).

<sup>2335</sup> Muñoz Cervera, ob. cit., pág. 735 e segs., salienta que apenas os títulos da dívida pública negociáveis (e não também os não negociáveis) podem ser objecto de penhor. A razão para este diverso tratamento radica na exigência de transmissibilidade ou possibilidade de alienação que todo o objecto desta garantia deve possuir, por força das normas gerais sobre o penhor e que está ausente na dívida pública não negociável (para determinar quando é que um valor mobiliário é negociável, o Autor distingue entre os admitidos a negociação fechada ou não pública – v.g. emissão de acções por sociedades anónimas não cotadas em bolsa – e os objecto de negociação aberta ou pública, incluindo-se os títulos da dívida pública nesta última categoria – desde que objecto de negociação dentro do sistema legal de anotações em conta da dívida do Estado, porquanto a lei o considera expressamente como mercado secundário oficial de valores – excepto quando se trate de valores emitidos por alguns entes territoriais menores, como os municípios, porquanto muitas vezes tais valores não são destinados à negociação em mercados secundários oficiais). De entre os valores não empenháveis cumpre destacar a chamada “dívida pública especial”, não destinada a negociação, pois, como escreve o Autor “*no es un valor negociable, ni un valor mobiliario simple. Se trata simplemente de un derecho de crédito contra el Estado que, por voluntad del legislador, no es susceptible de ser cedido inter vivos. Este último aspecto determina (...) la imposibilidad de ser empeñado*” (ainda assim, não exclui que esta dívida especial possa ser usada como modo de financiamento, simplesmente quando a obrigação garantida se vence antes da amortização dessa dívida e na medida em que não existe direito real, não pode ser realizado o valor da mesma, até porque tal implicaria uma alteração na titularidade que a lei proíbe, pelo que resta ao credor aguardar a amortização da dívida especial e aplicar os fundos obtidos na liquidação da dívida: em face do exposto, esta garantia deverá ser configurada como recaindo sobre bens futuros, ou seja, o produto da amortização da dívida, bem esse que ainda não existe no momento da constituição da garantia). Também para De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 274 e segs., o erigir da negociabilidade da dívida pública como condição da sua empenhabilidade decorre do regime geral do penhor (na medida em que são os bens alienáveis poderão ser objecto de tal garantia), razão pela qual se não se suscitam dúvidas quanto à empenhabilidade dos valores admitidos a negociação no mercado de valores escriturais de dívida do Estado e demais entidades públicas, como as Comunidades Autónomas (uma vez que este é considerado como um mercado secundário oficial, o que torna os valores que o integrem perfeitamente negociáveis), sendo mais duvidosa a hipótese de a dívida ser emitida por entes públicos menores, como os Ayuntamientos e Diputaciones (a qual não integra aquele mercado secundário oficial).

<sup>2336</sup> Acerca do funcionamento deste mercado, vide o site do Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P., (mais precisamente, em <http://www.igcp.pt/gca/?id=72>). Quanto ao regime especial para os diversos instrumentos da dívida pública, resulta da lei a possibilidade de alienação dos mesmos, pelo menos na data do respectivo vencimento, como sucede com os bilhetes do tesouro (Decreto-Lei n.º 279/98, de 17 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 91/2003, de 30 de Abril – art.º 6.º), com as obrigações do tesouro (Decreto-Lei n.º 280/98, de 17 de Setembro - art.º 6.º), com os certificados de aforro (Decreto-Lei n.º 122/2002, de 4 de Maio - art.º 6.º), com os certificados do tesouro (n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 40/2010, de 20 de Maio), com os certificados especiais de dívida

A tal conclusão não obsta o facto de forma de organização deste mercado específico,<sup>2337</sup> a constituição<sup>2338</sup> e os efeitos<sup>2339</sup> das garantias sobre este tipo de valores

---

de curto prazo (n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 111/2009, de 19 de Novembro) e com os certificados especiais de dívida pública de médio e longo prazo (n.º 4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 14/2011, de 21 de Fevereiro), razão pela qual, mesmo não sendo objecto de negociação num mercado regulamentado, se nos afigura não haver obstáculos à sua oneração através de penhor.

<sup>2337</sup> No ordenamento espanhol, o sistema tem na sua cúpula um organismo supervisor, a central de anotações (que não é mais que um serviço público do Estado, sem personalidade jurídica), cuja missão é a de gerir a emissão e amortização de valores (bem como o pagamento de juros e transferências de saldos originados pelas transmissões no mercado secundário), organizar um mercado secundário entre os titulares de contas na própria central e separar, dentro das contas abertas naquela central, a constituição de garantias sobre os valores, identificação essa comprovada através da expedição do correspondente certificado. Para além dessa central, existem ainda os membros do mercado, categoria na qual se integram os titulares nas contas abertas em nome próprio na central de anotações (apenas entidades e intermediários financeiros que preencham determinados requisitos de capacidade financeira), assim como as entidades gestoras, cuja função principal é a de realizar funções de intermediação (podendo também, adicionalmente, deter contas em nome próprio de contas na central de anotações). No que especificamente concerne às competências em matéria de registo, a central de anotações procede às inscrições nas contas das entidades autorizadas a possuir contas em nome próprio (nas quais se registam as operações sobre a própria carteira de cada titular) e as contas onde se anotam os saldos de terceiros das entidades gestoras (uma conta global mantida pelas entidades gestoras na central de anotações e que é o reflexo exacto das contas que esses terceiros – não autorizados a operar directamente através daquela central - mantêm nas entidades gestoras, sendo essa correspondência autorizada através da obrigação de comunicação diária, por parte das entidades gestoras àquela central, dos saldos que tenha registados em nome de terceiros), contas das quais apenas se reflecte o saldo global, ou seja, “*tales terceros no aparecen, en el registro de la CA, identificados individualmente, sino que su respectivo saldo se adiciona, en dicho registro, con el de los restantes comitentes de la respectiva EG*”. Quanto às entidades gestoras, estas detêm o chamado registo individualizado ou de terceiros, separadamente para cada um dos titulares das anotações e, ainda, com discriminação dos saldos mantidos por conta de terceiros e os seus próprios (para mais desenvolvimentos, Muñoz Cervera, ob. cit., págs. 745 a 750).

<sup>2338</sup> Muñoz Cervera, ob. cit., pág. 750 e segs., destaca como a constituição da garantia se processa em dois momentos, quais sejam a celebração do contrato de garantia (sendo este um negócio consensual – exigindo, pelo contrário, a redução escrito, embora não impondo a forma pública, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 279) e o registo da garantia. Relativamente a este último, a inscrição opera como sucedâneo da entrega do bem no penhor sobre bens corpóreos, devendo, para efeitos de registo, a constituição da garantia ser comunicada à Central de Anotações (comunicação esta que deve ser efectuada pelo próprio empenhante – caso possua uma conta em nome próprio naquela central – ou pela entidade gestora, na hipótese inversa, muito embora a lei não estabeleça um prazo para o cumprimento de tal formalidade), contendo a identificação dos valores a onerar (assim como o respectivo valor nominal, a identificação do seu titular e da pessoa ou entidade a favor da qual se fará o bloqueio), produzindo esta comunicação “*el desglose dentro de las cuentas incluidas en la Central, de forma que permita la individualización e identificación de los saldos en garantía (...) y, ahora sí, esse saldo desglosado puede ser y va a ser (...) identificado nominalmente y con expresión de los detalles de la garantía*”, uma vez que até essa data os terceiros titulares não surgem identificados individualmente, mas apenas o saldo global de todos os clientes de cada entidade gestora. Também as entidades gestoras assumem obrigações a este propósito, uma vez que sobre elas impende o dever de, uma vez solicitada pelo cliente a formalização de um penhor sobre os valores anotados nos seus registos, comunicá-lo à Central e, ainda, separar tais valores dos demais pertencentes ao mesmo cliente (considerando-se a garantia constituída, consoante os casos, no momento em que as entidades gestoras ou a central efectuem as competentes anotações). Para além disso, qualquer destas duas entidades tem o dever de emitir determinados documentos, os mais importantes dos quais são o resguardo (emitido pela entidade gestora correspondente e que comprova a formalização da anotação em conta em nome do seu titular, muito similar aos certificados de legitimação emitidos para os valores mobiliários privados, pois também não são transmissíveis nem negociáveis, devendo ser emitidos a pedido dos interessados) e a certificação (apenas expedida quando se constituam penhores ou outros direitos de garantia, cabendo a sua emissão à central de anotações e, se for necessário e solicitado pelo empenhante, também pelas entidades gestoras, sendo os mesmos emitidos para comprovar a imobilização dos valores onerados e conceder ao credor pignoratício “*un instrumento mediante el cual impedir que se levante el bloqueo del saldo en cuestión*” – Muñoz Cervera, ult. ob. e loc. cit. – devendo dela constar, entre outras, menção da quantidade de dívida



obedecer, como sucede nalguns ordenamentos, a regras parcialmente diversas das que vigoram, em geral, para os valores mobiliários.

#### 1.2.8.4 - Penhor financeiro

Todavia, os valores mobiliários também poderão ser empenhados através do recurso ao regime dos contratos de garantia financeira<sup>2340</sup> (cfr. Decreto-Lei n.º 105/04, de 8 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho),<sup>2341</sup>

---

empenhada, da sua classe, ao empenhante e ao credor pignoratício e de modo que, enquanto o credor conservar tal documento, não poderá ser levantada a imobilização dos valores empenhados - De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 288). De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 279 e segs., destaca que a separação dos bens empenhados relativamente aos demais de que seja titular o empenhante far-se-á no seguimento da comunicação da constituição do penhor à Central de Anotações, por parte da entidade gestora e de acordo com os dados fornecidos nessa comunicação, sem prejuízo da própria separação interna que a sociedade gestora deverá fazer quanto às suas próprias contas: porém, surge a dúvida se a garantia se considera constituída com a separação efectuada pela entidade gestora ou pela central de anotações, inclinando-se o Autor neste segundo sentido, embora relativizando a questão, porquanto frequentemente tais operações coincidem no tempo, uma vez que a lei determina que apenas depois de efectuada a comunicação à Central e depois de efectuada a separação por parte desta os registos de ambas as entidades possuirão a mesma validade e produzirão os mesmos efeitos.

<sup>2339</sup> Segundo Munõz Cervera, *ob. cit.*, pág. 769 e segs., a lei determina expressamente a imobilização absoluta dos saldos afectos em garantia, parecendo até ser esta imobilização (e não a simples inscrição) o elemento determinante para a constituição da garantia (dado que “*es a partir del bloqueo por parte de la CA quando la EG realiza las anotaciones contables y con causa de garantía*” – em termos análogos, De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 292 e 293, escrevendo que “*En el sistema de Deuda Pública anotada debe entenderse que el desglose y el bloqueo consiguiente de los valores es (...) el momento en el que debe entenderse perfeccionada la prenda*”, esclarecendo ainda que este bloqueio se produz nas contas da entidade gestora e da central de anotações, as quais normalmente serão simultâneas). A competência para esta imobilização é deferida às mesmas entidades encarregues do registo (ou seja, às entidades gestoras – para os saldos das contas anotadas no seu registo - e à central de anotações, quer para aquelas entidades titulares de contas abertas junto desta entidade, quer para os saldos anotados na conta de terceiros de uma entidade gestora na central de anotações: nesta última hipótese, a imobilização produz-se quando a entidade gestora comunique à central a formalização da garantia). Esta imobilização produz diversos efeitos relevantes, seja no que concerne à impossibilidade de o empenhante dispor dos bens empenhados (devendo as entidades gestoras recusar qualquer ordem do empenhante neste sentido), seja quanto ao reembolso dos valores onerados (em caso de amortização dos valores empenhados antes do vencimento da obrigação garantida, a central de anotações procederá ao reembolso, mas o valor resultante ficará imobilizado numa conta no Banco de Espanha e assim permanecerá até que seja levantada a imobilização dos valores mobiliários, podendo equacionar-se se não estaremos perante um caso de sub-rogação real imposta por lei?) ou à impossibilidade de alteração da entidade gestora dos valores empenhados, embora o empenhante mantenha o direito a cobrar os juros produzidos pelo bem onerado (De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 295 e 296). A extinção da garantia, pelo contrário, depende de um requerimento solicitando o cancelamento da inscrição (que pode ser apresentado em qualquer sucursal do Banco de Espanha), devendo o requerente, para obter tal efeito, devolver a certificação de imobilização anteriormente emitida (para além disso, o levantamento da imobilização e o cancelamento do registo poderá decorrer da execução da garantia e da alienação do bem empenhado).

<sup>2340</sup> Margarida Costa Andrade, *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 70 (Janeiro/Dezembro 2010), p. 351-393, consultado em <http://hdl.handle.net/10316/13012>, pág. 4, sustenta que a alienação em garantia e o penhor financeiro são apenas duas modalidades de garantias financeiras – sujeitas a este regime especial – não prejudicando a existência de outras que preencham os requisitos legalmente prescritos (cfr. art.º 3.º e segs.), fundamentando a sua posição no facto o art.º 2.º, n.º 2, estabelecer serem modalidades de contratos de garantia financeira, “*nomeadamente*” o penhor financeiro e a alienação fiduciária em garantia.

<sup>2341</sup> Este recente diploma procedeu à transposição da Directiva n.º 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio, visando incluir nos activos que podem ser objecto de garantia financeira os créditos sobre terceiros. Para o efeito, foram modificados, entre outros, os art.ºs 7.º (para além de esclarecer que, em termos formais, o regime do penhor financeiro se aplica, em termos gerais, a contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova

nos quais se inclui o penhor financeiro,<sup>2342</sup> embora surjam dúvidas quanto à natureza jurídica deste instituto.<sup>2343</sup>

---

por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente – e que o registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro equivalente cumpre a exigência de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita – ressalva que, nas garantias financeiras que tenham por objecto créditos sobre terceiros, a inclusão numa lista de créditos apresentada ao beneficiário da garantia por escrito ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita é suficiente para identificar o crédito sobre terceiros e fazer prova da prestação do crédito dado como garantia financeira entre as partes), 8.º (estabelecendo que a ausência de requisitos formais para a constituição e execução da garantia encontra uma salvaguarda nos casos em que sejam utilizados créditos sobre terceiros como garantia financeira, caso em que se admite a validade de regimes de registo ou notificação, para efeitos de conclusão, prioridade, execução ou admissibilidade enquanto prova contra o devedor ou terceiros), 9.º (impedindo que possa ser concedido ao credor pignoratício um direito de disposição quando o objecto da garantia sejam créditos sobre terceiros) e 11.º (condicionando o direito de apropriação do credor pignoratício sobre créditos empenhados sobre terceiros ao acordo das partes quanto à avaliação desses mesmos créditos). Acerca da uniformização do direito das garantias financeiras, vide, por todos, Filippo Annunziata, Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie, in BBTC, 2003, II, págs. 177 a 241.

<sup>2342</sup> Este regime prevê, pelo menos, duas formas distintas de contratos de garantia financeira, a alienação fiduciária e o penhor. Porém, para que a garantia se encontre sujeita ao regime deste diploma é necessária a verificação cumulativa de certos requisitos. De acordo com Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 8 a 10, podemos identificar quatro requisitos distintos. Um primeiro, de natureza subjectiva, nos termos do qual é necessário que o prestador e o beneficiário da garantia pertençam a alguma das categorias indicadas no art.º 3.º, n.º 1 (ficando excluídas as situações em que uma pessoa singular intervenha como parte num destes contratos), o que, segundo Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 5, significa que as pessoas singulares não podem ser parte num contrato de garantia financeira (o que se justifica, de acordo com a Autora, em razão da irrelevância da actuação de tais sujeitos para a União Europeia, designadamente por não comportar riscos sistémicos), enquanto as pessoas colectivas privadas não financeiras apenas o poderão quando a contraparte seja qualquer das entidades mencionadas no art.º 3.º; e, finalmente, os organismos públicos estarão abrangidos, mesmo no que toca a entidades que não gestoras da dívida pública ou não detentoras de contas de clientes (entendendo que o elenco constante da alínea c) do art.º 3.º, n.º 1, é exemplificativo). O segundo requisito diz respeito à natureza das obrigações assumidas, as quais devem consistir numa prestação que tenha por objecto uma liquidação em numerário ou a entrega de instrumentos financeiros (art.º 4.º). Por outro lado, o objecto da garantia financeira apenas poderá, nos termos do art.º 5.º, consistir em numerário (entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confirmam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário) ou instrumentos financeiros (entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos).

<sup>2343</sup> Em face do direito espanhol decorrente da transposição desta mesma directiva, Fernando Zunzunegui, Una aproximación a las garantías financieras, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 418 e segs., considera que o denominado penhor financeiro constitui uma garantia de natureza fiduciária, atenta a possibilidade de uso e substituição dos bens onerados proporcionados por este regime (esclarecendo que a remissão para o regime legal do penhor é enganosa, admitindo, quando muito, tratar-se de um sub-tipo de penhor “*con fisionomía propia que converge (...) con la modalidad de transmisión de la propiedad en función de garantía*”). Entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 283 e 284, entende que, quando as partes acordem na possibilidade de o credor fazer seus os instrumentos financeiros dados em garantia, estaremos perante um penhor irregular (adquirindo o empenhante um crédito à restituição do equivalente, substituindo este, no património do devedor, os bens onerados). Segundo Diogo Macedo Graça, Os contratos de garantia financeira, Almedina, 2010, pág. 45, o penhor financeiro aparta-se, em razão da especificidade do seu regime (particularmente no que toca ao direito de disposição do bem empenhado por parte do credor e às modalidades de execução da garantia, em especial no que concerne à afirmação da validade do pacto marciano), quer do regime civil do penhor de coisas, quer mesmo do penhor de direitos - muito embora o Autor se incline para a integração nesta última modalidade, uma vez que “*não recai sobre coisas corpóreas, ele antes traduz a afectação de coisas incorpóreas a fins de garantia*” – apesar de reconhecer que o regime civilístico do penhor será supletivamente aplicável, conforme decorre do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, nomeadamente no que toca aos direitos do credor, aos frutos e proveitos do bem empenhado e ao uso do bem empenhado. Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., págs. 746 e 747, entende estarmos perante um penhor de direitos, que não constitui um

Este diploma, que procedeu à transposição da directiva n.º 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,<sup>2344</sup> apresenta alguns desvios relativamente ao regime geral do penhor,<sup>2345</sup> sem que, todavia, afaste a necessidade de desapossamento do constituinte para a constituição da garantia (cfr. art.º 6.º)<sup>2346</sup> ou o carácter não solene do contrato de penhor<sup>2347</sup> ou a presunção antricrética.<sup>2348</sup>

---

verdadeiro direito real de garantia (por não incidir sobre coisa corpórea, traduzindo antes a afectação de coisa incorpórea a fins de garantia), tratando-se de “*uma garantia especial, moldada sobre o penhor, com relevo para a indisponibilidade do objecto, por parte do devedor e para a preferência da realização pecuniária, havendo execução*” e, quando ao credor pignoratício seja atribuído o direito de disposição do *quid* onerado, perante um penhor irregular “*um penhor em que o titular da garantia pode alienar ou onerar o objecto da garantia, independentemente de qualquer incumprimento, devendo entregar o equivalente*” (embora o Autor esclareça que o credor pignoratício não se torna proprietário do bem empenhado a seu favor, porquanto “*ele pode onerar ou alienar; quanto ao resto, haverá que contar com a vontade do dador da garantia*”). Por outro lado, Joana Dias, ob. cit., págs. 173 a 175, considera que o penhor financeiro constitui um penhor de créditos comum, com as especificidades resultantes da sua natureza financeira (negando que, mesmo relativamente ao direito de disposição do objecto empenhado, as soluções vertidas no Decreto-Lei n.º 105/2004 possuam carácter inovador, tendo em conta ser já esse tipo de convenções prática há muito enraizada no domínio bancário).

<sup>2344</sup> De 6 de Junho de 2002, publicada no JOUE L 168, de 27 de Junho. De acordo com Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 7, os objectivos deste diploma foram a consagração de um sistema de garantias uniforme que permita a constituição de garantias de modo simples e eficaz, não prejudicado pelas normas nacionais em matéria de insolvência, bem como a limitação dos encargos e formalidades inerentes à respectiva constituição. Todavia e de acordo com Fernando Zunzunegui, ob. cit., pág. 420, a criação de um regime especial para protecção dos credores financeiros, destinado a simplificar a regulamentação geral do penhor, suscita dúvidas em termos de conformidade com o princípio constitucional da igualdade, dúvidas essas que, de acordo com o Autor, devem ser dissipadas tendo em conta “*la imperiosa necesidad de mantener la solvencia de las entidades financieras, en las que los incumplimientos de los deudores típicos tienen mucho mayor importancia que para outro tipo de empresas*”. De acordo com António Pedro A. Ferreira, ob. cit., págs. 693 e 694, o ordenamento alemão procedeu a uma “*transposição mínima*” daquela norma comunitária, socorrendo-se de diversas excepções nela contidas, não alterando significativamente o quadro das garantias mobiliárias vigentes, especialmente ao nível da respectiva constituição. Segundo Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 2, embora o objecto primordial da directiva fosse o de determinar a lei aplicável em caso de concorrência de ordenamentos jurídicos, o diploma foi bem mais longe, estabelecendo regras quanto à constituição da garantia, afastando determinadas regras falimentares e consentindo, verificados que sejam determinados requisitos, a substituição, disposição e apropriação do *quid* onerado.

<sup>2345</sup> Importa, todavia, salientar que, nos termos do art.º 22.º deste diploma, em tudo que não esteja nele previsto se aplicam os regimes, comum ou especial, estabelecidos para outras modalidades de penhor.

<sup>2346</sup> Com efeito, subsiste a necessidade de desapossamento do objecto da garantia, considerando-se este ocorrido quando o bem seja entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia, incluindo a composses ou o controlo conjunto com o proprietário (art.º 6.º). Apesar de o art.º 7.º dispor que o regime do penhor financeiro se aplica aos contratos de garantia e às garantias cuja celebração e prestação possa ser provada por escrito, em suporte electrónico ou outro suporte duradouro. Calvão da Silva, Banca, Bolsa e Seguros, 3.ª Edição, Almedina, 2011, pág. 200, qualifica este contrato como *quoad constitutionem* (no mesmo sentido, Isabel Matos, ob. cit., pág. 147 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 274 - retirando este último esta conclusão da necessidade, imposta pelo art.º 6.º, n.º 2, de o bem a onerar ser entregue, transferido, registado ou se encontrar na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste – e Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 7 – esclarecendo que, deste modo, o penhor financeiro é um contrato real quanto aos efeitos e quanto à constituição), afirmando que o objectivo da norma é o de “*impedir plúrima utilização do objecto da garantia financeira pelo mesmo prestador (...) e dar publicidade do acto face a terceiros*”. Daí que Joana Dias, ob. cit., págs. 163 e 164, entenda que apenas à primeira vista esta norma consagra uma inovação face as modalidades de entrega consagradas no art.º 669.º, tendo em conta que “*o essencial é que o objecto da garantia fique no controlo do beneficiário da garantia*”. Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 10, nota 16, dá conta que a exigência de desapossamento não constava da proposta de directiva apresentada pela Comissão em 27/3/2001, a qual apenas exigia a forma escrita dos acordos de garantia financeira. A sua introdução terá sido sugerida pelo Parlamento Europeu e motivada pela exigência de prova estes mesmos acordos, para além das funções normalmente atribuídas

---

ao desapossamento (publicidade face a terceiros e reforço da segurança do credor). Por seu turno Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., págs. 739 e 740, entende que a expressão “desapossamento” não deve ser entendida em termos rigorosos – desde logo porque não estão em causa coisas corpóreas -, razão pela qual se enumera um leque vasto (art.º 6.º, n.º 2, nos termos do qual Considera-se prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composse ou o controlo conjunto com o proprietário) de meios de lograr o dito “desapossamento”, o qual se torna ainda mais indispensável neste tipo de garantia considerando a possibilidade de as partes convencionarem o direito de uso e disposição do bem por parte do credor pignoratício, os quais pressupõe aquele desapossamento. Já em face do diploma que, no direito italiano, transpõe esta mesma directiva Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 146, sustentam entendimento diverso, sugerindo o afastamento da necessidade de desapossamento do constituinte, de modo que “*l’accento si sia spostato dallo spossessamento del debitore alla tracciabilità della garanzia e alla indisponibilità del bene per il debitore (...) una rivalutazione di tecniche diverse e alternative allo spossessamento quale tradizionalmente inteso*”.

<sup>2347</sup> Neste sentido, Calvão da Silva, ob. cit., pág. 201, entendendo que a não exigência de qualquer formalidade para a constituição da garantia – além do desapossamento – determina que a prova do contrato deva ser feita por escrito ou noutro suporte duradouro, nomeadamente electrónico (art.º 7.º), ou seja, o regime do Decreto-Lei n.º 105/2004 “*só é aplicável à garantia financeira efectivamente prestada e se a sua prestação ou desapossamento puder ser provado por escrito ou qualquer outro suporte duradouro*”, assim se evitando o risco de fraude. Em termos idênticos, Joana Dias, ob. cit., pág. 164, entende que, apesar de o art.º 7.º não declarar expressamente a sujeição do contrato de penhor a forma escrita, a interpretação do dito preceito deverá ser a que “*considera que a garantia financeira deve ser prestada por escrito ou instrumento equivalente. Trata-se de uma formalidade ad probationem e não ad substantiam*” (convergentemente, Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 10 – esclarecendo, contudo, que o desapossamento será suficiente para o nascimento de um penhor sobre valores mobiliários escriturais e titulados nominativos, sendo, ao invés, necessária a redução a escrito para os valores titulados ao portador - e, para o direito italiano, Albina Candian, La directiva cit., pág. 234, alegando que se promove a eliminação de formalidades para a constituição ou oponibilidade da garantia, surgindo a forma escrita como modo de provar a existência da garantia). Em sentido contrário, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 274 (sustentando que “*o contrato de garantia financeira terá de ser reduzido a escrito*”, propondo – uma interpretação correctiva do art.º 8.º, na parte em que este dispõe que “*a eficácia ou a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem da realização de qualquer acto formal*”: todavia e modo contraditório, no mesmo parágrafo o Autor acabe por afirmar tratar-se de uma formalidade *ad probationem* e não *ad substantiam*), Já Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., págs. 740 e 741, refuta estarmos perante uma mera formalidade *ad probationem* (com o paradoxo de se admitirem contratos de garantia não escritos cuja prova se poderia fazer por documento escrito), sustentando, também ele, uma interpretação correctiva do preceito em análise, que conduza a “*proclamar que a garantia financeira deve ser prestada por escrito ou por via equivalente: declaração electrónica ou em suporte equivalente e, maxime: por conversa telefónica gravada*”, até porque, além do contrato em si, há que provar a realização do desapossamento e “*Tal prova deve ser feita por escrito ou equivalente e isso de modo a que o objecto seja devidamente identificado*”. Em face do direito espanhol resultante da transposição da mesma directiva, vide Fernando Zunzunegui, ob. cit., págs. 422 e 423, reclama a obrigatoriedade de redução a escrito do contrato de constituição da garantia, como condição de surgimento da mesma.

<sup>2348</sup> Neste aspecto específico, Calvão da Silva, ob. cit., pág. 206, entende que do art.º 672.º decorre o direito do credor aos frutos – os quais devem ser imputados, sucessivamente, às despesas, aos juros e ao capital – podendo os que excedam tal medida ser atribuídos ao credor por estipulação das partes (pelo que, também a este respeito, o regime do penhor financeiro nada acrescenta), considerações estas aceites, grosso modo, por Diogo Macedo Graça, ob. cit., págs. 47 e 48, reforçando sobretudo a circunstância de os bens empenháveis ao abrigo do regime do penhor financeiro serem frutíferos por natureza – v.g. os juros do numerário e os dividendos dos instrumentos financeiros – e de, por outro lado, sobre o credor impender a responsabilidade (cfr. art.º 683.º) de praticar os actos indispensáveis à conservação do bem onerado, assim como de cobrar os juros e as demais prestações acessórias compreendidas na garantia. Também Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 23 e 24, atendendo à natureza frutífera dos bens objecto de penhor financeiro, entende ser igualmente de presumir o pacto anticrético, nos termos do art.º 672.º.

Apesar de o penhor financeiro se encontrar sujeito à exigência de desapossamento, este é entendido em termos funcionais, isto é, o que releva é a subtracção do bem à disponibilidade do empenhante e a publicitação da garantia.<sup>2349</sup>

Porventura os dois principais aspectos em que este regime se afasta do regime geral do penhor<sup>2350</sup> são a possibilidade de o credor pignoratício dispor, dentro de certos limites, do objecto da garantia,<sup>2351</sup> bem como a faculdade que lhe assiste de, em caso de incumprimento da obrigação garantida, fazer seus os bens recebidos em garantia,<sup>2352</sup> em qualquer dos casos apenas desde que exista convenção das partes nesse sentido<sup>2353</sup> e, no que concerne ao direito de disposição e por força do art.º 9.º, n.º 3, desde que seja efectuada menção no respectivo registo (tratando-se de valores mobiliários escriturais) ou na conta de depósito (no caso de valores mobiliários titulados).

De facto, as partes podem convencionar atribuir ao credor pignoratício o direito de dispor dos bens empenhados, autorizando-o a aliená-los ou onerá-los (art.º 9.º),<sup>2354</sup>

---

<sup>2349</sup> Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 7 e segs.. A Autora, porém, admite (com base na interpretação de diversos preceitos da lei, sobretudo dos art.ºs 17.º, n.º 1 – na parte em que alude a “*contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas ao abrigo desses contratos não podem ser resolvidos pelo facto de o contrato ter sido celebrado ou a garantia financeira prestada*”, do qual retira que “*independentemente da fase em que se encontre o iter negocial, seja um contrato com desapossamento, seja um contrato com desapossamento, o beneficiário da garantia já encontra protecção*” - e 18.º, n.º 2 – “*Os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas após a abertura de processos de liquidação e a adopção de medidas de saneamento relativas ao prestador da garantia financeira são eficazes perante terceiros desde que o beneficiário da garantia prove que não tinha nem deveria ter conhecimento da abertura desse processo ou da adopção dessas medidas*”, do qual a Autora conclui que a protecção será concedida aos contratos celebrados após aqueles processos e medidas, mesmo que ainda não tenha havido prestação da garantia) que, mesmo na ausência de desapossamento, o contrato de garantia possa produzir efeitos obrigacionais e os efeitos especiais consagrados nas disposições acabadas de citar, entendendo, contudo, que o efeito a que chama “*garantístico*”, e a que talvez devamos chamar reais, com excepção dos mencionados a respeito da insolvência (exemplificando com o direito de promover a execução do bem), pressupõem necessariamente aquele desapossamento.

<sup>2350</sup> Em face do direito espanhol, García Vicente, ob. cit., págs. 37 a 41 e 70, realça que os aspectos principais em que o Real Decreto-Ley n.º 5/2005, de 11 de Março, se afasta do regime civilístico do penhor (o qual, aliás, é supletivamente aplicável ao penhor financeiro) residem subtracção às regras concursais, a possibilidade de o penhor garantir o cumprimento de obrigações futuras, a liberdade de oneração dos créditos futuros e a possibilidade inequívoca de constituição da garantia por declaração unilateral do titular do bem quando o beneficiário for um estabelecimento profissional de crédito (e desde que o bem em questão se encontre inscrito num registo).

<sup>2351</sup> Deste modo se afastando do regime do Código Civil, em cujo art.º 671.º, alínea b), se consagra a proibição de uso do bem empenhado pelo credor pignoratício, apenas se prevendo que o possa fazer quando tal seja indispensável à sua conservação ou mediante autorização do constituinte. Analogamente, no direito espanhol encontra-se igualmente consagrada a faculdade de disposição por parte do credor (permitindo assim aumentar a liquidez dos mercados, graças à reutilização dos valores empenhados), desde que restitua um objecto equivalente o mais tardar na data do vencimento da obrigação garantida, podendo até pactar-se a compensação do valor dos bens dados em garantia com o valor da dívida garantida (por outro lado, consagra-se também a faculdade de substituição do bem onerado por parte do devedor, assim lhe consentindo fazer uso do bem, desde que o substitua por outro equivalente).

<sup>2352</sup> Possibilidade esta que, *prima facie*, conflitua com a proibição do pacto comissório, plasmada no art.º 694.º.

<sup>2353</sup> Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 1, destaca como, ao prever a possibilidade de disposição e de apropriação, o regime do penhor financeiro constitui uma inovação similar à própria consagração da alienação fiduciária em garantia, prevista no mesmo diploma.

<sup>2354</sup> Como salientam Isabel Matos, ob. cit., pág. 49 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 277, este preceito permite a obtenção de um efeito semelhante ao das chamadas garantias rotativas. Já para Sofia Maltez, ob. cit., pág. 66, esta faculdade é análoga à possibilidade de venda extraprocessual do bem empenhado, consagrada no art.º 675.º, mas com uma diferença relevante: é que o art.º 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 105/2004, admite o exercício do direito de disposição sem que a obrigação esteja vencida, argumentando que as obrigações decorrentes do uso do direito de disposição (cfr. art.º 10.º) devem ser cumpridas até à

como se fosse seu proprietário,<sup>2355</sup> solução esta, porventura importada dos direitos de matriz anglo-saxónica,<sup>2356</sup> que se destina a permitir a reutilização dos títulos dados em penhor, assim aumentando a liquidez nos mercados.<sup>2357</sup>

Não falta, porém, quem entenda que a possibilidade de (uso e de) oneração, com o consentimento do empenhante do bem empenhado, já decorre do regime geral do penhor (cfr. art.º 671.º, alínea b)), pelo que o único segmento verdadeiramente inovador do art.º 9.º do regime do penhor financeiro é aquele que consente a atribuição ao credor pignoratício do direito de disposição (atendendo à tendencial proibição da prática deste tipo de actos contida no art.º 671.º, alínea b))<sup>2358</sup> e de oneração (considerando a interdição do sub-penhor).

---

data convencional para o cumprimento das obrigações garantidas (se a obrigação já se encontrar vencida, aplicar-se-á o art.º 11.º), isto para além de o direito de disposição consagrado para o penhor financeiro ter um fito específico, qual seja o de assegurar a defesa do objecto empenhado, permitindo uma gestão activa e dinâmica deste. Por outro lado, o regime do penhor financeiro afasta-se do penhor comercial, em sede de execução, porque o primeiro, ao contrário do segundo, admite que a venda seja promovida pelo próprio credor (embora Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 115, nota 198, saliente que, no caso das acções escriturais ou tituladas depositadas, a execução terá que ser levada a cabo, ainda que após iniciativa do credor, por um intermediário financeiro autorizado). Para uma crítica da possibilidade, aberta pela norma mencionada no texto, de alienação ou oneração do bem empenhado antes da obrigação garantida ter sido incumprida, vide Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 114 e 115 (considerando tratar-se de um processo de execução rápido e não formal que, no entanto, desvirtua a essência do penhor enquanto garantia real, que passa a ser “*uma forma alternativa de satisfação antecipada da obrigação garantida, numa espécie de dação pro solvendo*”).

<sup>2355</sup> Diogo Macedo Graça, ob. cit., pág. 49 e segs., reputa de precipitada a redacção da norma em questão, pelo que “*Devemos ler o preceito como se o mesmo atribuisse ao credor pignoratício a possibilidade de dispor do bem dado em garantia nos mesmos termos e condições em que o pode fazer um proprietário. Trata-se, portanto, mais de uma ficção legal do que de uma qualificação jurídica rigorosa*”, entendendo que o legislador ser deveria ter referido a “titular” e não a proprietário, uma vez que o objecto do penhor financeiro são normalmente direitos de crédito (na óptica do Autor, esta conclusão impõe-se se tivermos em conta que o penhor financeiro não produz a transmissão da propriedade para o credor - cfr. art.º 2.º, n.º 2): neste contexto, o Autor sustenta que o credor pignoratício age numa qualidade análoga à de um mandatário (sem representação), uma vez que o prestador da garantia lhe confere poderes para dispor do objecto daquela. Porém, se desta integração no âmbito do mandato decorre a aplicação das disposições gerais do mandato sem representação (o que implica, desde logo, que os actos de disposição seriam praticados no interesse do devedor e, principalmente, do credor, bem como o dever de transferir para o mandante – constituinte da garantia – os direitos adquiridos em execução do mandato e, no que toca aos créditos, o poder do mandante se substituir ao mandatário no exercício dos respectivos direitos - cfr. art.ºs 1180.º e 1181.º), não é menos verdade que a natureza garantística do penhor impõe alguns desvios (desde logo a não aplicação da obrigação que recai sobre o mandatário de praticar todos os actos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante – art.º 1161.º – ou nos termos previstos para a revogação do mandato, de acordo com os art.ºs 1170.º e segs.).

<sup>2356</sup> Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 17 e 18, aponta como exemplo o direito norte-americano, no qual o art.º 9.º do UCC admite que o credor pignoratício possa constituir livremente sub-penhores, embora a concessão do direito de disposição do bem onerado apenas seja lícita quando tal seja necessário para a preservação do respectivo valor, quando existir autorização judicial ou quando as partes assim o convencionem.

<sup>2357</sup> Para além dessa vantagem, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 275 e 276, assegura que esta faculdade de disposição beneficia o credor (que, até ao vencimento da obrigação garantida, poderá usar o bem, “*transformando-o em liquidez nesse espaço de tempo através de uma venda, ou, eventualmente, dando-o em garantia*”) e o próprio devedor (que, em troca da concessão dessa faculdade ao credor, poderá obter uma determinada quantia ou condições de crédito mais favorável). Em termos análogos, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 277, Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 13 e 14 António Pedro A. Ferreira, ob. cit., pág. 683 (aludindo este último ao facto de, no caso dos instrumentos financeiros, esta faculdade de disposição permitir um aumento da liquidez dos respectivos mercados).

<sup>2358</sup> Neste sentido, Calvão da Silva, ob. cit., págs. 205 a 208, salientando até que do regime civilístico decorre que a legitimidade para alienar prescinde do consentimento do empenhante, quando seja indispensável à conservação do bem, isto é, que “*já em face do art.º 671, al. b), do Código Civil, com o*

Apesar da aparente ausência de condicionalismos legais à outorga deste direito de disposição ao credor, parece que as partes poderão limitar o exercício de tal faculdade à verificação de determinados pressupostos e, num plano oposto, será possível indicar certas obrigações do credor pignoratício que, mesmo na vigência do direito de disposição, não poderão ser afastadas.<sup>2359</sup>

Do mesmo modo, nada parece impedir que ao credor seja atribuída unicamente a capacidade realizar algum dos actos de disposição previstos na lei, isto, apenas para onerar e não para alienar ou vice-versa.<sup>2360</sup>

Em caso de disposição não autorizada por parte do credor – seja porque não existia, de todo, autorização, seja porque esta não cumpria os requisitos formais impostos pelo n.º 3 do art.º 9.º, seja porque, havendo autorização, o credor pignoratício extrapolou os seus limites -, não obstante sua a actuação ilícita, a defesa por parte do devedor (*maxime* através das acções possessórias ou de reivindicação) poderá vir a ser paralisada pela invocação, por parte do terceiro, da protecção de terceiros de boa fé consagrada para alguns instrumentos financeiros, como os valores mobiliários (cfr. art.º 58.º do CVM).<sup>2361</sup>

---

*consentimento do prestador da garantia o beneficiário pode usar e onerar o objecto empenhado*”, considerando o regime do penhor financeiro inovador apenas relativamente à possibilidade de o prestador da garantia autorizar o credor pignoratício a alienar o bem empenhado, concluindo, deste modo, que “*a nova legislação considera regular o chamado penhor irregular, não raramente praticado: entrega em penhor de objectos fungíveis (dinheiro ou títulos de crédito), com o credor a adquirir a disponibilidade e tornar-se devedor da restituição do tantundem*” (em termos análogos, Diogo Macedo Graça, ob. cit., págs. 48 e 49, salientando como, no regime civilístico, a alienação do objecto empenhado – ao abrigo do art.º 671.º, alínea b) – pressupõe um processo específico de venda antecipada, sujeitando-a a uma autorização judicial – cfr. art.º 674.º). Em termos coincidentes, Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 18 e segs., entendendo que “*o regime geral do penhor prevê um poder-dever de utilização da coisa (o uso necessário à conservação dela) que entra na esfera do credor pignoratício pelo simples facto de o ser; mas, o legislador também admite que ao credor seja concedido explicitamente um verdadeiro direito de uso da coisa*”, muito embora “*sejam quais forem as fronteiras deste direito de uso, não se integrarão entre elas o direito de alienar ou de onerar a coisa empenhada (...) pelo que o credor pignoratício não está em caso algum autorizado a dispor da coisa como se desta fosse proprietário, sob pena de violação do princípio da tipicidade dos direitos reais*” (o único circunstancialismo em que se consente a disposição do bem onerado é a venda antecipada – art.º 674.º – mas apenas com prévia autorização judicial e quando se verifique fundado receio de perda ou deterioração do bem onerado e não do modo discricionário que consente o art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 105/2004).

<sup>2359</sup> Neste sentido, Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 15, 19 e 20, aponta como possíveis limitações contratuais do direito de disposição, a verificação de determinadas situações de mercado ou o cumprimento de algumas formalidades (prévia notificação ao devedor), sendo este um expediente frequentemente utilizado como forma de protecção do devedor (nomeadamente apenas permitindo a sua utilização pelo credor quando a solvência do devedor dê sinais de se degradar), isolada ou conjuntamente com outros (por exemplo, concedendo tal direito apenas quando o valor dos bens onerados originariamente desça abaixo de uma determinada proporção, face ao valor do crédito garantido; outra alternativa passará pela aposição de uma cláusula de compensação convencional e automática de créditos), protecção essa que se justifica com o facto de o empenhante não poder accionar o terceiro a quem eventualmente o credor pignoratício, ao abrigo do direito de disposição, tenha alienado os bens onerados (restando-lhe apenas uma pretensão indemnizatória, com fundamento em incumprimento contratual, contra o credor pignoratício). Como exemplo de obrigações do credor pignoratício que se manterão, mesmo quando subsista convenção em contrário, aponta o dever de restituição (uma vez que, não acordando as partes no sentido de uma apropriação ou compensação nos termos legalmente permitidos, restará ao credor pignoratício efectuar a devolução do bem onerado ao empenhante) e a obrigação de devolver ao devedor a eventual diferença entre o valor do bem executado e do crédito garantido (diferença essa que terá de ser avaliada no momento da execução).

<sup>2360</sup> Contra, Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 15 e 16, escrevendo que “*Ainda que tal não comprometesse integralmente a liberdade do credor usar os instrumentos financeiros em seu próprio interesse, possivelmente limitá-la ia de modo incompatível com o que pretende o legislador*”.

<sup>2361</sup> Assim, Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 16.

Uma vez exercido o direito de disposição, o credor pignoratício encontra-se obrigado a restituir ao devedor, em caso de cumprimento por parte deste da obrigação garantida, objecto equivalente ao objecto original (art.º 10.º, n.º 1, alínea a)).<sup>2362</sup>

Todavia e em alternativa, as partes podem acordar na entrega ao devedor de montante em dinheiro equivalente ao valor do objecto garantido na data de vencimento da obrigação de restituição (valor esse que deverá ser obtido através de critérios comerciais razoáveis)<sup>2363</sup> ou na compensação de créditos,<sup>2364</sup> sendo o crédito do prestador da garantia avaliado nos mesmos termos (art.º 10.º, n.º 1, alíneas b) e c)).<sup>2365</sup>

Operando-se a substituição do bem originariamente dado em garantia por outro equivalente, nos termos acabados de expor, o objecto equivalente substitui, para todos os efeitos, a garantia original e considera-se como tendo sido prestado no momento da prestação desta, mantendo-se os direitos que o beneficiário tinha relativamente à

---

<sup>2362</sup> De acordo com o art.º 13.º, serão objectos equivalentes aos empenhados aqueles instrumentos financeiros do mesmo emitente ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação, ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original. Como forma de contornar esta rigidez, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 70, sugere que as partes convençionem outro tipo de instrumentos financeiros, com o efeito de objecto equivalente.

<sup>2363</sup> Para Sofia Maltez, ob. cit., pág. 70 e Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 27, as partes dispõem de grande margem de discricionariedade na fixação desses critérios, podendo consistir na determinação prévia de formas de cálculo, na remissão para valores de mercado ou na designação de um terceiro imparcial (acrescentando a primeira Autora que os tribunais poderão controlar a posteriori essa razoabilidade, posição subscrita também por Calvão da Silva, ob. cit., pág. 209 e Diogo Macedo Graça, ob. cit., pág. 56).

<sup>2364</sup> Esta compensação tem natureza convencional, pelo que operará independentemente da verificação dos pressupostos consagrados na lei (cfr. art.º 847.º) para este instituto – Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 27.

<sup>2365</sup> Para Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 26, este direito de disposição regulado no art.º 10.º apenas se refere ao penhor sobre aplicações financeiras, uma vez que incidindo a garantia sobre numerário, o direito de disposição decorre da própria natureza da garantia. Todavia, a articulação destes art.ºs 9.º e 10.º suscita algumas dúvidas. Desde logo, é discutível se as partes poderão convençionar a limitação ou redução apenas a uma das hipóteses de restituição do objecto da garantia consagradas pelo legislador (responde negativamente Joana Dias, ob. cit., pág. 169, tendo em conta a necessidade de tutela do devedor e de evitar a violação da proibição do pacto comissório) e, noutra ordem de considerações, se as partes poderão acordar que apenas haverá lugar ao exercício, por parte do credor pignoratício, do direito de disposição se a restituição do objecto da garantia puder ocorrer através de compensação ou somente mediante uma entrega em dinheiro (aceita a validade deste tipo de convenções Joana Dias, ob. cit., pág. 170, pois, ao contrário da hipótese anterior, “*as partes limitam-se a condicionar o exercício do direito de disposição à efectiva restituição através de uma das formas previstas na lei*”).

<sup>2366</sup> Por outro lado, o n.º 2 deste art.º 10.º estabelece que o direito de disposição não é prejudicado pelo cumprimento antecipado das obrigações garantidas, norma à qual Sofia Maltez, ob. cit., pág. 68, atribui o significado de, em caso de cumprimento antecipado pelo devedor da obrigação garantida, o credor pignoratício não ter de cumprir antecipadamente a sua obrigação de restituição (apenas terá de o fazer na data acordada pelas partes). No entanto, as partes poderão estipular o vencimento antecipado da obrigação de restituição por parte do credor pignoratício e o cumprimento da mesma por compensação, nomeadamente em caso de incumprimento do contrato ou de outro facto ao qual as partes atribuam análogo efeito (cfr. art.º 12.º, que consagra a figura do *close-out netting* que, como destaca Diogo Macedo Graça, ob. cit., pág. 59, permite uma aceleração do contrato, da qual pode resultar, como efeito da compensação, um excesso que normalmente surge na esfera jurídica do garante, mas que excepcionalmente pode verificar-se a favor do credor), entendendo Calvão da Silva, ob. cit., págs. 209 e 210, que tal possibilidade resulta já do regime geral do penhor (nos termos dos art.ºs 670.º, alínea c), 701.º e 780.º), acrescentando Joana Dias, ob. cit., págs. 176 a 178 e Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 277 e 278, que cláusulas estabelecendo a perda do benefício do prazo são comuns na *praxis* bancária (afirmando, por isso, tratar-se de um preceito tautológico).



garantia original (art.º 10.º, n.ºs 3 e 4): eis a consagração da figura da sub-rogação real, sem efeitos novatórios.<sup>2367</sup>

Estes aspectos da regulamentação do penhor financeiro consubstanciam, salvo melhor juízo, o reconhecimento legal do penhor rotativo neste domínio.<sup>2368</sup>

O outro aspecto em que este regime afasta, ao menos aparentemente,<sup>2369</sup> do regime geral do penhor relaciona-se com o disposto no art.º 11.º,<sup>2370</sup> nos termos do qual o beneficiário da garantia pode, em sede de execução, fazer seus os instrumentos financeiros dados em garantia, desde que tal tenha sido convencionado pelas partes e se houver acordo relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros, ficando o beneficiário da garantia obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.<sup>2371</sup>

Por força desta norma, o credor pignoratício pode obter a satisfação do seu crédito com prevalência sobre outros, ainda que estes últimos, nos termos das regras atinentes ao concurso de credores, lhe devessem ser antepostos.

Cumpra, porém, distinguir consoante o penhor financeiro recaia sobre numerário (art.º 5.º, alínea a)) ou sobre instrumentos financeiros (art.º 5.º, alínea b)), nomeadamente para efeitos das modalidades de execução: neste última hipótese, as alternativas são a venda ou a apropriação; na primeira, designadamente quando se trate de activos depositados em contas bancárias, o credor poderá operar a compensação ou transferir os montantes em dívida para a sua conta.<sup>2372</sup>

---

<sup>2367</sup> Neste sentido, Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 27 e 28 (considerando não ser esta uma solução inédita, lembrando que o art.º 685.º, n.º 1, prevê uma outra hipótese de sub-rogação real) e Joana Dias, ob. cit., págs. 170 e 171 reconhecendo que esta norma “*permitirá esclarecer algumas dúvidas e ultrapassar imbricados obstáculos que se colocam no que concerne à admissibilidade de penhor constituído sobre uma carteira de títulos sob a gestão discricionária de uma instituição de crédito ou sob a gestão directa do cliente ou com formas mistas de gestão*” (embora considere que tal norma não é inovadora no panorama legislativo nacional, na medida em que da alínea b) do art.º 671.º já decorre a obrigação do credor pignoratício não usar o bem empenhado sem o consentimento do autor do penhor). Por outro lado, salienta a primeira Autora citada, o credor pode alienar ou onerar os bens recebidos em penhor na qualidade de mandatário sem representação e não de proprietário, porquanto o penhor financeiro não transfere a propriedade do objecto da garantia para o credor pignoratício. Diversamente, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 69, nota 177, apesar de aceitar tratar-se de um caso de sub-rogação, sugere que este fenómeno produz a extinção do anterior penhor e o surgimento de um novo. Acerca da possibilidade invocação do instituto da sub-rogação real no âmbito do penhor, vide infra n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>2368</sup> Para mais desenvolvimentos, vide infra n.º 3 do Capítulo II.

<sup>2369</sup> Acerca da questão de saber se o disposto no art.º 11.º constitui uma excepção à proibição do pacto comissório, vide infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>2370</sup> Em conformidade, aliás, com o art.º 8.º, n.º 2, que, sem prejuízo do acordado pelas partes, determina que a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução: esta norma atribui às partes uma ampla liberdade na conformação da execução da garantia, não impondo qualquer procedimento específico para o efeito - Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 279.

<sup>2371</sup> Norma análoga vigora no direito espanhol, enfatizando Fernando Zunzunegui, ob. cit., págs. 426 e 427, a desnecessidade de procedimento judicial, de notificação prévia ao devedor e de um período de espera, distinguindo entre as garantias sobre instrumentos financeiros (cuja execução se fará mediante venda ou apropriação, mas sempre com necessidade de a forma de avaliação do bem se encontrar contratualmente definida e ser conforme os ditames da boa fé) ou sobre dinheiro (cuja execução se fará através de compensação ou de transferência para a conta do credor). De igual modo no direito italiano, Albina Candian, La directiva cit., pág. 235, fala de mecanismos de auto satisfação, por consentirem ao credor o direito de apropriação e utilização dos bens empenhados.

<sup>2372</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 282.

Ao invés, quando as partes estipulem uma convenção comissória (*rectius*, marçiana) ou não atribuam ao credor o direito de disposição<sup>23732374</sup> (nos termos expostos), a execução do penhor financeiro não obedecerá tendencialmente às mesmas regras ditadas para o penhor comum.<sup>2375</sup>

Um último aspecto em que, ao menos da opinião de alguns, diverge do regime geral do penhor radica na impossibilidade de o bem objecto de um penhor financeiro ser penhorado no âmbito de uma execução movida por terceiro.<sup>2376</sup>

Incidindo o penhor sobre o saldo de uma conta bancária ou créditos similares, importa distingui-lo do penhor bancário, tendo em conta que em ambos os casos a propriedade do bem depositado presumivelmente se transfere para o credor pignoratício

---

<sup>2373</sup> Quando seja atribuído ao credor apenas o direito de disposição (mas não de apropriação), Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 23 a 26, opina que, apesar do teor aparentemente cristalino do art.º 10.º, n.º 1, alíneas a) e b) (que parece apontar no sentido de o credor pignoratício apenas se encontrar obrigado a restituir um objecto equivalente até ao momento do cumprimento e, *a contrario*, que o incumprimento do devedor o desoneraria de tal obrigação), entende que a necessidade imposta por lei de equilíbrio entre os valores da restituição e da obrigação garantida (cfr. art.ºs 10.º, n.º 1, alínea c) e 11.º, n.º 2) contende com uma conclusão tão linear no sentido da desnecessidade de execução da garantia (pois tal equilíbrio poderia falhar “*se o credor pudesse, simplesmente, não cumprir a obrigação de restituição com base no incumprimento: não se asseguraria que esta auto-satisfação não prejudicasse o devedor logo pelo facto de o valor da obrigação ser inferior ao valor dos instrumentos financeiros de que o credor se apropriasse*”), obrigando antes a distinguir consoante o credor tenha ou não restituído ao devedor o objecto equivalente ao onerado: na primeira hipótese, “*tudo se encontra como se não tivesse havido exercício do poder de disposição, pois o devedor é tido como proprietário dos bens equivalentes desde o momento da celebração do contrato de garantia financeira, e os direitos do beneficiário da garantia mantêm-se sobre o objecto equivalente como se este fosse o originário (art.º 10.º, n.ºs 3 e 4)*”, pelo que o credor pignoratício deverá promover a execução sobre tais bens nos termos gerais (todavia, a reconstituição do *quid* onerado não implica a transferência efectiva para a conta do devedor antes do vencimento da obrigação garantida, podendo antes permanecer na conta do credor, mas à disposição do devedor no momento daquele vencimento ou da execução da garantia); na segunda hipótese e na impossibilidade de apropriação directa, terá que, num primeiro momento, reconstituir a garantia e, posteriormente, executá-la.

<sup>2374</sup> Quando as partes acordem na concessão ao credor dos direitos de disposição e, em caso de incumprimento da obrigação garantida, de apropriação, Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 24, nota 67, entende que o penhor se aproxima vertiginosamente da alienação fiduciária em garantia.

<sup>2375</sup> Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 23, constata a ausência de qualquer norma que regule a execução de um penhor financeiro, simples (à excepção do n.º 2 do art.º 8.º, de acordo com o qual a execução da garantia não se encontra sujeita a qualquer formalidade, nomeadamente a notificação prévia ao empenhante), concluindo que o credor “*terá de proceder à venda deles para se ressarcir do incumprimento*”, embora essa venda seja extrajudicial, não apenas por força da norma acabada de mencionar (que transpõe o segmento da Directiva comunitária que inibe a sujeição da execução a um leilão público ou à sua prévia aprovação por um tribunal), “*O que se compreende tendo em conta os fins de celeridade, simplificação e informalidade que o novo diploma pretende atingir, bem como a fácil avaliação do valor empenhado*”.

<sup>2376</sup> É a posição defendida por Pestana de Vasconcelos, Penhor, privilégio mobiliário geral cit., págs. 10 a 12. Partindo da imunidade do penhor financeiro face à declaração de insolvência, o Autor, apesar de reconhecer que o diploma que regula o penhor financeiro é omissivo relativamente às execuções singulares, conclui pela colmatação desta lacuna “*da seguinte forma: os bens objecto de penhor financeiro não podem ser penhorados no seio de uma acção executiva interposta por um terceiro*”. Em termos mais precisos, o Autor defende que “*retira-se de teleologia da disciplina destes contratos que se pretende assegurar de forma muito sólida a sua execução, nos termos acordados e sem que, mesmo na insolvência, onde, em regra, se verifica uma comunidade de sacrifícios, possam ser atingidos. Aceitar que um credor comum exequente pudesse fazer cessar antecipadamente um acordo destes (art.º 868.º, n.º 3, CPC) (...) contraria fortemente a ratio de toda esta disciplina*” (e, ainda mais, se o exequente for detentor de uma garantia – v.g. o privilégio mobiliário geral da segurança social – que, em sede de graduação de créditos, seja preferido ao crédito pignoratício). Em suma, remata o Autor, “*se se blindam estes contratos na insolvência, então também terão que ser blindados, no sentido de se assegurar sempre a sua execução nos termos acordados, na execução singular*”.

(art.º 1144.º), tendo o depositante um direito de crédito à restituição do montante depositado (direito este que vai ser objecto do penhor): parece que o regime do penhor financeiro apenas será viável quando estejam reunidos todos os requisitos de que depende a aplicação do Decreto-Lei n.º 105/2004 ou quando tal for a vontade, expressa ou presumível, das partes.<sup>2377</sup>

O penhor sobre instrumentos financeiros coloca, igualmente, a questão de compatibilização deste regime com o previsto no Código de Valores Mobiliários para a respectiva empenhabilidade, devendo a resposta ser análoga à preconizada para o penhor financeiro de numerário.<sup>2378</sup>

Importa registar que o legislador luso, ao invés do que a legislação comunitária transposta consentia, não inseriu uma norma que consinta às partes estipular a obrigação de manutenção de uma proporção entre o valor da dívida garantida e dos bens onerados<sup>2379</sup>, de modo que, em caso de diminuição do valor destes em relação a daquela e a fim de repor o equilíbrio acordado, a protecção do credor apenas poderá advir do regime geral do penhor (nomeadamente do disposto na alínea c) do art.º 670.º).

#### 1.2.8.5 - Participações sociais de sociedades comerciais

Também o penhor<sup>2380</sup> que recaia sobre participações sociais<sup>2381</sup> de sociedades comerciais muito utilizado na prática,<sup>2382</sup> goza de regras especiais, algumas delas

<sup>2377</sup> Neste sentido, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 20, acrescentando que, nos casos duvidosos - em que não seja possível detectar qualquer indício da vontade das partes ou no silêncio destas - deverá considerar-se estarmos perante um penhor de conta bancária, uma vez que o penhor financeiro constitui um regime especial. Por seu turno Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 270 e 271, nota 880, esclarece que, frequentemente, o critério de distinção residirá na natureza dos sujeitos, uma vez que sempre que uma das partes seja uma pessoa singular não será aplicável o regime do penhor financeiro, pois o diploma que consagra esta figura não abrange as pessoas singulares (exclusão esta que o Autor compreende, na medida em que estas pessoas podem ser consideradas consumidores finais, o que implica a consideração de outros factores - como sejam o direito à informação e as cautelas na execução da garantia - que mal se compaginam com a fluidez das garantias financeiras).

<sup>2378</sup> Assim, Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 23 e 24. A este respeito, Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 6 e 7, entende que, quando não se verifique algum dos requisitos respeitante aos sujeitos, ao objecto e à obrigação garantida, não existirá um contrato de garantia financeira, mas um outro contrato (sem prejuízo de, por aplicação do art.º 293.º, este último poder ser convertido no primeiro), apontando como exemplo de um sujeito individual fornecer uma garantia financeira a favor de uma instituição de crédito, para cuja detenção tenha transferido um conjunto de valores mobiliários, negócio este que, não podendo ser qualificado como penhor financeiro, poderá rotular-se de penhor de valores mobiliários (desde que, naturalmente, se encontrem preenchidos os requisitos para o efeito). Esta última Autora (ob. cit., pág. 8) defende mesmo que, na hipótese de um penhor financeiro que recaia sobre valores mobiliários, devem ser cumpridas as formalidades legalmente impostas para estes últimos no CVM (alegando que tais requisitos asseguram que uma eventual tentativa de alienação dos bens onerados será inviável).

<sup>2379</sup> Apesar desta omissão, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 278, admite a validade deste tipo de cláusulas (apontando como exemplo o acordo nos termos do qual o valor dos bens dados em garantia deva manter uma proporção de 125% relativamente ao valor da obrigação garantida e, caso tal margem não seja respeitada, o garante ficará obrigado a empenhar novos activos até perfazer de novo o equilíbrio estipulado). Relata a existência de uma norma prevendo esta possibilidade no direito espanhol, Fernando Zununegui, ob. cit., pág. 426.

<sup>2380</sup> No direito espanhol, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 122, alerta para as dúvidas quanto à empenhabilidade das participações sociais das sociedades de responsabilidade limitada (em razão de a lei - cfr. art.º 5.º, n.º 2, da LSRL - afirmar que as mesmas não são valores mobiliários, nem podem estar representadas por títulos ou anotações em conta: todavia, o Autor entende que tal obstáculo é contornável, até porque "*cada vez sea más similar la forma de transmitir las participaciones sociales y las acciones no documentadas, a pesar de que aquellas no puedan considerarse valores, a través de una cesión ordinaria de crédito*") e, em geral, quanto à susceptibilidade de posse sobre este tipo de bens, condição legalmente imposta para a dação em penhor, quando as participações não disponham de um

---

suporte documental (respondendo o Autor afirmativamente, remetendo para a teoria dos direitos sobre direitos, ou seja, “*en estos supuestos, y como consecuencia de la “cosificación”, el requisito del desplazamiento posesorio se entenderá cumplido con la notificación al deudor (...) lo importante es conseguir la indisponibilidad del pignorante sobre la cosa, y esto se consigue en estos caos bien mediante la comunicación al deudor, bien mediante la inscripción de la prenda en un Registro público como ocurre con las anotaciones en cuenta (...) o con la prenda sin desplazamiento posesorio (...) el fundamento de la exigencia del desplazamiento posesorio, que no es otro que pretender asegurar que el deudor no va a enajenar el bien que se encuentra sometido a la garantía prendaria, violando con ello el fin de la misma, produciéndose una fraude para los derechos del acreedor, que se vería desprovisto de garantía que asegurara la obligación de la que es acreedor. De esta forma, si el bien objeto del derecho sale del ámbito de disposición del deudor, el acreedor verá su derecho más protegido. Con esto como base, podemos afirmar que el Código no está exigiendo forzosamente la entrega material, pudiendo acudirse a una tradición ficticia perfectamente, siempre que la prenda se encuentre fuera del ámbito de disposición del deudor”*).

<sup>2381</sup> Questão conexas com a da empenhabilidade da participação social é a respeitante à sua natureza jurídica, acerca da qual remetemos para Frederico Briolini, ob. cit., pág. 190, nota 22 e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 45 e segs. (de acordo com estas últimas Autoras, esta questão entronca, tradicionalmente, numa outra, mais vasta, do objecto das garantias que incidam sobre títulos de crédito, digladiando-se aqueles consideram estarmos perante um penhor de direitos diversos do crédito e, no caso das acções, dos direitos nelas incorporados; outros face a um penhor de coisas, atribuindo aos títulos, nomeadamente às participações sociais, a natureza de coisa móvel e considerando que, por via de incorporação, o documento se identifica com o direito que representa, até porque será o valor de alienação do título que, em sede de execução, servirá para satisfazer o credor pignoratício; e outros inclinam-se para uma solução mitigada, admitindo que o penhor recai, no caso dos títulos representativos, sobre os objectos neles especificados e, nos demais – incluindo as acções – sobre os direitos representados pelos títulos), Stefano Poli, *Il pegno di azioni*, Giuffrè, 2000, pág. 255 e segs. (distinguindo entre a tese tradicional, que adopta uma perspectiva unitária da participação social, de acordo com a qual as várias posições subjectivas nela incorporadas constituem a consequência do *status* de sócio ou o objecto de um direito subjectivo do sócio, qualificado como um direito real, de crédito ou *sui generis*; uma outra segundo a qual a participação social será qualificável como uma posição contratual, derivando do contrato de sociedade diversas posições subjectivas; e uma terceira, que destaca a obrigatoriedade de considerar autonomamente a participação social incorporada em cada acção, que se traduz no complexo de posições subjectivas nela incorporadas, ligadas entre si pela sua recondução a uma matriz societária comum: o Autor, por seu turno, define a participação social como “*complesso di diritti i obblighi derivanti (recte: che trovano fondamento causale nel) contratto di società*” e que, por isso, uma acção pode ser considerada como uma autónoma participação, ressalvando, porém, que “*dato che la individuazione del contenuto della partecipazione sociale è questione di diritto positivo, il legislatore, in talune ipotesi, ha richiesto, per l’esercizio di determinati diritti sociali (...) il possesso di un numero significativo di azioni; in altre ipotesi, specificando nel campo del diritto societario alcuni principi generali (...) ha previsto dei profili di rilevanza unitaria delle partecipazione tipo che ricadono nella titolarità di un unico soggetto*”, como sucede com o direito de requerer a invalidação de deliberações sociais ex art.º 2377.º do CCI). Todavia, este último Autor relativiza a questão, assegurando que a resposta a dar à mesma não será necessária para a identificação do regime aplicável ao penhor de acções, optando antes por uma abordagem mais pragmática que consinta compreender a razão da existência de regras específicas para o penhor de créditos – que o Autor entende ser a necessidade de criar formas alternativas ao desapossamento material – e, por isso, conclui que o regime aplicável ao penhor de acções será o do penhor de coisas, entendida a “coisa” como “*il valore dell’oggetto costituito in pegno*” ou “*riserva di utilità*” – precisando que se deverá atender valor de mercado e não nominal dos títulos (destarte se justificando as interferências do credor pignoratício na vida da sociedade), o qual corresponde ao valor bolsista para o caso dos títulos cotados e, para os não cotados, ao valor patrimonial líquido por ser o mais conforme ao que poderá ser obtido em sede de venda executiva - excluindo que o penhor de acções possa configurar-se “*pro quota, come un pegno avente ad oggetto sostanziale l’azienda sociale*” (cfr. ult. aut. e ob. cit., pág. 91 e segs.). Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 63 e segs., opina, numa posição *sui generis*, que “*el objeto de la prenda no es la cosa en sí, sino su valor y, fundamentalmente, su valor económico*”, embora qualifique a acção como um bem móvel (por serem móveis todos os bens não expressamente qualificados como imóveis), susceptível de ser empenhado (excepto quando existam restrições legais expressas, como sucede com as acções próprias), concluindo que, mesmo após o processo de desmaterialização, é possível considerar “*al título-valor como título destinado a la circulación, por lo cual se incorpora a un documento o se anota en un sistema informatizado de negociación. De esta forma,*

afastando-se, em diversos aspectos, das soluções vertidas no regime geral, surgindo algumas dúvidas quanto à admissibilidade de semelhante garantia incidir sobre uma quota de uma sociedade civil.<sup>2383</sup>

---

*el título valor constituiría una categoría general, el título en sentido abstracto, y, en ella se incluirían dos clases de valores, los cartulares, que se documentan en papel y responden a la noción tradicional, y los títulos valores informatizados. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva forma de representación de los valores (...). Se trata de la cosificación de un derecho incorporal a efectos de sustraer su circulación a las reglas del Derecho de las obligaciones*". Salienta a predominância, no direito francês, da qualificação do penhor de participações sociais como um penhor de coisas, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 39, nota 5 (falando de coisas portadoras de direitos). No nosso direito, vide, por todos, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 234, nota 663, relatando que a qualificação da participação social oscila entre a posição daqueles que a consideram uma posição jurídica unitária de direitos e obrigações do sócio enquanto tal – Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial cit., Vol. II, págs. 220 e 221 (posição essa que assume natureza contratual) - ou, mais complexamente, como um conjunto plural que pode ser analisado como situação jurídica (que traduz a ligação entre o sócio e a sociedade e, mediadamente, entre o sócios e os demais associados e até relativamente a terceiros) e como bem jurídico que pode ser objecto de direitos (neste sentido, Paulo Olavo Cunha, ob. cit., págs. 313 e 314).

<sup>2382</sup> Como refere Niccolò A. Bruno, ob. cit., págs. 3 e 4, para tal sucesso contribui, do modo indelével, a possibilidade de o credor pignoratício poder intervir directamente na vida societária, assim velando pela integridade do objecto da garantia.

<sup>2383</sup> Pelo contrário, a empenhabilidade das participações sociais em sociedades civis é, por vezes, posta em causa, tendo em conta a impossibilidade de configurar a participação neste tipo de sociedades como um direito subjectivo: é a posição defendida por Leciñena Ibarra, La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional, in Revista de Derecho Patrimonial, n.º 11 (2003), pág. 120 e segs, alegando que a qualificação de uma situação como direito subjectivo "*presupone que la misma constituye una realidad independentizada exteriormente, con total abstracción de la relación contractual que le dio origen (...) y caracterizada por el libre manejo y ejercicio a discreción del titular*", o que não acontece com a participação social civil (pelo que carece de existência como direito autónomo susceptível de alienação). Todavia, o Autor admite a empenhabilidade do direito de crédito do sócio sobre o activo social existente em caso de liquidação (o qual pressupõe o consentimento da sociedade, uma vez que a execução do bem empenhado poderia produzir uma dissolução parcial da sociedade: todavia, este consentimento não afecta a validade ou eficácia da constituição da garantia, desencadeando apenas a responsabilidade do sócio no plano interno) ou do crédito aos dividendos (para o que não será necessário o consentimento da sociedade), a constituir através da notificação da constituição da garantia à sociedade (não perdendo o sócio tal condição, nem a titularidade do crédito dado em garantia): em caso de incumprimento da obrigação garantida sobre a quota de liquidação, exigir-se-á a dissolução parcial prévia da sociedade para determinar a quota que cabe a cada sócio (e, caso se materialize num bem, a garantia abarcá-lo-á por via de sub-rogação real); se, ao invés, a garantia incidir sobre o crédito aos dividendos, passará a garantia a recair sobre o respectivo montante. No direito francês, a dação em penhor de participações sociais nas sociedades civis encontra acolhimento legal nos art.ºs 1866.º e segs. do CCF, nos termos dos quais o acto de constituição da garantia terá que ser reduzido a escrito e notificado à sociedade emitente (ou por ela aceite), seguido da inscrição num registo comercial (que incumbe ao credor – devendo esse juntar cópia da prévia notificação à sociedade emitente –, que constitui condição de oponibilidade da garantia – prevalecendo, de acordo com Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 396, o credor primeiramente inscrito, mesmo que exista outro com garantia anteriormente constituída, mas posteriormente registada, e ainda que aquele conhecesse a existência de uma garantia prévia, uma vez que se trata de uma publicidade objectiva e constitutiva, à imagem da hipoteca - e que pode ser consultado por qualquer terceiro), sem que seja necessária qualquer entrega do título ao credor, podendo este requerer a venda ou a atribuição judicial das participações oneradas (Legeais, Sûretés 2009 cit., págs. 399). Todavia, o *intuitu personae* que caracteriza este tipo de sociedades impõe algumas cautelas aos poderes de que dispõe o credor, pelo que qualquer associado que pretenda constituir um penhor sobre as suas participações deve obter dos restantes o seu consentimento, nos termos previstos para a cessão das participações (art.º 1867.º, n.º 1, atribuindo ao silêncio o sentido de aceitação), consentimento este que, uma vez concedido, implica a aceitação do cessionário-adquirente em caso de execução da garantia, desde que esta seja notificada com uma antecedência mínima de um mês aos associados (embora, como bem salienta Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 399, esta aceitação seja meramente condicional, uma vez que qualquer sócio – ou a própria sociedade – pode, no momento da venda ou da atribuição em pagamento, substitui-se ao adquirente, pagando o preço da venda ou da avaliação efectuada); mais ainda, qualquer associado pode

A necessidade de um regime específico é ditada pela especificidade do bem a empenhar, porquanto o interesse do credor pignoratício na manutenção da consistência da garantia produz reflexos na vida interna da sociedade à qual digam respeito as participações empenhadas, assumindo relevância no contexto da respectiva actividade também aquele interesse do credor.<sup>2384</sup>

Assim, a constituição da garantia pignoratícia sobre participações sociais encontra-se regulada, em termos genéricos, nos n.ºs 3 e 4 do art.º 23.º do Código das Sociedades Comerciais,<sup>2385</sup> onde se pode ler que o penhor apenas pode ser constituído na forma exigida e dentro das limitações estabelecidas para a transmissão entre vivos de tais participações,<sup>2386</sup> aplicando-se tal norma às acções,<sup>2387</sup> às quotas<sup>2388</sup> e às partes sociais.<sup>2389</sup>

---

exercer um direito de resgate (art.º 1867.º, n.º 3) nos cinco dias seguintes à venda e, caso não tenham dado o consentimento à constituição da garantia, podem sempre exercer a faculdade de substituição (art.º 1868.º, n.º 2) ou requerer a dissolução da sociedade - Simler e Delebecque, *Droit civil* 2009 cit., pág. 578. Todavia, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., págs. 394 e 395, criticam o carácter lacunoso do regime legal, especialmente no que toca à possibilidade de sub-rogação por ocasião de fusão (os Autores recusam, na ausência de previsão legal expressa, esse efeito, até porque as novas participações, ainda que possuam um valor aproximado ao das antigas, podem nem sequer representar os mesmos direitos: por força desta solução, se o sócio devedor votar a favor da fusão, tal implicará a perda da garantia e, em consequência, o vencimento imediato da obrigação garantida, salvo se for prestada outra garantia equivalente). No nosso direito, o regime legal das sociedades civis (art.ºs 980.º a 1021.º) é omissivo relativamente à possibilidade de as mesmas serem dadas em penhor, pelo que, salvo melhor juízo, a oneração pignoratícia deste tipo de bens dependerá de verificação das condições gerais a que o objecto do penhor deve obedecer e, a tal propósito, o potencial obstáculo resultante da impossibilidade de penhora sobre eles é afastado, porquanto tal operação é considerada legítima (neste sentido, vide o Acórdão da Relação do Porto de 7/7/2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerando que tal penhora se enquadra na penhora de direitos – art.º 862.º, n.º 6, do CPC – incidindo sobre o direito ao produto da liquidação de quota em sociedade de pessoas – o que constitui penhora de bem indiviso – ou sobre o direito ao lucro - que tem o tratamento dos direitos de crédito): no entanto, na medida em que qualquer sócio não pode ceder a sua quota sem o consentimento dos demais – cfr. art.º 995.º - e tendo em conta a alienação potencial que decorre da celebração de um contrato de penhor, pode sustentar-se que a constituição desta garantia exige aquele consentimento unânime).

<sup>2384</sup> Exemplo paradigmático do reconhecimento legal do interesse do credor pignoratício é, no direito italiano, a concessão, salvo convenção em contrário, do direito de voto ao credor pignoratício (salienta estes aspectos Frederico Briolini, *ob. cit.*, págs. 188 e segs., concluindo, por isso, que o regime geral do penhor – pensado para os casos em que a garantia recaia sobre uma coisa móvel corpórea – não pode ser aplicável sem mais, mas apenas em termos analógicos. Daí que a atribuição do direito de voto ao credor não se possa fundar no direito comum do penhor – nomeadamente no seu dever de conservação do bem empenhado – mas sim na necessidade de fazer com que o credor participe na vida societária defendendo os seus legítimos interesses e, ainda, por motivos mais práticos relacionados com o facto de ser o credor que normalmente está em poder dos títulos onerados e se encontra inscrito no livros dos sócios, isto é, por força de razões próprias do penhor de participações). Em termos parcialmente coincidentes, Gian Carlo Rivolta, *Pegno ed usufrutto di quote di società a responsabilità limitata e diritto di voto*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 59, Tomo I, pág. 209, nota 9, reconhece igualmente que a atribuição do direito de voto ao credor pignoratício não decorre da obrigação de conservação do bem empenhado que, por força do regime geral desta garantia, impende sobre o mesmo sujeito. Acerca da titularidade do direito de voto inerente às acções empenhadas, vide infra no texto.

<sup>2385</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, com a última redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de Abril.

<sup>2386</sup> No ordenamento transalpino a lei apenas regulamenta especificamente o penhor de acções (cfr. art.º 2352.º e segs. do CCI), importando distinguir, segundo Stefano Poli, *ob. cit.*, pág. 231 e segs. e em ordem a determinar as formalidades necessárias para a constituição do penhor, as acções tituladas das escriturais. Relativamente às primeiras, o penhor sobre acções nominativas surgirá através da inscrição do ónus no título e no registo do emitente (sendo discutível a necessidade de entrega do título ao credor e a observância do disposto no art.º 2787.º, n.º 3, do CCI) ou, em alternativa, através de um endosso em garantia, enquanto sobre as acções ao portador a garantia se constituirá mediante entrega do título ao credor (acompanhada da redacção de um documento escrito contendo a suficiente indicação do crédito

---

garantido e do bem empenhado). No que concerne às acções escriturais, parece existir uma contradição entre dois diplomas legais que o Autor resolve considerando que o vínculo surgirá, no caso de títulos sujeitos ao regime da desmaterialização total, através do registo em conta e, no caso de títulos submetidos ao regime da desmaterialização parcial, mediante inscrição no registo dos ónus (embora o conteúdo de ambas as inscrições seja similar, o Autor destaca o facto de subsistir “*un unico registro con trascrizioni progressive annue per la dematerializzazione in senso debole; in conti separati per ciascun titolare per il regime previsto della legge Euro*”). No direito espanhol, De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 125 e segs., salvo quando os títulos não tenham sido impressos e/ou entregues (hipótese na qual o penhor se constituirá nos termos vigentes para a cessão de créditos e de demais direitos incorpóreos) ou quando apenas tenham sido entregues os documentos provisórios ou de acções ao portador entregues e impressas (caso em que o penhor não se poderá constituir por via de endosso, mas tão somente nos termos da cessão em garantia, com posterior comunicação do negócio à sociedade para efeitos de inscrição da garantia), a regra será a de, nomeadamente para as acções nominativas, o penhor se constituir através de cessão em garantia (com posterior inscrição dos registos da sociedade emitente) ou mediante endosso, com a menção em garantia (também com ulterior inscrição nos registos da sociedade emitente, funcionando esta como condição de eficácia do negócio face à própria sociedade e, assim, requisito indispensável para o exercício dos direitos sociais por parte do credor pignoratício).

<sup>2387</sup> No direito francês, o penhor de acções encontra-se regulado no penhor de valores mobiliários – cfr. Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 529. No direito italiano e conforme já foi referido, existe regulamentação específica para o penhor de acções, embora, de acordo com Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 139, a mesma apenas se aplique, no que concerne à constituição da garantia e às suas vicissitudes, às acções nominativas, enquanto para as acções ao portador o penhor se constitui através do desapossamento material do título e da sua entrega ao credor, acompanhado dos requisitos formais de que a lei civil faz depender a outorga do direito de preferência, existindo um regime específico para a dação em penhor das acções escriturais.

<sup>2388</sup> Relativamente a estas e mesmo antes da entrada em vigor do CSC, Nogueira Serens, Penhor de quota, in CJ, Tomo II, págs. 5 a 17, admitia já a dação em penhor da quotas de uma sociedade comercial, qualificando tal penhor como penhor de direitos (atribuindo natureza mobiliária a essa quota, independentemente da natureza mobiliária ou imobiliária dos bens integrados no património da sociedade em questão) e entendendo que os direitos administrativos inerentes a essa quota – nomeadamente o direito de voto – competiriam, na falta de norma específica e por força do regime geral do penhor de créditos constante do art.º 683.º (nos termos do qual o credor é obrigado a praticar os actos indispensáveis à conservação do direito empenhado, alegando o Autor que “*incidindo o penhor sobre uma quota, o credor só pode cumprir, cabalmente, essa obrigação se dispuser da titularidade dos direitos administrativos inerentes à quota, que é, afinal o direito empenhado*”), ao credor pignoratício. No direito francês e mesmo após a reforma de 2006, não existe preceito específico quanto à dação em penhor das participações sociais deste tipo de sociedades, opinando Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., pág. 537 e Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 579, que a sua constituição (bem como a das partes de sociedades em nome colectivo, relativamente à qual se verifica a mesma omissão legal) obedece às regras gerais previstas para os bens incorpóreos (que, por seu turno – cfr. art.º 2355.º - remetem para o penhor de coisas corpóreas), exigindo assim a redacção de um documento escrito e a inscrição num registo existente na secretaria do tribunal do comércio do local da sede da sociedade (a lei ocupa-se apenas – cfr. art.ºs L223-14 e L223-15 do Code de Commerce – dos efeitos de uma garantia com este objecto, em termos praticamente idênticos aos consagrados para as sociedades civis): antes da reforma, Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 255, relatavam que a constituição da garantia se efectuava, por analogia com o penhor de créditos, através da notificação à sociedade em questão. No direito italiano, apenas se encontrava, até há pouco tempo, regulada a colocação em penhor de acções, pelo que se duvidava da dação em penhor das quotas das sociedades por quotas, embora Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 207, aceitasse da sua empenhabilidade, tendo em conta a normal transmissibilidade das quotas e outros indícios normativos dos quais decorria, implicitamente, o reconhecimento de tal figura, considerando apenas existirem limites específicos desta modalidade de participações sociais (em termos concordantes, Stefano Polí, ob. cit., pág. 165 e segs., argumentando que a lacuna do regime de tais sociedades deveria ser colmatada uma vez que o interesse do credor é análogo ao do credor titular de uma garantia sobre acções e, além disso, por não existirem obstáculos que impeçam uma tutela societária do mesmo credor - nem sequer com base num suposto *intuitu personae* supostamente inerente a este tipo de sociedades – embora reconheça que nas sociedades por quotas os sócios gozem da liberdade de inserirem no pacto social cláusulas determinando que o direito de voto caberá ao sócio, que a constituição do penhor carece do consentimento dos demais sócios ou até que excluam a própria dação em penhor). Todavia, depois da reforma do direito societário italiano de 2003, o art.º 2471.º do CCI afirma, de modo

A consagração de um regime uniforme de oneração das participações não prejudica a subsistência de especificidades para cada uma das formas de representação que aquelas podem assumir.<sup>2390</sup>

---

inequívoco, a empenhabilidade das quotas (para além de o art.º 2468.º, n.º 5, determinar expressamente a aplicação, quanto à titularidade e exercício dos direitos sociais, a disciplina contemplada no art.º 2352.º para as sociedades por acções), embora tenha deixado por responder outras questões conexas, como a qualificação deste penhor (tendo em conta a natureza controvertida da própria quota – contrapondo-se os que entendem estarmos perante um penhor de direitos aos que sugerem tratar-se de um penhor de créditos), o modo de constituição da garantia (parecendo que, por analogia com o regime previsto para a transferência das quotas no art.º 2470.º do CCI, o penhor apenas será oponível à sociedade emitente após a inscrição nos seus livros, embora a garantia se possa constituir, com efeitos *inter partes* e face a outros terceiros que não a sociedade, desde que seja devidamente identificado o crédito garantido e a quota empenhada e efectuado a inscrição no registo comercial) e o concurso entre diversos credores pignoratícios (afigurando-se como solução mais plausível a atribuição de prioridade ao direito primeiramente inscrito no registo comercial) - sobre este assunto, vide Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 148 e segs..

<sup>2389</sup> No direito italiano, também não há norma expressa relativamente às sociedades em nome colectivo. Não obstante, Mario Buonaiuto, in *Pegno e usufrutto di quote di società in nome collettivo*, in [www.diritto.it/materiali/civile/doc7.html](http://www.diritto.it/materiali/civile/doc7.html), pág. 1 e segs., admite a dação em penhor destas participações, embora sustentando que tal negócio exigirá o consentimento dos outros sócios (à imagem do que sucede para a transferência das mesmas partes sociais) pois, se assim não fosse, legitimar-se-ia a entrada de um terceiro estranho na universo social (consentimento este que pode ser prestado caso a caso ou, em alternativa, preventivamente em relação a qualquer futura transferência). Tendo em conta esta necessidade de consentimento dos demais associados, o Autor qualifica o penhor de partes sociais como uma cessão de contrato, rejeitando tratar-se de um penhor de créditos, pois, a ser assim, o penhor poder-se-ia constituir através da simples notificação do contrato à sociedade. Já Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 154 e segs., depois de noticiarem o reconhecimento quase unânime de um penhor com este objecto, advogam igualmente que o mesmo se constituirá nos exactos termos da transferência, ou seja, com o consentimento de todos os sócios ou, excepcionalmente, da maioria deles - embora ressalvem que “*ciò non significa che il pegno possa essere costituito contro la volontà di qualche socio ma semplicemente che il consenso di alcuni soci non deve necessariamente espresso in modo puntuale, potendo essere dato anche in via preventiva una volta per tutte al momento della costituzione della società*” (já consideram mais problemática a atribuição dos direitos sociais inerentes às partes empenhadas, admitindo as Autoras que o direito de rescisão caiba ao sócio e o direito aos lucros ao credor, sendo mais discutível a titularidade do direito de voto, havendo quem o atribua ao sócio – tendo em conta o carácter personalístico desta sociedade, evitando assim a intromissão de um estranho na vida societária - , enquanto outros sustentam dever o mesmo caber ao credor, relativizando aquele carácter e contrapondo que o credor terá interesse na conservação do valor da sociedade, enquanto objecto da sua garantia). Por seu turno Stefano Poli, ob. cit., pág. 180 e segs., reconhecendo também a empenhabilidade das partes sociais, recusa a aplicação analógica do regime ditado para as sociedades por acções, “*difficilmente compatibili con modelli societari, perlomeno nella tipologia legale, sono caratterizzati dall’attribuzione a ciascun socio (il limitatamente responsabile) del potere di amministrare e rappresentare verso terzi la società (...) caratterizzazione intuitu personae delle società in esame che rafforza, in esse, rispetto alle società di capitli, il principio di inscindibilità della partecipazione sociale*”, sem prejuízo da atribuição ao credor, tendo em conta a sua função satisfatória da garantia, do direito aos lucros (o Autor retira desta inaplicabilidade três corolários: a impossibilidade de concessão ao credor do direito de voto – eventualmente com a única excepção da aprovação do balanço, atendendo à correlação deste com o direito aos lucros do credor; por outro lado, a desnecessidade do consentimento dos outros sócios para a constituição do penhor, uma vez que os poderes atribuíveis ao credor não lhe permitem imiscuir-se na vida societária; por último, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor não poderá requerer a venda da quota de participação – pois tal permitiria a entrada de um estranho na vida da sociedade – restando-lhe apenas solicitar a liquidação do parte social).

<sup>2390</sup> Nesta conformidade, para as acções vide supra o que se disse a respeito das acções tituladas e escriturais. Para as quotas, o art.º 228.º exige a redução a escrito do contrato de penhor e o consentimento da sociedade; para as partes sociais, o art.º 182.º requer documento escrito e consentimento expresso dos demais sócios. Em ambos os casos, será ainda imperiosa a inscrição da garantia no registo comercial (art.º 3.º, alíneas e) e f), do Código do Registo Comercial) – sobre este assunto, vide Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 282.



Esta remissão para as formalidades exigidas para a transmissão do direito a empenhar resulta do próprio regime geral do penhor (art.º 681.º, n.º 1), sendo muito discutível, porém, a aplicabilidade do n.º 2 da mesma disposição legal que impõe a necessidade, no penhor de créditos, de notificação da constituição da garantia ao devedor, excepto no caso de penhores sujeitos a registo.<sup>2391</sup>

Assim, por exemplo, no que respeita aos valores mobiliários escriturais<sup>2392</sup> - - particularmente as acções - e na medida em que a transmissão destes se produz através de registo na conta do titular das acções (art.º 81.º, n.º 1, do CVM), nem sequer existe necessidade de, neste caso, o contrato de penhor ser celebrado por escrito.<sup>2393</sup>

Acresce que, no caso de penhor sobre partes sociais e quotas, apesar de para a validade do negócio constitutivo da garantia ser bastante documento particular, esta deverá ser inscrita no registo comercial, conforme preceituam os art.ºs 242-A e 242-B, do CSC e o art.º 3.º, alíneas e) e f), do Código do Registo Comercial.<sup>2394</sup>

Apenas se e quando se encontrarem cumpridas estas formalidades a constituição da garantia é oponível aos terceiros em geral, nomeadamente aos futuros adquirentes da participação.<sup>2395</sup>

Todavia, para que a sociedade emitente tome conhecimento garantia, será, por vezes, necessária a inscrição no livro dos sócios (como sucede com as acções

---

<sup>2391</sup> Para além da qualificação do penhor de participações sociais como um penhor de créditos suscitar as maiores reservas (vide, por exemplo, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 15, negando que se trate de um penhor de créditos, porque o direito conferido pela participação social não se reconduz a uma ou mais prestações, tendo antes uma estrutura complexa e multifacetada, enquanto Sofia Maltez, ob. cit., págs. 6 a 8, entende estarmos perante um penhor de direitos, pois “*mesmo no caso de penhor sobre acções tituladas, objecto do penhor é a participação social em si e não o título encarado como uma coisa. Está em causa o penhor do direito incorporado no título e não o penhor do próprio título*”), ainda aceitando tal qualificação será de descartar a obrigação de notificação à sociedade devedora, tendo em conta que o fim visado pela notificação – dar a conhecer a existência do penhor ao terceiro devedor, impedindo-o de pagar directamente ao empenhador – esta não será de exigir quando esse terceiro tenha conhecimento da constituição da garantia de outro modo. Ora, tratando-se de acções tituladas ao portador, é já necessária a sua entrega (e, portanto, a sociedade não deve desconhecer o nascimento do ónus) e, no que respeita às acções tituladas nominativas e às acções escriturais, é forçoso o seu registo, pelo que caímos no caso em que, de acordo com o próprio n.º 2 do art.º 681.º, não é obrigatória a notificação (porém, importa não esquecer que o registo, em matéria de participações sociais e de valores mobiliários em geral, não tem, conforme já foi referido, carácter público, sem prejuízo, todavia, da possibilidade de a sociedade emitente solicitar às entidades registadoras, nos termos do art.º 85.º, n.º 1, alínea c), os elementos constantes das contas de acções nominativas, assim conhecendo a existência do penhor).

<sup>2392</sup> Relativamente à forma de transmissão dos valores mobiliários titulados, vide supra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II.

<sup>2393</sup> Sobretudo desde que, com a nova redacção dada ao art.º 23.º do CSC pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (anteriormente o dito preceito dispunha que o penhor de participações sociais deveria constar de documento particular). Discordamos, por isso, de Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 57, quando afirma que o penhor de acções, independentemente da sua forma de representação, deve constar de documento particular (partidária do nosso entendimento é Sofia Maltez, ob. cit., pág. 17, nota 35).

<sup>2394</sup> Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial cit., Vol. II, pág. 355 e Paulo Olavo Cunha, ob. cit., pág. 378.

<sup>2395</sup> No direito italiano e no concerne às sociedades em nome colectivo, o art.º 2300.º do CCI obriga à inscrição no registo comercial das modificações contratuais, pelo que Mario Buonaiuto, ob. cit., pág. 5, sustenta ser a mesma formalidade exigida para a constituição do penhor, na medida em que “*un vincolo reale su di una quota costituisca senz’altro modificazione del contratto sociale (...) non si tratti di un diritto limitato ai rapporti tra socio-debitore e creditore pignoratizio. Qui si tratta di una situazione soggettiva opponibile alla società, e quindi anche ai terzi*”, notando existirem legítimos interesses de terceiros a justificar tal necessidade de registo, designadamente dos demais credores particulares do sócio (em conhecer a causa de preferência sobre a quota do seu devedor) ou dos credores sociais (os quais poderiam confiar na soma liquidada ao sócio).

nominativas tituladas – cfr. art.º 102.º, n.º 1, do CVM)<sup>2396</sup> ou, para as acções escriturais ou tituladas integradas em sistemas centralizado, a exibição do certificado de legitimação (art.º 78.º do CVM) ou, em alternativa, a comunicação da constituição da garantia por parte da entidade registadora do penhor.<sup>2397</sup>

Quando seja legalmente imposta a inscrição no livro de registo dos sócios, a sociedade apenas reconhecerá – nomeadamente para efeitos de exercício dos direitos sociais – aqueles a favor de quem conste a última inscrição, do mesmo modo que em caso de conflito entre duas ou mais garantias sobre as mesmas participações, prevalecerá a que primeiramente houver sido registada.<sup>2398</sup>

Noutros ordenamentos, nos quais decorre do regime geral do penhor a necessidade de, como condição de produção de efeitos face a terceiros, a constituição da garantia ser reduzida a escrito do contrato constitutivo de penhor de acções – contendo a respectiva data a contendo a indicação do crédito garantido e do bem onerado – discute-se se a mesma valerá igualmente para o penhor de participações sociais.<sup>2399</sup>

Relativamente às limitações, importa abordar separadamente os diversos tipos de sociedades, sendo admitidas em termos mais amplos e decorrendo directamente da lei nas sociedades de cariz marcadamente personalístico, como as sociedades em nome colectivo (art.º 182.º, n.ºs 1, 3 e 4),<sup>2400</sup> por quotas (art.ºs 228.º, n.ºs 2 e 3 e 229.º do

---

<sup>2396</sup> É a solução consagrada também nos art.ºs 55.º, n.º 2 e 57.º, n.º 2, da LSA espanhola, ressalvando Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 315 e 316, que tal formalidade não é condição de validade da constituição da garantia, nem tão pouco de oponibilidade da mesma a terceiros, com a única excepção da sociedade emitente das acções (acrescentando ainda que, para efectuar a inscrição, a sociedade deve assegurar terem sido cumpridos os requisitos legais para a constituição da garantia).

<sup>2397</sup> Relativamente à existência deste dever de comunicação, vide supra n.º 1.2.8.3 do Capítulo II.

<sup>2398</sup> Nestes termos para o direito espanhol Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 206 e segs., partindo da equiparação de efeitos entre o desapossamento e a inscrição neste registo, nomeadamente o registo das acções nominativas (publicidade relativamente a terceiros – não totalmente segura, com o não é a assegurada pela entrega material, mas decorrente do facto de o terceiro que queira celebrar negócios que tenham como objecto participações poder solicitar ao empenhante um certificado do registo que ateste a sua propriedade - , evitar a constituição de novos penhores sobre o mesmo bem e permitir a realização de actos conservatórios, assegurando o certificado que o credor possa exercer alguns direitos sociais que lhe venham a ser atribuídos) e apesar deste registo assumir carácter privado e não produzir os mesmos efeitos dos registos públicos, em caso de conflito entre dois terceiros titulares de direitos conflituantes sobre a mesma participação, prevalecerá o primeiramente registado, ainda que não seja o primeiramente constituído (até porque, sendo o registo obrigatório, quem não o efectuar não pode ser considerado de boa fé).

<sup>2399</sup> No direito espanhol e segundo De la Santa García, ob. cit., pág. 125 e segs., a resposta é inequivocamente afirmativa no que respeita às sociedades de responsabilidade limitada (cfr. art.º 26.º da LSRL, no qual se exige que o penhor de tais participações conste de documento público), mas se afigura, ante o silêncio da lei, mais complexa relativamente às sociedades anónimas (concluindo, ainda assim, por uma resposta afirmativa). Responde também afirmativamente, quanto ao penhor de acções, Mejias Gomez, ob. cit., pág. 615 e segs., invocando o facto de o art.º 57.º, n.º 1, da LSA determinar que o penhor sobre este tipo de bens se constitui nos mesmos termos do direito comum (aceitando, eventualmente, que o documento particular possa bastar para a produção de efeitos *inter partes* do penhor de acções, mas concluído ser imperiosa a constatação da data certa em documento público para que tal contrato possa produzir efeitos face a terceiros) e, para o penhor de participações, entende ser igualmente necessário um documento público e a inscrição da garantia no registo da própria sociedade). No direito italiano, defendem a manutenção desta exigência para o penhor de valores titulados nominativos Stefano Poli, ob. cit., pág. 231 e segs. (alegando que a indicação do crédito garantido não resulta do endosso nem da inscrição no livro dos sócios) e ao portador (quanto a estes, vide, no mesmo sentido, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 139).

<sup>2400</sup> De acordo com estas normas, a parte de um sócio só pode ser transmitida, por acto entre vivos, com o expresso consentimento dos restantes sócios, o mesmo valendo para a constituição de direitos reais de gozo, tornando-se a transmissão eficaz para com a sociedade logo que lhe for comunicada por escrito ou por ela reconhecida expressa ou tacitamente. Pelas mesmas razões que se expõe a respeito das quotas (como se verá na nota seguinte) e na medida em que, também aqui, a lei se refere apenas a transmissão

CSC),<sup>2401</sup> às partes dos sócios comanditados (art.ºs 469.º, n.º 1)<sup>2402</sup> e dos comanditários em sociedades em comandita simples (art.º 475.º),<sup>2403</sup> sofrendo maiores restrições e carecendo de disposição estatutárias nesse sentido nas sociedades anónimas (nas quais, por força da alínea c) do n.º 2 do art.º 328.º do CSC, o contrato de sociedade apenas pode subordinar a constituição de penhor sobre acções nominativas, e desde que se demonstre a existência de requisitos objectivos ou subjectivos destinados a proteger o interesse social)<sup>2404</sup>, à semelhança do que sucede noutros ordenamentos.<sup>2405</sup>

---

(omitindo qualquer referência à oneração), advogamos a aplicação deste mesmo regime à dação em penhor das partes sociais (existe, contudo, um elemento específico deste tipo de sociedades que, eventualmente, poderia impor uma solução diversa da defendida para a sociedade por quotas, qual seja o facto de o n.º 3 do art.º 182.º mencionar expressamente os direitos reais de gozo, mas abstendo-se de qualquer referência no que toca aos seus congéneres de garantia: a nosso ver, tal omissão pode ser justificada pela integração da oneração no conceito genérico de transmissão, sobretudo tendo em conta que a execução da garantia poderá acarretar a transmissão da propriedade da parte social).

<sup>2401</sup> Reza o art.º 228.º, n.º 2, que a cessão de quotas não produz efeitos para com a sociedade enquanto não for consentida por esta (a não ser que se trate de cessão entre cônjuges, entre ascendentes e descendentes ou entre sócios), tornando-se tal transmissão eficaz para com a sociedade logo que lhe for comunicada por escrito ou por ela reconhecida, expressa ou tacitamente (nos termos do art.º 230.º, aquele consentimento da sociedade, que não pode ser subordinado a condições, deve ser solicitado por escrito - com indicação do cessionário e de todas as condições da cessão, sendo expresso quando concedido por deliberação dos sócios e tácito ou presumido se a sociedade não tomar a deliberação sobre o pedido de consentimento nos 60 dias seguintes à sua recepção - analogamente, considera-se prestado o consentimento da sociedade quando o cessionário tenha participado em deliberação dos sócios e nenhum deles a impugnar com esse fundamento, provando-se o consentimento tácito, para efeitos de registo da cessão, pela acta da deliberação). Recusado o consentimento (todavia, como bem nota Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial Vol. II cit., pág. 363, esta decisão não é arbitrária, sendo antes sindicável judicialmente, com base em abuso do direito - cfr. art.º 58.º, n.º 1, alínea b), do CSC - nomeadamente quando tomada com o único intuito de prejudicar o sócio transmitente - v.g., quando a manutenção do sócio não seja relevante e o cessionário seja pessoa idónea, visando a recusa apenas amarrar o sócio alienante prisioneiro da sociedade), por parte da sociedade, a respectiva comunicação dirigida ao sócio incluirá uma proposta de amortização ou de aquisição da quota; se o cedente não aceitar a proposta no prazo de 15 dias, fica esta sem efeito, mantendo-se a recusa do consentimento (art.º 231.º, n.º 1). Contudo, o pacto social pode proibir de todo a cessão das quotas (art.º 229.º, n.º 1 - sem prejuízo do direito dos sócios à exoneração, uma vez decorridos 10 anos desde o seu ingresso na sociedade) ou, no plano inverso, dispensar o consentimento da sociedade para o efeito (art.º 229.º, n.º 2), interpretando Soveral Martins, ob. cit., pág. 315 e segs., os preceitos citados como consentindo cláusulas que proibam a cessão das quotas, desde que seja assegurado aos sócios o direito de exoneração, uma vez decorridos 10 anos sobre o seu ingresso na sociedade. Apesar de todas estas normas se referirem apenas a negócios de transmissão de quotas, somos de parecer que as mesmas são de aplicação à oneração daquelas participações sociais, não apenas porque a constituição da garantia pode redundar numa venda (judicial ou não) e até porque, como salienta Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial, Vol. II cit., pág. 358, "*a transmissão de quotas entre vivos é conceito mais amplo, compreende a cessão e as formas de alienação não fundadas na vontade do titular das quotas (v.g., a venda e a adjudicação judiciais)*".

<sup>2402</sup> Nos termos do qual a transmissão entre vivos da parte de um sócio comanditado, salvo disposição contratual diversa, só é eficaz se for consentida por deliberação dos sócios.

<sup>2403</sup> Mandando este preceito aplicar à transmissão entre vivos ou por morte da parte de um sócio comanditário o preceituado a respeito da transmissão de quotas de sociedade por quotas.

<sup>2404</sup> Mais concretamente, o pacto social pode subordinar a transmissão das acções nominativas ao consentimento da sociedade (alínea a)), estabelecer um direito de preferência a favor dos outros accionistas, em caso de alienação daquelas acções (alínea b)) ou subordinar a transmissão ou oneração das acções a determinados requisitos, objectivos ou subjectivos, que estejam de acordo com o interesse social (alínea c)). Em face deste regime, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 45, conclui que o verdadeiro limite à constituição de penhor de acções reside na desconformidade deste com o interesse social, o qual serve de fundamento ao condicionamento da eventual aquisição, por parte do credor pignoratício, do direito ao exercício dos direitos sociais inerentes aos bens empenhados (durante a vigência da garantia) ou mesmo da qualidade de sócio (em caso de execução da garantia). Porém, importa esclarecer que apenas a respeito da alínea c) do n.º 2 do art.º 328.º a lei condiciona a validade das cláusulas limitativas da transmissão das acções à existência de um interesse social relevante, o que, na

---

opinião de Soveral Martins, ob. cit., págs. 309 e 310, significa “*que se pode partir de uma presunção de conformidade com o interesse social das cláusulas de consentimento ou de preferência em si mesmas consideradas. E, além disso, se a cláusula permitir realizar o interesse social, não será ilícita se também serve para realizar interesses individuais dos sócios*”. Para Sofia Maltez, ob. cit., págs. 24 e 25, o art.º 328.º do CSC não permite que o pacto social exclua, sem mais, a transmissão ou a constituição em penhor das acções nominativas (no mesmo sentido, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 44): o que se admite, sim, é que o contrato de sociedade sujeite a transmissão deste tipo de acções ao consentimento da sociedade (caso em que o penhor se encontrará sujeito ao mesmo condicionalismo) e estabeleça quais os possíveis motivos dessa recusa (caso não o faça, será lícita a recusa fundamentada em qualquer interesse relevante da sociedade, nos termos do art.º 329.º, n.º 2, do CSC), podendo igualmente conter uma referência específica relativa à dação em penhor. Fazenda Martins, ob. cit., pág. 105, entende que, podendo o contrato de sociedade estabelecer que a transmissão de acções nominativas depende do consentimento da sociedade (cfr. art.º 328.º, n.º 2, do CSC), também a constituição do penhor deverá depender desse assentimento. Coutinho de Abreu, Curso de direito comercial Vol. II cit., pág. 376, aponta como exemplo de cláusulas restritivas lícitas ao abrigo deste art.º 328.º, n.º 2, alínea c), a transmissão ou oneração de acções apenas para quem tenha determinada nacionalidade, exerça uma certa actividade não concorrente com a sociedade ou seja já sócio ou familiar de sócio (limitações subjectivas) ou, noutro âmbito, enquanto não decorrer um certo prazo contado da data de emissão das acções.

<sup>2405</sup> Em face do direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 106 e segs., sustenta que estas cláusulas estatutárias visam impedir a transferência das acções (seja atribuindo um direito de preferência aos sócios, seja sujeitando a entrada de um eventual novo sócio à autorização da sociedade), pelo que não impedem a constituição da garantia, devendo o seu efeito produzir-se unicamente no eventual momento posterior de execução daquela, evitando ou condicionando a aquisição por parte do exequente ou de outro potencial adquirente: mais concretamente, “*Si no se cumplen las restricciones estatutarias, la sociedad no reconocerá al socio como accionista, denegándole la inscripción en el libro registro de socios*”, ou seja, “*la contravención de las restricciones estatutarias tan sólo afectará, en su caso, a la legitimación del adquirente frente a la sociedad emisora, pero no a la validez y a los efectos derivados de la ejecución de la misma*”. Mesmo no que respeita à execução, “*no cabe la posibilidad que estatutariamente se altere el procedimiento judicial o administrativo de ejecución de acciones*”, embora quando a aquisição das acções ocorra no âmbito de um processo destes a sociedade deva apresentar um adquirente ou oferecer-se para as adquirir pelo seu valor real no momento em que for solicitada a inscrição no livro dos sócios por parte do novo adquirente (art.º 64.º, n.º 2, da LSA, asseverando o Autor que por valor real se deve entender “*el que resulte del procedimiento publico junto con los gastos causados por el mismo*”, podendo os estatutos estabelecer um valor diverso, mas nunca inferior): na óptica do Autor, deste modo conjugam-se os interesses do credor (em alienar o bem nos termos que a lei prevê), dos accionistas (assegurando a venda por um valor objectivo), dos demais sócios (evitando a entrada de estranho na vida da sociedade) e até dos arrematantes (pois mesmo que os sócios se sub-roguem na sua posição, terão que lhe pagar, no mínimo, o preço do remate). De acordo com Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 104 e segs., este tipo de cláusulas constitui uma derrogação ao princípio geral de transmissibilidade (e aplicáveis à constituição de garantias, uma vez que a execução destas pode conduzir a uma alienação das acções) das acções, pelo que as restrições a este princípio encontram-se taxativamente consagradas na lei: ora, o art.º 63.º da LSA dispõe que estas limitações apenas são admitidas se consagradas nos estatutos e unicamente com respeito às acções nominativas, podendo sujeitar-se a constituição de penhor a autorização da sociedade apenas se os estatutos determinarem as possíveis causas de recusa dessa autorização (a qual, salvo convenção em contrário, caberá aos administradores da sociedade e, em caso de ausência de resposta ao pedido por um período de 6 meses, será tacitamente deferida) - Mejias Gomez, La prenda de participaciones cit., pág. 608 e segs., acrescentando que tais limitações são, por maioria de razão, permitidas igualmente nas sociedades de responsabilidade limitada (com as *nuanças* relativas à fase de eventual execução da garantia e com os especiais direitos que os sócios têm para condicionar o ingresso de um terceiro no seio da sociedade). Todavia, o mesmo Autor alerta para o facto de estas restrições poderem valer também para as acções representadas através de anotações em conta, mas unicamente se não admitidas a negociação (pois, quanto a estas, a sua colocação no mercado pressupõe a apresentação de um documento comprovando a inexistência de restrições estatutárias à livre transmissibilidade das acções). Menos condescendente com este tipo de restrições se mostra Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 198 e 199, asseverando que a existência das mesmas “*no puede impedir la constitución de prenda. Una cláusula estatutaria que prohibiera dar las acciones en prenda o que la hagan prácticamente imposible sería nula*”, por violação do art.º 63.º, n.º 2, da LSA (nos termos do qual serão nulas as cláusulas tornem praticamente impossível a transmissão das acções). De acordo com Veiga Copo, La prenda acciones cit., págs. 182 a 187, será admissível que uma cláusula estatutária que sujeite a autorização da sociedade à

Estas restrições podem justificar-se pelo intuito de evitar que o credor pignoratício possa vir a exercer os direitos sociais inerentes às participações sociais, assim como no propósito de eliminar o risco de alienação das mesmas em caso de incumprimento da obrigação garantida (até porque, neste último caso, não podem ser invocadas as eventuais cláusulas do pacto social que limitem a transmissibilidade das participações).<sup>2406</sup>

Todavia e de acordo com o entendimento dominante, o elenco legal das cláusulas limitativas da transmissão (ou oneração) é taxativo, razão pela qual serão de rejeitar quaisquer outras eventualmente constantes do pacto social, em homenagem ao princípio geral da livre transmissibilidade das acções.<sup>2407</sup> por isso mesmo, devem as

---

apresentação de adquirentes alternativos ou que atribua aos demais sócios um direito de preferência em caso de alienação das acções empenhadas (todavia, existindo tais cláusulas, “*no se puede admitir ni que el socio pueda obligar al beneficiario a que compre o a que se ponga en lugar del acreedor, ni es amisible que el beneficiario pueda comprar o sustituirse por su voluntad en el lugar del acreedor prendario*”), mas nega a validade de uma autorização genérica para empenhar (pois, desse modo, se poderiam contornar as restrições à transmissão das participações, bastando a constituição de uma garantia – mesmo que fictícia – “*para que el acreedor pignoratício tras la ejecución y adquisición de las acciones desembocase en socio, frente a la cual la facultad del beneficiario de autorizar quedaria convertida en la necesidad de adquirir del rematante*”) e recusando que a concessão de autorização para a constituição do penhor implique a aceitação do credor pignoratício no seio da organização societária (pois tal dependerá da ausência de interessados no momento da execução da garantia e do não exercício dos direitos de preferência por parte dos seus titulares). Finalmente, De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 117, entende que o penhor de acções submetidas a restrições estatutárias à sua transmissão “*podrán ser libremente enajenadas cuando dicha enajenación sea consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. En el caso de una ejecución extrajudicial de la prenda, las acciones podrán ser igualmente enajenadas, pero habrá que dar cumplimiento al derecho preferente de adquisición a favor de la sociedad o del tercero por ella presentado*”. No direito francês, encontra-se previsto na lei um procedimento especial para a eventualidade de existência de cláusulas limitativas da cedência das acções (no caso das sociedades em nome colectivo e por quotas tal procedimento existirá mesmo na ausência desse tipo de cláusulas), nomeadamente aquelas que imponham a aceitação dos sócios para a entrada na sociedade de qualquer cessionários: de acordo com este procedimento, o sócio empenhante deverá apresentar um projecto de penhor à sociedade e, caso este não seja aceite (se for, tal implicará uma aceitação do adquirente ou cessionário, sem prejuízo da faculdade da sociedade se substituir ao adjudicatário - devendo entregar o preço estimado por um perito -, podendo, sem seguida, reduzir ou anular o capital social), o credor pode executar a garantia, mas a sociedade pode opor-se, adquirindo, directamente ou por terceiro, as participações em questão, pelo valor determinado por uma avaliação de um perito. Em face do direito francês, a lei permite a restrição da oneração das participações em sociedades de responsabilidade limitada (em termos praticamente idênticos aos previstos para as sociedades civis – cfr. art.ºs L223-14 e L223-15 do Code de Commerce), enquanto para as acções os art.ºs L228-23 a L228-29 do mesmo Código consentem, para as que revistam a forma nominativa e não se encontrem admitidas à negociação num mercado regulamentado, que a sua oneração pignoratícia possa encontrar-se, por efeito de cláusula estatutárias, sujeita ao consentimento da sociedade (sendo, nesse caso, nulo o negócio feito em contravenção dessa imposição): existindo tal cláusula, o pedido de assentimento deverá indicar o nome e endereço do credor pignoratício, o número de acções a onerar e o seu valor, considerando-se o pedido aceite em caso de resposta expressa nesse sentido, bem como de ausência de resposta num prazo de 3 meses a contar da sua formulação (esta resposta afirmativa implica a aceitação do cessionário em caso de execução da garantia, sem prejuízo da faculdade que assiste à sociedade de, posteriormente, readquirir as acções para reduzir o capital); pelo contrário, em caso de recusa, o conselho de administração da sociedade devem, no prazo de 3 meses a contar da notificação daquela decisão, adquirir as acções envolvidas no negócio projectado (seja por um accionista, seja por um terceiro ou, ainda e uma vez obtido o consentimento do sócio empenhante, pela sociedade em vista de uma redução do capital).

<sup>2406</sup> Assim, Soveral Martins, *ob. cit.*, págs. 392 e 393.

<sup>2407</sup> Noticiando ser este o entendimento praticamente unânime da doutrina, Soveral Martins, *ob. cit.*, pág. 301 e segs., rematando que a liberdade das partes se cinge ao estabelecimento das restrições consentidas por lei ou de outras menos intensas (como limitar a operatividade das restrições em termos temporais, ou a certos sujeitos ou a determinados casos). Na eventualidade de uma cláusula ser considerada inválida, tal

cláusulas ser interpretadas restritivamente e, por outro lado, a norma legal que consente aquelas limitações não poderá ser aplicada analogicamente.<sup>2408</sup>

Estas limitações apenas se encontram previstas com respeito às acções nominativas, na medida em que se afigura impossível condicionar a transmissão das acções ao portador,<sup>2409</sup> devendo ser inscritas nos títulos ou nas contas de registo das acções, sob pena de inoponibilidade a terceiros de boa fé (art.º 328.º, n.º 4, do CSC)<sup>2410</sup> e não podendo incidir sobre acções negociadas em mercado de valores mobiliários.<sup>2411</sup>

Discute-se, porém e no que especificamente respeita ao penhor, se a remissão contida no art.º 23.º do CSC respeita às limitações relativas à transmissão das mesmas participações (cfr. alienas a) a c) do n.º 2 do art.º 328.º do CSC) ou, pelo contrário, apenas se dirige à alínea c) (relativa à imposição de limites estatutários à transmissão ou oneração das acções), a única que expressamente se refere ao penhor.<sup>2412</sup>

---

não afectará o contrato de sociedade, excepto quanto se mostre que este último não teria sido concluído sem cláusula viciada, admitindo-se, no limite, que esta última possa ser convertida em acordo parassocial.

<sup>2408</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 304 e segs..

<sup>2409</sup> Complementarmente, o art.º 229.º, n.º 2, do CSC, determina que as acções devem ser nominativas quando o contrato de sociedade contenha alguma restrição à sua transmissibilidade. Como salienta Soveral Martins, ob. cit., pág. 310 e segs., o legislador terá considerado que os limites à transmissão ou oneração das acções seriam incompatíveis com o regime dos títulos ao portador, quer estes sejam titulados (cuja transmissão se dá pela entrega dos títulos, sendo a posse dos mesmos condição de exercício dos direitos sociais, pelo que “*Seria, pois, contraditório dizer que o título ao portador se transmitia pela entrega e permitir depois que essa transmissão não tivesse lugar devido às limitações constantes do contrato de sociedade*”) ou escriturais ou titulados integrados num sistema centralizado (as quais se transmitem através de registo na conta do adquirente, não podendo a entidade registadora ser a adquirente, nem aquela tem o dever de prestar informações ao emitente sobre os elementos constantes das contas – cfr. art.ºs 61.º, 64.º, n.º 1, 80.º, n.º 1, 85.º, n.º 1, e 105.º do CM: assim sendo, faria pouco sentido “*a introdução de limites à transmissibilidade das acções escriturais ao portador, pois relativamente a estas a sociedade emitente não pode obter aquelas informações*”), mas já serão entendíveis à luz do regime leal delineado para as acções nominativas tituladas (para cuja transmissão se exige a intervenção da sociedade emitente, uma vez que esta – por si ou através de intermediário – terá que registar a transmissão) ou escriturais ou tituladas não inseridas em sistema centralizado (uma vez que as limitações terão que ser transcritas nas contas de registo, tornando-se assim oponíveis a qualquer adquirente, de boa ou de má fé) - admitindo igualmente a impossibilidade de condicionamento da transmissão de acções ao portador, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 43.

<sup>2410</sup> Publicidade esta que acresce à que deve ser dada ao próprio contrato de sociedade e cujo cumprimento não se basta com a simples menção da existência das limitações, impondo-se antes a respectiva transcrição (neste sentido, Soveral Martins, ob. cit., pág. 331, assegurando que, deste modo, se obtém uma maior certeza e segurança, mas perde-se em termos práticos, sobretudo quando as cláusulas limitativas forem muito extensas e prolixas). De acordo com Soveral Martins, ob. cit., pág. 330 e segs., decorre deste preceito legal que, perante um terceiro de má fé, as limitações podem ser opostas, mesmo quando não cumpridos aqueles formalismos, os quais se revelam, pelo contrário, indispensáveis para a oponibilidade a terceiros de boa fé (porém, mesmo quando inoponíveis a esses adquirentes de boa fé, estes, após a aquisição, passam a estar sujeitos às ditas limitações, no caso de pretenderem transmitir as acções).

<sup>2411</sup> Nos termos do art.º 204.º, n.º 2, alínea a), do CVM, apenas podem ser objecto de operações em mercados de valores mobiliários (entendendo-se como tal os mercados de bolsa, outros regulamentados e os organizados de acordo com regras livremente estabelecidas pela respectiva entidade gestora – cfr. art.º 199.º, n.º 1, do CVM) os que sejam fungíveis, admitidos à negociação nesses mercados e livremente transmissíveis, solução esta justificada por Soveral Martins, ob. cit., pág. 335 e segs., pela dificuldade de assegurar a necessária protecção dos adquirentes no mercado de bolsista, caso fosse possível a existência de limitações estatutárias à transmissão desses valores (para além de poder conduzir a uma subvalorização das acções da sociedade em questão, assim dificultando o seu financiamento).

<sup>2412</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 396 e segs., apesar de reconhecer que o elemento literal aponta no sentido contrário (uma vez que as alíneas a) e b), ao contrário da alínea c), do art.º 328.º, n.º 2, do CSC, não se referem especificamente ao penhor), opta pela primeira alternativa, concluindo que a oneração de acções pode estar sujeita às mesmas limitações previstas para a transmissão das mesmas, isto é, à obtenção do consentimento da sociedade (tendo, então, o accionista de solicitar este assentimento para a

De acordo com estes elementos e de *lege data*, não parece lícita uma cláusula inserida no pacto social, na qual se estabeleça, pura e simplesmente, a impossibilidade de constituição de garantias sobre as acções a favor de terceiros,<sup>2413</sup> mesmo que apenas durante um certo período de tempo,<sup>2414</sup> devendo antes as restrições obedecer aos requisitos da existência<sup>2415</sup> e determinação,<sup>2416</sup> podendo ser positivas ou negativas e, num âmbito diverso, subjectivos (concernentes normalmente ao credor,<sup>2417</sup> mas que

---

constituição da garantia e, se este for recusado, parece normal impor à sociedade o dever de adquirir as acções), concessão de um direito de preferência a favor dos outros accionistas (de modo que os titulares do direito de preferência se possam substituir ao credor pignoratício, realizando a operação garantida com aquele penhor) ou estabelecimento de requisitos objectivos ou subjectivos a tal oneração), admitindo mesmo o relacionamento destas diversas limitações entre si (ob. cit., pág. 326 e segs., exemplificando com caso em que a sociedade atribua aos accionistas um direito de preferência para a hipótese de consentir ou não consentir na transmissão ou, por outro lado, quando se estabeleça que a sociedade só será chamadas a prestar o seu consentimento se nenhum dos sócios o exercer). Finalmente, cumpre destacar que, quando as acções de uma sociedade se encontrem sujeitas a limitações quanto à sua transmissão, o pacto social pode excluir a sua aplicação à constituição de penhor (neste sentido, Soveral Martins, ob. cit., págs. 398 e 399, argumentando que, desta forma, se limita o princípio geral da livre transmissibilidade das acções em menor medida do que aquilo que a lei consente).

<sup>2413</sup> Neste sentido, em face do direito italiano, Roberto Weigmann, *Società per azioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Março 1994, pág. 211 e segs., partindo do princípio da invalidade de uma cláusula proibição de alienação das acções, tendo em conta que incorporação da participação num título tem como função típica a de favorecer a respectiva circulação. Por outro lado, *“l’interesse della società emittente a sottoporre a particolari condizioni i vincoli sulle azioni nominative (...) non consiste nel comprimere in sé gli atti di disposizione del proprietario, ma nell’evitare che soggetti invisibili agli altri soci facciano ingresso in assemblea e vi esercitino i diritti corporativi”* (tendo em conta que o direito de voto, no direito italiano, é atribuído ao credor pignoratício, a invalidade da cláusula poderia transmutar-se na obrigatoriedade estatutária de concessão do direito de voto ao sócio em caso de penhor de acções, só que também esta possibilidade enfrenta a oposição de alguma jurisprudência, que interpreta o art.º 2352.º, n.º 1, no sentido de apenas ser admissível a concessão do direito de voto ao sócio por acordo entre este e o credor pignoratício – posição esta contestada pelo Autor, argumentando que *“Se si può disporre dell’assegnazione del voto, non si comprende perché il socio, il quale è libero di contrattare al riguardo, non debba rispettare nelle convenzioni coi terzi l’impegno statutariamente assunto verso i consoci, di condizionare la dazione in garanzia delle sue azioni alla conservazione per sé del diritto di voto”*). Discurso distinto merece a possível inserção de semelhante cláusula numa sociedade por quotas pois, tendo em conta a possibilidade legal de impedir estatutariamente a transferência da quota, por maioria de razão se deverá admitir a viabilidade da inserção no pacto social de uma cláusula proibindo a colocação em penhor da mesma.

<sup>2414</sup> Assim, entre nós, Soveral Martins, ob. cit., pág. 317, por entender que uma tal cláusula constitui uma inibição (embora transitória) e não uma limitação (pelas mesmas razões, recusa a inclusão de cláusulas que, embora não proibam directamente a transmissão, as tornem praticamente impossíveis, por exemplo quando as condicionam a factos inverosímeis).

<sup>2415</sup> Significando terem que existir no momento da oneração e não que existirão ou poderão vir a existir, considerando Soveral Martins, Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções: sobre os art.ºs 328.º e 329.º do CSC, Almedina, 2006, pág. 530, *“que os requisitos existentes não poderão ser relativos à própria transmissão ou constituição de penhor ou usufruto: não poderão ser requisitos relativos a actos a praticar para que essa transmissão ou constituição tenha lugar”*.

<sup>2416</sup> Segundo Soveral Martins, ob. cit., pág. 531, esta exigência de determinação impõe a concretização dos requisitos no contrato de sociedade, razão pela qual este não poderá remeter a identificação dessas condições para uma posterior decisão de um qualquer órgão social, incluindo as deliberações da assembleia geral (sempre de acordo com este Autor, *“a exigência de determinação justifica-se por duas razões. Por um lado, permite que os sócios, actuais ou futuros, fiquem a saber se será ou não fácil encontrar (...) um credor pignoratício não abrangido pelos requisitos. Por outro lado, impede que se utilizem no contrato de sociedade expressões demasiado vagas que tornem intransmissíveis as acções”*).

<sup>2417</sup> De acordo com Soveral Martins, ob. cit., pág. 533 e segs., as modalidades que estas restrições subjectivas podem assumir passam por impedir que o credor pignoratício possa ser uma sociedade ou, pelo menos, uma sociedade com determinada configuração (seja de modo a impedir a aquisição tendente ao domínio total – cfr. art.º 490.º do CSC – seja não permitindo que a credora seja uma sociedade com igual objecto social ou que prossigam actividades idênticas, evitando que um concorrente possa vir a

também podem respeitar ao constituinte<sup>2418</sup>) ou objectivos,<sup>2419</sup> mas sempre tendo em vista a protecção do interesse social.<sup>2420</sup> em caso de inobservância destes requisitos, poderá ser recusada a inscrição do penhor nos registos competentes.<sup>2421</sup>

---

acompanhar por dentro a actividade societária) ou, pelo contrário, impor que o credor pignoratício reúna determinados requisitos (serem antigos trabalhadores, sócios ou ex-sócios, clientes ou ex-clientes ou sejam parentes do constituinte – esta última limitação assume importância especial nas empresas com acentuado cunho familiar). No entanto, o Autor chama a atenção para a existência de limitações quanto à amplitude destas limitações subjectivas à transmissão ou oneração das acções, pois, por um lado, “*não se pode limitar de tal forma o círculo de possíveis adquirentes que, na prática, fique proibida a transmissão*” ou oneração e, por outro, “*pode-se questionar a licitude de certas limitações que, por exemplo, ponham em causa o princípio constitucional da igualdade*”: com base nesta última consideração, o Autor sustenta a necessidade de uma interpretação destas cláusulas conforme à Constituição e aos princípios da ordem pública e dos bons costumes, negando, em conformidade, a admissibilidade de cláusulas que só permitem ou proíbam a transmissão ou oneração a favor de indivíduos de certa raça, sexo ou cor de pele ou que perfilhem a ideologia fascista e manifestando dúvidas quanto às que estabeleçam restrições quanto à nacionalidade do credor pignoratício ou do adquirente (acabando por aceitá-las – afirmando que “*Não parece constituir necessária violação do princípio da igualdade que se estabeleça como requisito que os adquirentes tenham determinadas nacionalidades*” - por entender ser compreensível que os accionistas desejem evitar que as acções da sociedade caiam nas mãos de estrangeiros, pois tal pode significar “*alterações legislativas de normas sobre investimentos estrangeiros que tornem muito difíceis aumentos de capital. Além disso, como não é impossível um estado de guerra com outros países, os requisitos relativos à nacionalidade podem evitar futuros problemas resultantes de legislação nacional ou estrangeira para tempo de guerra*”). Pelo contrário, aceita - tendo em conta a relação entre a discriminação e o objecto social -, restrições relativas à orientação política e/ou cultural dos credores pignoratícios (quando se trate de uma sociedade editorial ou com determinada orientação política e/ou cultural) ou a qualidade de produtor de certas matérias primas (nomeadamente quando o empenhante tenha assumido uma obrigação de prestações acessórias relacionadas com o fornecimento daquelas matérias primas) ou a titularidade de determinadas habilitações académicas ou profissionais (quando justificados tendo em conta o objecto social da sociedade empenhante) ou a situação económica do credor (impedindo, por exemplo, que tenham sido anteriormente declarados falidos ou insolventes) ou mesmo a combinação de mais de um critério (impondo que o adquirente ou credor pignoratício de uma quantidade de acções superior a uma determinada parcela do capital social deva possuir uma determinada formação profissional ou não exerça actividades concorrentes com a da sociedade).

<sup>2418</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 532, aponta como exemplo as cláusulas que subordinem a constituição de penhor aos sócios que não se encontrem em mora perante a sociedade quanto ao cumprimento de prestações acessórias (embora duvide que se possa condicionar a constituição de penhor em função da titularidade do *status* de sócio durante determinado número de anos, uma vez que tal equivaleria a uma exclusão temporária da transmissibilidade das acções em questão, contrariando a lei que apenas consente uma limitação e não uma exclusão – ainda que temporária – da empenhabilidade).

<sup>2419</sup> Os quais, segundo Soveral Martins, ob. cit., pág. 539, dizem respeito “*ao objecto da transmissão ou a outros aspectos que não sejam relativos à própria pessoa do adquirente, usufrutuário, credor pignoratício, alienante ou a quem constitui o usufruto ou o penhor. E, como têm que ser requisitos objectivos existentes, são requisitos que não integram a própria transmissão enquanto acto ou processo*”, exemplificando com as que exigem que as acções a onerar por cada accionista representem menos do que uma determinada percentagem do capital social ou atribuam menos do que uma certa percentagem de votos correspondentes ao capital social (ou inversamente, que não consintam a oneração de acções que representem mais do que uma percentagem do capital social ou dos direitos de voto) ou ainda que não aceitem a transmissão ou oneração quando a soma das acções, a juntar às de que o adquirente ou o credor é titular superem uma certa percentagem do capital social ou dos direitos de voto. Chamado a pronunciar-se sobre a validade de tais estipulações e tendo em conta a proibição da intransmissibilidade das acções, o Autor exclui a admissibilidade das cláusulas “*que obrigam o accionista a manter na sua titularidade acções representativas de certa percentagem do capital social ou a manter acções que confirmam certa percentagem dos votos correspondentes ao capital social*”, excepto quando se consinta ao sócio, como alternativa, alienar a totalidade das acções, pois, deste modo, o sócio tem uma porta de saída (do mesmo modo, aceita igualmente que, tratando-se de sociedades em regime de grupo ou de domínio e quando alguém seja accionista de ambas, se possa condicionar a transmissão das participações numa delas à alienação das acções de que seja titular na outra). Pelo contrário, o Autor rejeita liminarmente as cláusulas que visam impor a transmissão das acções nominativas através de oferta pública de aquisição (OPA) ou,



Do mesmo modo, tais limitações poderão ser introduzidas,<sup>2422</sup> atenuadas ou extintas<sup>2423</sup> (e até agravadas)<sup>2424</sup>, mediante alteração do pacto social - desde que

---

inversamente, excluem a sua transmissão por esta via: relativamente a estas últimas – cujo objectivo á proteger a sociedade contras as OPA – entende que não é possível excluir a transmissão, mas apenas impor limites a esta e, por outro lado, porque não estabelecem um requisito que seja existente perante a transmissão que se pretende efectuar; quanto àquelas que apenas aceitam a transmissão através de OPA, sustenta que este tipo de cláusula “*não subordina a transmissão à existência de um requisitos (...) que têm que existir para que possa ter lugar a transmissão*”.

<sup>2420</sup> Apesar de este juízo conformidade com o interesse social deve ser efectuado aquando a redacção do pacto social (ou da sua alteração), “*a apreciação a fazer não tem que partir do que seja o concreto interesse social no momento em que a cláusula é introduzida, mas sim de um interesse social potencial. A cláusula estará de acordo com o interesse social se puder, em abstracto, servir para realizar esse mesmo interesse social potencial*” – Soveral Martins, ob. cit., pág. 544, devendo a apreciação da licitude do interesse social invocado como fundamento das restrições fundar-se no contrato de sociedade no seu conjunto, em especial no que respeita ao objecto social, à eventual existência da obrigação de prestações acessórias e ao facto de haver ou não acções não integralmente liberadas (por não corresponderem a um interesse social relevante, o Autor descarta a licitude das cláusulas que imponham que o adquirente ou credor pignoratício seja solteiro ou casado no regime de separação de bens – porquanto, de acordo com o art.º 8.º, n.º 2, do CSCS, ainda que a participação social seja comum a ambos os cônjuges, será considerado como sócio aquele que tenha celebrado o contrato de sociedade ou, no caso de aquisição posterior, aquele por quem a participação tenha vindo ao casal -, mas já aceita a imposição que o adquirente não tenha ultrapassado uma determinada idade, tenha residência numa certa área ou não exerça dadas profissões, sobretudo tendo em conta a existência de participações acessórias a que o titular das acções esteja obrigado). Em suma, a conformidade com o interesse social impõe a verificação se “*a limitação não tem relação possível com o que seja ou possa vir a ser o interesse social, revelando-se como um mero capricho*” – ob. cit., pág. 308.

<sup>2421</sup> Neste sentido, Soveral Martins, ob. cit., pág. 545.

<sup>2422</sup> A introdução de limites à transmissibilidade das acções pressupõe uma alteração do contrato de sociedade, podendo esta ser decidida por deliberação da assembleia geral, desde que estejam presentes ou representados, em primeira convocatória, accionistas que detenham, pelo menos, acções correspondentes a um terço do capital social, devendo a deliberação ser aprovada por dois terços dos votos emitidos, quer a assembleia reúna em primeira ou em segunda convocatória (art.ºs 383.º, n.º 2 e 386.º, n.º 3, do CSC): para além disso, é ainda necessário o consentimento de todos os accionistas cujas acções sejam afectadas por aquelas limitações (Soveral Martins, ob. cit., pág. 603 e segs., admite que este assentimento possa ser dado na assembleia, mas também fora dela e até antes da assembleia em que tal limitação vai ser introduzida). Por outro lado, importa registar que estas limitações podem dizer respeito a apenas uma determinada categoria de acções, como sucede se a sociedade emitiu acções ao portador e nominativas e decide limitar a transmissão apenas destas últimas (ou até se pretende de uma parte das acções nominativas anteriormente emitidas, desde que as mesmas sejam identificáveis – v.g. as acções não integralmente liberadas, cujo titular se encontre obrigado a realizar prestações acessórias à sociedade ou decorrentes de um aumento de capital, embora neste último caso apenas se as limitações forem decididas simultaneamente com aquele aumento). Outra questão respeita ao momento a partir do qual estas limitações se tornam oponíveis aos adquirentes e aos credores pignoratícios, distinguindo Soveral Martins, ob. cit., págs. 610 e 611, consoante a transmissão ocorra depois do registo e da publicação da alteração e depois da inclusão dos limites dos títulos ou nos registos em conta (caso em que a oponibilidade não suscita dúvidas) ou, ao invés, nada conste dos títulos ou dos registos (caso em que apenas serão oponíveis a terceiros de má fé).

<sup>2423</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 611 e segs. realça como, ao contrário do que sucede com a introdução de limitações, para a sua atenuação ou extinção não será necessário o consentimento dos sócios que sejam afectados por tal deliberação social (o Autor entende que esta dualidade de soluções se justifica pela “*convicção de que o regime preferível para as sociedades anónimas é o da livre transmissibilidade das acções*”). As cláusulas de atenuação dos limites são mais frequentes, apontando o Autor como exemplos aquelas que reduzem o leque das transmissões limitadas (quando a limitação, ao invés de se aplicar a todas as transacções onerosas, se passam a aplicar apenas às compras e vendas) ou eliminam alguns dos requisitos a que estas se encontravam adstritas; quanto à eliminação das restrições, estas podem respeitar também unicamente a uma categoria de acções (v.g. as relativas a um aumento de capital). Estas alterações ao pacto social devem ser registadas, afiançando o Autor que, mesmo antes desse registo – mas após a deliberação social - a sociedade não pode invocar face a terceiros o regime entretanto modificado (fundamentando a sua posição no art.º 168.º do CSC que determina a possibilidade de os terceiros de

respeitados os condicionalismos legais a que esta modificação estatutária se encontra sujeita -, ou até por via de acordo parassocial.<sup>2425</sup>

Todavia, as restrições à empenhabilidade decorrentes de meros pactos parassociais, não produzem efeitos reais, uma vez que tais convénios são ineficazes perante a sociedade.<sup>2426</sup>

Paralelamente, o pacto social poderá limitar, não apenas a constituição de ónus, mas também condicionar o exercício dos direitos sociais por parte do credor pignoratício, ou seja, impor limites no plano das relações externas – entre as partes no contrato de garantia e a sociedade – ainda que, no plano das relações internas subjacentes ao contrato de penhor, tais direitos caibam ao credor pignoratício.<sup>2427</sup>

---

prevalecerem de actos cujo registo e publicação ainda não tenham sido efectuados). No que especificamente concerne às limitações introduzidas às acções a emitir aquando da realização de um aumento de capital (limitações essas que devem ser deliberadas conjuntamente com o aquele aumento), importa ainda esclarecer que, por força do art.º 485.º, n.º 1, do CSC, nos aumentos de capital por entradas em dinheiro os accionistas à data da deliberação desse aumento têm direito de preferência (relativamente a quem não seja accionista) na subscrição das novas acções, razão pela qual, todos estes terão que dar, de acordo com o art.º 328.º, n.º 3, do CSC, o seu consentimento à introdução de restrições à transmissão das acções (se tal consentimento for recusado, o Autor, ob. cit., págs. 623 e 624, entende que tal recusa não afecta a validade da deliberação de aumento de capital, tornando apenas ineficaz, relativamente aos sócios que não tenham assentido, esse mesmo incremento).

<sup>2424</sup> Trata-se aqui de introduzir novos requisitos – objectivos ou subjectivos – que não constavam do contrato de sociedade, devendo a deliberação social nesse sentido obedecer aos mesmos requisitos consagrados para a introdução de novas restrições (e, em especial, ao consentimento dos accionistas cujas participações sejam afectadas) - Soveral Martins, ob. cit., pág. 621 e segs..

<sup>2425</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 339 e segs., alude aos chamados pactos de bloqueio, normalmente utilizados quando as partes não possam (v.g., acções ao portador) ou não queiram incluir cláusulas restritivas no contrato de sociedade (pactos estes implicitamente consentidos pelos art.ºs 17.º do CSC e 19.º do CVM). Todavia, estes pactos encontram-se sujeitos a duas limitações não despiciendas: desde logo, não podem ser usados como meio para defraudar a lei (pelo que não poderão proibir de forma absoluta a transmissão das acções ou conduzir, na prática, a esse resultado) e, por outro, possuem unicamente eficácia obrigacional, vinculando apenas os seus subscritores (razão pela qual não impedem a produção de efeitos do negócio entre o sócio e o terceiro - adquirente ou credor pignoratício – e, em caso de alienação, que o adquirente passe a ser considerado como sócio).

<sup>2426</sup> Neste sentido, Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 105 e 106, salienta como estes acordos são susceptíveis de abranger acções tituladas ou escriturais, rematando que a ausência de efeitos reais apenas será de afastar quando o empenhante haja declarado, no momento da constituição da garantia, que as acções não eram livremente transmissíveis.

<sup>2427</sup> Partidário deste entendimento é Stefano Poli, ob. cit., pág. 203 e segs., reconhecendo a validade e a oponibilidade de tais cláusulas ao credor pignoratício, deste modo compatibilizando os interesses deste último no exercício dos direitos sociais que lhe cabem e da sociedade em impedir uma relevância organizativa de sujeitos indesejáveis e estranhos à própria sociedade: com base neste pressuposto, o Autor admite que a sociedade possa estatutariamente condicionar alguns dos efeitos do penhor de acções ao consentimento dos órgãos sociais, como por exemplo o exercício do direito de voto (entendendo que tal não contrasta com a livre transmissibilidade das acções, “*dato che cio che viene limitata, non è la circolazione dei titoli, ma (alcuni effetti di un) negozio strutturalmente idoneo ad ostacolare il trasferimento delle azioni*”) ou até que determine, *a priori*, que em caso de dação em penhor das acções de qualquer sócio o direito de voto e os demais direitos de natureza administrativa caberão ao devedor (ou, quando muito, a necessidade de designação de um representante comum para o exercício de tais direitos), mas recusando a validade de cláusulas contendo uma proibição indiscriminada dos sócios empenharem as suas acções (no caso de a cláusula limitar, *tout court*, a sujeição da alienação ao consentimento da sociedade, o Autor entende que, à partida, tal disposição não deverá ser extensível ao penhor, embora se trate sempre, caso a caso, de uma questão de interpretação do negócio jurídico) ou mesmo das que prevejam o direito de preferência dos demais sócios relativamente à constituição do penhor (neste último caso porque, sendo o penhor acessório de uma obrigação que liga o sócio devedor e o credor, a escolha do parceiro contratual por parte do sócio não pode ser condicionada pela sociedade, pelo que “*La difesa della propria organizzazione da ingerenze di terzi non sembra poter giustificare la facoltà della società di imporre al socio il vincolo di ricorrere al credito (assistito da garanzia reale)*”).

No mesmo sentido depõe o entendimento que sustenta existir um limite de cariz societário para quem defenda à atribuição legal dos direitos sociais a um dos sujeitos da relação pignoratícia, porquanto este releva unicamente no plano da titularidade de tais direitos, não dispensando o respeito pelas regras societárias de legitimação do sujeito em questão para o respectivo exercício.<sup>2428</sup>

Regressando às limitações estatutárias propriamente ditas, cabe determinar quais as consequências da sua violação - sendo certo que o art.º 328.º, n.º 4, do CSC, postula a inoponibilidade aos credores pignoratícios de boa fé daquelas cláusulas que não se encontrem transcritas nos títulos ou nas contas de registo -,<sup>2429</sup> discute-se se o penhor será simplesmente inoponível à sociedade ou, pelo contrário, radicalmente inválido, mesmo *inter partes*.

As soluções avançadas cingem-se, normalmente, aos efeitos da transmissão da titularidade das participações contra as cláusulas limitativas (nomeadamente para avaliar se tal desrespeito impede apenas a aquisição da legitimação para o exercício dos direitos sociais ou, mais drasticamente, impede mesmo a aquisição da titularidade das participações sociais),<sup>2430</sup> salvaguardando a protecção do terceiro adquirente de boa fé

---

*necessariamente all'interno della compagine sociale*”). Todavia, a nova redacção do art.º 2355.º-bis, introduzida em 2003, passou a permitir, não apenas a limitação da transferência das acções, como também a inibição da mesma transferência (neste último caso por um período não superior a 5 anos contados da data da constituição da sociedade o do momento em que a proibição seja introduzida), para além de legitimar a sujeição da transferência ao acordo dos outros sócios ou dos órgãos sociais (condicionada à imposição de uma obrigação de adquirir ou de rescisão por parte do alienante): em face deste novo quadro legal, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 125 e segs., aceitam, nos limites legais, a validade de cláusulas que restrinjam ou proíbam a constituição do penhor (considerando que o penhor constitui uma alienação virtual e, por isso, sujeito ao regime previsto para a transferência das acções), com excepção da cláusula que consagre um direito de preferência a favor dos outros sócios relativamente ao penhor (alegando que à validade de tal pactuação “*si oppone la necessaria coincidenza della qualità di creditore e di titolare del diritto di garanzia*”). Por maioria de razão, as mesmas Autoras admitem igualmente cláusulas do pacto social que, em homenagem ao interesse social (designadamente de evitar que estranhos se imiscuam na vida societária), impeçam a relevância interna do penhor, por exemplo atribuindo ao sócio o direito de voto e os demais direitos administrativos (embora recusando a atribuição estatutária dos direitos patrimoniais, *maxime* o direito aos lucros, em razão da ausência de um interesse social atendível, atendendo a que é “*indifferente per la società l'identità di colui che percepisce gli utili*”). Entre nós, estas limitações ao exercício dos direitos sociais deverão ser admitidas, tendo em conta a admissibilidade da própria limitação à oneração das participações sociais, sendo-o com as mesmas restrições que vigoram para estas últimas (sobre estas, vide anteriormente no texto).

<sup>2428</sup> Neste sentido, Stefano Poli, ob. cit., pág. 130 e segs., assegurando que a titularidade dos direitos sociais por parte do credor não o dispensa da observância dos “*indici legali di legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, nonché, più in generale, i precetti che determinano le regole organizzative della società per azioni, che risultano applicabili al titolare del diritto sociale in virtù di un diritto reale limitato sull'azione*”.

<sup>2429</sup> Conforme salienta Soveral Martins, ob. cit., pág. 449 e 450, se tais cláusulas se encontrarem transcritas nos títulos ou nos registos, serão oponíveis mesmo aos adquirentes ou credores pignoratícios de boa fé (e, quanto aos de má fé, mesmo que não se tenha efectuado aquela transcrição), admitindo o Autor que tais estipulações podem ser opostas ao adquirente ou credor pignoratício, não apenas pela sociedade, como também pelo transmitente ou pelo empenhante.

<sup>2430</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 550 e segs., recusa a tese da mera ineficácia do negócio perante a sociedade, de acordo com a qual o adquirente tornar-se-ia titular das acções mas não poderia exercer pelos menos alguns dos direitos sociais que ela comporta – tese esta que invoca em seu favor, entre outros motivos, o disposto no art.º 228.º do CSC, que comina a ineficácia para os actos de cessão de quotas não consentidos - (alegando que esta posição permitiria que, perante a sociedade, o transmitente permanecesse sócio e entre as partes o titular seria o transmissário e que, por outro lado, o art.º 328.º, n.º 1, do CSC, fala, sem distinção, de limites à transmissibilidade das acções, pelo que se deve entender que esses limites respeitam tanto à transmissibilidade perante a sociedade, como perante as partes), a tese de nulidade (uma vez que os limites à transmissão das acções resultam do contrato de sociedade e não de uma norma imperativa), do acto complexo – nos termos da qual a alienação das acções é um negócio complexo, do

consagrada no n.º 1 do art.º 58.º do CVM,<sup>2431</sup> mas as mesmas valerão, *mutatis mutandis*, para a constituição de garantias.

Por outro lado, não raras vezes os sócios adoptam comportamentos que visam contornar as limitações constantes do pacto social relativamente à transmissão ou oneração das participações sociais, como sejam aos acordos fiduciários, os acordos de voto vinculado ou a representação no exercício do direito de voto.<sup>2432</sup>

---

qual faz parte também o consentimento da sociedade, sem o qual o negócio não se pode considerar concluído nem produtor de efeitos, nem mesmo entre as partes - (pois não consegue justificar os casos em que a validade do negócio está sujeita, não à autorização da sociedade, mas antes à verificação de determinados requisitos, sendo certo que a lei – cfr. art.º 328.º do CSC – reserva um tratamento idêntico para ambas as situações), a *Spaltungstheorie*, que admite a transmissão de alguns direitos sociais para o adquirente – nomeadamente os patrimoniais -, enquanto outros permaneceriam em poder do transmitente, especialmente os susceptíveis de influenciar os destinos da sociedade e a qualidade de accionista (pois a tal se opõe o princípio da indivisibilidade das acções, da qual decorre a sua incidibilidade) e a teoria que admite a criação de um *trust* (aludindo à falta de um regime legal desta figura e concluindo que a mesma conflitua com o princípio da tipicidade dos direitos reais). O Autor sustenta, partindo do regime da cessão de créditos (mais concretamente do art.º 577.º, nos termos do qual a cessão não é admitida se for interdita por convenção das partes), que quando as convenções proibitivas da cessão forem oponíveis ao cessionário (o que sucede no caso das cláusulas limitadoras da transmissão das acções), a transmissão realizada contra aquela proibição “*torna lícita a recusa do registo da transmissão das acções tituladas nominativas referido no n.º 1 do art.º 102.º do CVM e bem assim a recusa do registo na conta do adquirente quanto às acções escriturais nominativas*” (uma vez que a sociedade, o intermediário financeiro que a represente ou outras entidades registadoras podem opor aos adquirentes a existência desses limites): ora, sendo o registo condição para que a transmissão se opere, o transmitente permanece titular (se as acções são tituladas, o transmitente tem direito a exigir a restituição do título que tivesse sido entregue, não podendo a sociedade impedi-lo de exercer os direitos inerentes às acções; se, pelo contrário, são escriturais, importa distinguir consoante o registo seja efectuado junto da sociedade emitente ou um seu representante – caso em que aquela sociedade pode controlar os registos que são ou não efectuados – ou, pelo contrário, junto de um único intermediário financeiro ou integradas em sistema centralizado, como sem o registo da aquisição a favor do transmitente não se pode efectuar o registo a favor do transmissário – princípio do trato sucessivo, consagrado no art.º 70.º do CVM – e “*Na conta de registo individualizada do transmitente das acções escriturais nominativas estarão transcritas as limitações à transmissibilidade das acções*”, deverá ser recusado a favor do adquirente – cfr. art.º 77.º, n.º 1, alínea c), do CVM – em violação de tais limitações).

<sup>2431</sup> Todavia, como realça Soveral Martins, ob. cit., pág. 578 e segs., a protecção do terceiro encontra-se condicionada à sua boa fé (traduzida no conhecimento efectivo – e não no mero desconhecimento culposo, uma vez que a ideia subjacente ao preceito é a protecção do comércio jurídico e esta é mais cabalmente assegurada se os terceiros puderem invocá-lo ainda que o seu desconhecimento seja culposo e, por outro lado, porque do regime geral da posse vertido no art.º 1260.º, n.º 1, decorre que a posse se considera de boa fé quando o possuidor ignorasse, ao adquiri-la, lesar o direito de outrem - da falta de legitimidade do transmitente), a quem não possuísse legitimidade para o efeito (abrangendo os casos em que o sócio não é titular das acções ou, ainda, as hipóteses em que desrespeita cláusulas do pacto social que limitam a transmissão das participações, mas não os casos de incapacidade – v.g. dos menores, interditos e inabilitados – ou de problemas que afectam a criação da participação ou da sua representação – v.g. falsificação do título), respeitadas que sejam as regras de transmissão aplicáveis (consoante se trate de acções tituladas ou escriturais): verificados estes requisitos, o adquirente torna-se proprietário das acções.

<sup>2432</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 589 e segs., relata que, no primeiro caso, o titular das acções permanece como tal por conta do interessado em adquirir (ou até uma aquisição por terceiro, que actua por conta de outro interessado em adquirir abrangido pelas limitações estatutárias), no segundo um sócio aceita votar no sentido determinado por outrem e no terceiro atribui-se a outrem um mandato para representar o sócio no exercício do direito de voto. Chamado a pronunciar-se sobre a validade deste tipo de estratégias, duvida dos acordos fiduciários (não apenas pela provável violação do princípio da taxatividade dos direitos reais, mas ainda pela possibilidade de estes acordos serem negócios simulados, que encobrem outro efectivamente desejado e proibido), aceita as segundas quando se destinem apenas a procurar obter consensos quanto ao sentido de voto ou quanto ao seu exercício sobre determinadas matérias ou em certo período de tempo (mas já não quando não tenham limite de assunto ou de duração, ou quando tenha um conteúdo vago e indeterminado ou se prove que constitui um expediente para contornar a limitação

Noutra ordem de considerações e no que respeita os direitos inerentes à participação,<sup>2433</sup> estes só podem ser exercidos pelo credor pignoratício quando assim for convencionado pelas partes (n.º 4 do art.º 23.º do CSC),<sup>2434</sup> solução esta preconizada igualmente pelo n.º 4 do art.º 81.º do CVM.<sup>2435</sup>

Esta solução, parcialmente distinta de outros ordenamentos estrangeiros - alguns dos quais, como é o caso do direito espanhol,<sup>2436</sup> estabelecem um regime idêntico, mas

---

estatutária de transmissão das acções) e, quanto às últimas, desconfia das representações perenes e das procurações irrevogáveis e sem limite temporal.

<sup>2433</sup> Como bem nota Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 99 a 101, a titularidade de uma participação social envolve também uma série de obrigações, cujo cumprimento, em caso de colocação em penhor de tais participações e por força do silêncio da lei, será da responsabilidade do sócio empenhante. Contudo, tendo em conta que o incumprimento de alguns desses deveres pode prejudicar o credor pignoratício, sobretudo quando lhe tenham sido atribuídos alguns direitos sociais (pense-se nas proibições de distribuição de lucros aos sócios em mora ou de exercício do direito de voto aos accionistas que não tenham realizado a prestação de entrada – cfr. art.ºs 27.º, n.º 3 e 384.º, n.º 4, ambos do CSC), cabe a este a faculdade de os cumprir em vez do sócio, por força do interesse directo que tem na satisfação dos créditos decorrentes do não cumprimento daquelas obrigações, sub-rogando-se nos direitos deste para com a sociedade (cfr. art.ºs 593.º), embora este novo crédito contra o sócio devedor não se encontre garantido pelo penhor.

<sup>2434</sup> O mesmo regime parece valer para o penhor de obrigações, designadamente a atribuição ao credor pignoratício dos juros das obrigações (aqui sem dúvidas, por força da inexistência de preceito análogo ao n.º 4 do art.º 23.º do CSC), oferecendo mais dúvidas o direito de o titular das obrigações as converter em acções ou de separar os *warrants*. Na primeira hipótese, o exercício daquele direito pelo titular das obrigações extingue o objecto da garantia, mas o facto de essa extinção ser acompanhada de um aumento de capital, fará com que o penhor passe a assegurar automaticamente as novas acções (ao menos quando tal se afigure necessário para a manutenção do valor da garantia). Tratando-se de *warrants*, o não exercício do direito de subscrição, cumulado com a sua não separação da obrigação para negociação autónoma, conduziria à caducidade do *warrant*, a qual também prejudicaria o credor pignoratício, pelo que se deve admitir a separação do *warrant* pelo seu titular e, uma vez verificado tal facto, permitir ao credor requerer o reforço da garantia na proporção devida (vide, a este respeito, Fazenda Martins, ob. cit., págs. 118 e 119).

<sup>2435</sup> Acrescentando o art.º 83.º que o exercício desses direitos pode ser exercido através da entidade registadora ou, caso contrário, será necessário apresentar os certificados de registo previstos no art.º 78.º. Pode colocar-se a questão de saber se o acordo de atribuição do exercício dos direitos sociais ao credor pignoratício se encontra sujeito a registo, nomeadamente quando tal formalidade for exigível para a transmissão ou oneração dos mesmos. Sofia Maltez, ob. cit., pág. 31, entende que “*tendo as partes convencionado o exercício dos direitos sociais pelo credor pignoratício, de nada adianta a este ter o registo e o respectivo certificado em como foi constituído o penhor, se desse registo não constar também que ele tem legitimidade para o exercício dos direitos. Assim, se as partes nada estipularem, não levando qualquer convenção sobre o exercício dos direitos a ser registada, então nesses casos quem tem legitimidade para o exercício dos direitos é o próprio titular das acções. Se as partes convencionarem que os direitos serão exercidos pelo credor pignoratício, nesse caso entendemos que essa convenção tem que ser registada, de modo a que haja legitimidade para o exercício*”.

<sup>2436</sup> Nos termos do art.º 72, n.º 1, da lei espanhola das sociedades anónimas, a regra é igualmente a da atribuição dos direitos sociais ao titular das acções, mas não é lícito a este convencionar com o credor pignoratício o exercício daqueles direitos, pois tal atribuição apenas pode competir aos estatutos da sociedade (consagra a mesma solução para as sociedades de responsabilidade limitada o art.º 37.º da LSRL), muito embora Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 223, saliente que uma alteração estatutária que venha revogar a prévia outorga de direitos sociais na vigência de uma relação pignoratícia não deve ser consentida (pois significaria um defraudar das legítimas expectativas do credor que havia efectuado um empréstimo confiando na atribuição de certos direitos sociais), excepto quando se trate de acções ao portador (pois, se assim for, a sociedade pode não ter conhecimento da constituição da garantia, pelo que será de todo conveniente ao credor notificar a sociedade da constituição de penhor sobre este tipo de bens). A *ratio* da exigência de alteração por via estatutária (e não meramente contratual), pode buscar-se no desejo de “*velar en todo momento por los intereses de la sociedad, manteniendo un régimen uniforme frente a todas las prendas, e imponiendo la voluntad social por encima de la particular, debiendo de este modo constar la atribución de los derechos al acreedor prendario explícitamente en los estatutos, sin que sea suficiente lo establecido en el título constitutivo de la relación prendaria. La finalidad última que*

apenas admitem o seu afastamento por norma estatutária (sendo, porém, discutível qual o alcance que tal disposição estatutária possa assumir)<sup>2437</sup> enquanto outros estabelecem uma repartição dos diversos direitos sociais (como o direito italiano)<sup>2438 2439</sup> - e de

---

*persigue el precepto es evitar el entorpecimiento del buen funcionamiento de la sociedad. Ésta no puede ni tiene qué entrar a examinar o indagar el título constitutivo cada vez que se produce un gravamen, pero sí puede limitar la autonomía de la voluntad de éstos si conculcan el régimen estatutario”* - Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 300. Coloca-se a questão de saber se os estatutos poderão determinar que a legitimação para o exercício dos direitos sociais caberá ao sujeito determinado no título constitutivo da garantia, ou seja, remetendo os estatutos para o acordo das partes contraentes no penhor (responde negativamente Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 301). Para uma crítica a este preceito, vide Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 298 (alegando que o mesmo foi pensado unicamente para o direito de voto, acabando por aplicar cegamente aos outros direitos a mesma solução e que, além disso, é insuficiente – tratando diversas questões de modo superficial – não sendo a sua redacção totalmente clara). Para terminar, resta mencionar uma controvérsia acerca da possibilidade de a sociedade, caso a caso e por sua conta e risco, renunciar à protecção legal e/ou estatutária que decorre da atribuição da legitimação para o exercício dos direitos sociais ao sócio (nomeadamente permitindo o exercício desses direitos a quem o título constitutivo da garantia conferisse tal prerrogativa), hipótese esta recusada por Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 302 e 303, alegando que tal significaria *“atribuir a la sociedad una potestad arbitraria de derogación singular de sus estatutos, desprotegiendóse no sólo ella, sino a otros terceros que confían en el correcto proceder de la sociedad”* (considerando assim inválidas, quer as cláusulas estatutárias que remetam para o título constitutivo da garantia a definição da legitimidade para o exercício dos direitos sociais, quer, por maioria de razão, as decisões societárias tomadas neste mesmo sentido na ausência de norma estatutária sobre aquela legitimação). Por seu turno Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 322 e segs., não deixa ainda de fazer referência a uma corrente jurisprudencial que admite excepcionalmente a prevalência do título constitutivo do penhor sobre as normas estatutárias, permitindo, por exemplo, que a sociedade, caso a caso e a seu próprio risco (isto é, sujeitando-se a que quem exerça esse direito não fosse o seu titular, hipótese na qual não poderá alegar ter sido o seu erro justificado), consinta o exercício dos direitos sociais a quem conste daquele título constitutivo (o Autor contesta este entendimento, alegando que o mesmo repousa na identificação da *ratio legis* única do regime vertido no art.º 72.º da LSA na protecção da sociedade, contraponto que *“protegen también a los demás terceros, que podrán confiar en que la sociedad actuará de esa forma en relación a las prendas que existan sobre sus acciones”*).

<sup>2437</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 322 e segs., (depois de notar que a possibilidade dos estatutos afastarem o regime legal responde a um duplo objectivo de impor um funcionamento uniforme perante a sociedade de todos os penhores sobre as suas participações e, por outro lado, de determinar que seja a vontade da maioria dos sócios – e não das partes no contrato de garantia – quem decida sobre a legitimação perante a sociedade), entende que tais disposições estatutárias têm um limite, qual seja o de *“no permitir soluciones que dificulten el buen funcionamiento de la sociedad”*, por ser esta a finalidade da norma legal que confere ao pacto social esta competência (com base neste critério, o Autor reconhece como válida a atribuição de todos os direitos sociais ao credor pignoratício, mas não que se remeta a distribuição dos direitos sociais para o título constitutivo de cada penhor ou a atribuição conjunta de um ou mais direitos sociais, nem tão pouco a atribuição de alguns direitos sociais ao sócio e outros ao credor pignoratício, por analogia, nesta última hipótese com a obrigatoriedade de em situações de contitularidade ser nomeado um representante comum para o exercício dos direitos sociais).

<sup>2438</sup> O art.º 2352.º do CCI distingue entre o direito de voto (que atribui, salvo convenção em contrário, ao credor pignoratício - cfr. n.º 1), o direito de opção (que é concedido ao sócio - cfr. n.º 2, acrescentando o n.º 3 que, em caso de aumento capital por incorporação de reservas, o penhor passa a abranger as acções resultantes da nova emissão) e os demais direitos administrativos (que são, salvo disposição do título ou decisão judicial em contrário, conferidos a ambos – cfr. n.º 6): de fora ficam outros direitos de conteúdo económico, o mais importante dos quais é o direito aos lucros, em relação aos quais a lei não se pronuncia. Stefano Poli, ob. cit., págs. 42 e 42, justifica a solução legal com a necessidade de antepor as exigências de ordem prática ao rigor dogmático, consagrando uma solução que contenha menores obstáculos na legitimação para a intervenção e votação nas assembleias gerais, uma vez que a tal legitimação é atribuída ao possuidor dos títulos (todavia, o mesmo Autor considera que tal justificação tenha ficado sem efeito pela posterior imposição da nominatividade obrigatória das acções das sociedades com sede em Itália). Contra a legitimação conjunta pode objectar-se que esta consagra o exercício dos mesmos poderes, respeitantes a uma mesma participação, por mais do que um sujeito e, por outro lado, violaria o princípio da paridade de tratamento entre as diversas participações sociais (Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 230 e segs., refuta – a propósito dos direitos de impugnação das deliberações sociais, de

outras sugestões,<sup>2440</sup> pode fundamentar-se na função exclusivamente garantística da constituição do penhor, para cuja protecção não se torna premente a atribuição dos direitos sociais inerentes ao bem empenhado (com o inevitável imiscuir de um estranho

---

denúncia das infracções praticadas e, em geral, aos direitos inspectivos - ambas críticas, assegurando, quanto à primeira, que a sociedade não será o sujeito passivo contraposto ao exercício de tal direito, mas antes podendo retirar inegáveis vantagens do exercício de tais direitos; quanto à segunda crítica, contrapõe que tal princípio não pode ser invocado quando “*si tratti di facoltà che interessano la sorveglianza sul legittimo e corretto operare degli organi amministrativo e di controllo, o sulla legittimità delle deliberazioni assembleari, laddove v'è anzi interesse per i partecipanti uti singuli e come collettività*”, pois “*non comportano dei vantaggi per il partecipante che siano commisurati all'entità della quota*”). Tendo em conta que este n.º 6 apenas foi introduzido em 2003, anteriormente o entendimento prevalecente era o de atribuir ao sócio a generalidade dos direitos sociais, com excepção do direito de voto, único expressamente concedido ao credor (assim, Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 28, nota 40). Dúvidas colocavam-se quanto à aplicação deste preceito às sociedades por quotas, sendo a posição maioritária a que defendia essa aplicação (aludindo a alguns arestos que respondem afirmativamente à questão, vide Roberto Weigmann, ob. cit., págs. 212 e 213), enquanto outros a recusam (é o caso de Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 215 e segs., especialmente no que respeita ao segmento do preceito que atribui o direito de voto ao credor pignoratício, alegando que a *ratio* do preceito – o facto de, normalmente, o credor pignoratício ter a posse dos bens empenhados, circunstância esta decisiva para o exercício daquele direito - não justifica a sua aplicação às sociedades por quotas, nas quais a legitimidade para votar depende apenas da inscrição no livro dos sócios, sem necessidade da entrega dos títulos ao credor, concluindo pela outorga do direito de voto ao sócio, tendo em conta que “*la penetrazione di un estraneo in assemblea e l'esercizio da parte sua del voto, possa esser cagione di perturbamento nella vita della s.r.l.*”). Actualmente, todavia, tais dúvidas dissiparam-se, uma vez que o art.º 2468.º do CCI determina, de modo inequívoco, a aplicação do art.º 2352.º ao penhor de quotas.

<sup>2439</sup> A respeito do preceito que, no direito italiano, regula o penhor de acções, opõem-se várias teorias: uma primeira, dita “*dominical*”, nos termos da qual a atribuição do direito de voto e de outros direitos sociais de natureza administrativa fundamenta-se nas regras gerais do penhor, mais concretamente nos deveres de custódia e de conservação que impendem sobre o credor pignoratício; outra, chamada “*societária*”, de acordo com a qual para a interpretação do art.º 2352.º se deverá recorrer às normas de direito societário, procedendo a uma equiparação, no que respeita ao exercício do direito de voto e de outros direitos sociais administrativos, entre a posição do credor e a do sócio (“*salvo che non vi sia discrepanza tra la ragione per cui lo specifico diritto è attribuito e il tipico interesse di garanzia per cui il creditore pignoratizio viene inserito nell'organizzazione sociale*”); outra, apelidada de cartular, justifica o regime legal seria uma consequência decorrente da posse dos títulos por parte do credor pignoratício; uma última qualificando o penhor de acções como uma *fattispecie* complexa, para cuja compreensão será necessário coordenar as anteriores perspectivas (as quais, isoladamente, são insuficientes, a primeira por desconhecer os limites societários ao desenrolar da relação pignoratícia e a segunda por contrariar o princípio da tipicidade dos direitos reais, na vertente do conteúdo dos mesmos) – esta última é a adoptada por Stefano Poli, ob. cit., pág. 51 e segs (escrevendo que o penhor de acções “*è una fattispecie funzionalmente complessa, caratterizzata dalla tutela di un interesse di matrice pignoratícia (e, quindi, latamente dominicale) all'interno di un'organizzazione avente una fonte, una struttura ed una disciplina diverse ed ispirate ad una finalità (circolazione invece che conservazione della ricchezza) potenzialmente antinamica a quella sottesa alla normativa in tema di diritti reali*”): nesta conformidade, será necessário, em primeiro lugar, definir a titularidade dos direitos sociais no âmbito da relação entre o credor e o devedor e, em seguida, resolver as questões atinentes à oponibilidade daquela titularidade, o que pode obrigar a uma revisão das soluções adoptadas “*qualora in tal fase emergano degli interessi, connessi al vincolo associativo, che possano ritenersi prevalenti rispetto a quelli del rapporto di garanzia*”). Naturalmente que, adoptando a primeira tese, o preceito em questão será considerado como de especificação do regime geral do penhor, ao passo que perfilhando a segunda a dita norma surgirá como uma norma excepcional (acerca destas diversas posições e considerando que a jurisprudência se parece inclinar para a primeira, vide Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 67 a 71 e Stefano Poli, ob. cit., pág. 44 e segs.).

<sup>2440</sup> Outra solução possível seria, particularmente no que se refere ao direito de voto, a suspensão do direito na vigência da relação pignoratícia, mas, como salienta Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 215, nota 29, tal suspensão “*avrebbe comportato delle conseguenze assai pregiudizievole per la vita sociale, specie quando il pacchetto azionario gravato dal vincolo reale fosse stato di tale entità da impedire il raggiungimento delle maggioranze per deliberare*”.

na vida da sociedade), mas tão só assegurar da sua conservação,<sup>2441</sup> argumentação esta que pode ser combatida invocando o prejuízo que a mesma acarreta para o credor pignoratício.<sup>2442</sup>

Todavia, ao menos em algumas situações, o titular das acções empenhadas necessita, em ordem ao exercício dos direitos sociais, da colaboração do credor pignoratício (nomeadamente quando estejam em causa acções tituladas nominativas e seja imperiosa a apresentação dos títulos empenhados para o efeito, títulos esses que se encontram, em virtude da constituição da garantia, em poder do credor pignoratício) - porém, a necessidade desta colaboração pode colocar em causa a própria subsistência da garantia<sup>2443</sup>

---

<sup>2441</sup> Sem que, todavia, a solução legal deixe desprotegido o credor pignoratício pois, como expõe Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 92 a 95, esse desiderato poderá ser alcançado, pelo menos de quatro formas: o dever do sócio agir de boa fé (por força do qual deverá informar o credor de todos os factos passíveis de afectar a consistência da garantia, como sejam, a aprovação de deliberações de aumento ou redução de capital ou a existência de factos susceptíveis de desencadear a sua exclusão de sócio ou a sua exoneração), a perda da disponibilidade das acções por parte do sócio, no seguimento da constituição da garantia (quer para as acções tituladas ao portador, para cuja dação em penhor se exige a entrega do título, assim impedindo novas onerações ou alienações, quer para as tituladas nominativas ou escriturais, em relação às quais o registo da garantia limita novos actos de disposição – por força impossibilidade de transmissão e, caso tenha sido emitido um certificado para o exercício de direitos sociais, do seu bloqueio, nos termos dos art.ºs 204.º, n.º 1, alínea a) e 72.º, n.º 1, alínea a), do CVM, respectivamente – e, ainda que ocorra a sua transmissão, o registo do penhor torna a garantia oponível a eventuais terceiros adquirentes), o direito do credor exigir o reforço ou substituição da garantia ou o cumprimento imediato da obrigação (nos termos dos art.ºs 670.º, alínea c) e 701.º, para assim reagir contra desvalorizações do valor das acções dadas em garantia resultantes de flutuações bolsistas ou da não subscrição de aumento de capital por parte do sócio empenhante) e de exigir a venda antecipada da mesma (quando haja fundado receio de perda ou deterioração do bem empenhado – por exemplo, no caso de o sócio se recusar a prestar informações sobre a situação do bem empenhado ou votar favoravelmente deliberações susceptíveis de influenciar negativamente o valor das acções dadas em penhor - nos termos do mesmo art.º 670.º, alínea c) e do art.º 1013.º do CPC).

<sup>2442</sup> Conforme salienta Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 320 a 322 (e apesar de ressaltar que as norma legal atributiva dos direitos sociais aos sócios “no quiere decir que todas los derechos correspondan al socio, sino que, frente a la sociedad, el legitimado para su ejercicio será éste último (...) en la relación intena pueda existir un reparto de facultades” e ainda que tal norma possa ser afastada, mesmo no plano das relações externas, por cláusula estatutária em contrário), tal solução “provoca un claro desequilibrio entre la posición del titular de las acciones y del acreedor pignoraticio. Todo ello porque éste último queda prácticamente excluido de cualquier tipo de relación directa con la sociedad emisora, con lo que los posibles abusos que pudiera realizar el socio en el ejercicio de los derechos sociales sólo podrán ser paliados inter partes con una acción de daños”. O Autor justifica a solução legal com o facto de o legislador, apesar de ter elaborado a norma em sentido lato para todos os direitos sociais, ter tido unicamente em mente o direito de voto, pelo que propõe uma interpretação flexível do preceito, de modo a alcançar resultados diversos para direitos sociais como os dividendos, de subscrição preferencial (recorrendo, para o efeito, à aplicação analógica das normas ditadas para o usufruto de acções)

<sup>2443</sup> Como bem nota Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 71 e 72, sendo empenhadas acções tituladas ao portador não depositadas, o exercício dos direitos sociais a elas inerentes depende da respectiva exibição (em face do direito espanhol, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 327, realça como a questão se coloca a respeito dos títulos ao portador – “porque aquí para el ejercicio de los derechos sociales es siempre necesaria la exhibición de los títulos o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad adherida” - , enquanto para os nominativos a colaboração restringe-se à inscrição do penhor no livro dos sócios): ora, como o penhor destas acções implica a entrega das mesmas ao credor, o empenhador terá que solicitar a este a restituição destas para aquele efeito, simplesmente tal restituição poderá conduzir à extinção da garantia, por força do disposto no art.º 677.º. Para colmatar esta brecha e quando se trate de acções escriturais, poderá o sócio empenhante exibir os certificados emitidos pela entidade competente atestando a sua titularidade dos valores mobiliários ou, em alternativa, permitir que o exercício dos direitos sociais seja levado a cabo pelas próprias entidades depositárias encarregues dos registos (defende estas duas soluções Pries Picardo, ob. cit., pág. 711 e segs., sugerindo que a segunda



Em termos mais amplos, poder-se-á afirmar a existência de limites ao exercício dos direitos sociais, independentemente de os mesmos serem exercidos pelo sócio devedor ou pelo credor pignoratício.<sup>2444</sup>

---

alternativa se mostra mais apta para os direitos económicos e a primeira para os direitos políticos). Já Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 327 e 328, entende que o problema não se coloca nas acções representadas através de anotações em conta (porque os certificados de legitimação o resolvem), mas apenas nas tituladas, devendo ser solucionado através da apresentação das acções por parte do credor à sociedade (e não mediante a entrega ao sócio empenhante, pois tal comportamento conduz à extinção da garantia). Por seu turno, Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, pág. 672, destaca como este dever de colaboração se projecta de modo diverso nas acções tituladas ao portador (devendo o credor entregar ao sócio empenhante os títulos, já que a exibição destes é condição de exercício de diversos direitos sociais) e nominativas (em que a exibição – e, por consequência, a entrega ao sócio – apenas é exigida para a inscrição no livro dos sócios, pois a partir daí será esse sujeito o legitimado) e as escriturais (em que a colaboração é dispensada, tendo em conta que a legitimação se fará através da exibição dos certificados expedidos pelas entidades competentes). Por último Diaz Moreno, *ob. cit.*, pág. 415 e segs., destaca como, nos valores escriturais, o exercício dos direitos sociais de natureza patrimonial se fará através da entidade encarregue da gestão dos valores empenhados (que acabará por incluir na conta do sócio os valores ou o dinheiro a receber por força da sua posição de sócio), enquanto para os direitos políticos será suficiente a exibição dos certificados de legitimação emitidos pelas entidades responsáveis pelo registo da garantia (sendo certo que a lei proíbe a emissão, para os mesmos valores e para o exercício dos mesmos direitos sociais, de mais de um certificado). A conclusões idênticas chega Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 311 a 314, destacando como para os títulos ao portador a exibição do título é condição necessária e suficiente para o exercício dos direitos sociais, que nas acções nominativas a apresentação do título só será necessária para a inscrição do penhor no livro de registo dos sócios (sendo, em qualquer dos casos, imperiosa a colaboração do credor, enquanto detentor do título, a qual se poderá concretizar de duas formas, “*o bien presentando directamente las acciones ante la sociedad, o bien entregándolas a su deudor-socio para que éste sea quien las presente*”, não configurando nenhuma destas condutas uma renúncia à garantia – ou a extinção do penhor por perda da posse do bem empenhado por parte do credor pignoratício – embora advirta para o perigo de o devedor, na sequência da devolução do título por parte do credor, o entregar a terceiro, dando o Autor menciona duas posições contrárias: uma, considerando o terceiro como não estando de boa fé – e, desse modo, não podendo gozar da protecção da regra posse vale título para fazer prevalecer o seu direito sobre o do credor pignoratício; outra, dando prevalência à autonomia cambiária do título, privilegiando a posição do terceiro), enquanto nas acções escriturais aquele dever de colaboração se dilui, na medida em que o legislador prevê um instrumento legitimador alternativo, o certificado de legitimação (para além disso, o Autor entende que a violação do dever de colaboração implica o pagamento dos danos causados por essa conduta, admitindo até que à contraparte assista o direito de resolver o contrato com fundamento em incumprimento de obrigações acessórias ou conexas com a principal). Finalmente, De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, pág. 240 e segs., entende que, quando estamos perante participações sociais que assumam a forma escritural, o dever que impende sobre o credor de facilitar o exercício dos direitos sociais por parte do sócio devedor se encontra esbatido, uma vez que os direitos económicos serão exercidos através da entidades encarregues do registo das participações, a quem cabe cobrar quaisquer prestações de natureza pecuniária (devendo o sócio, titular desses direitos, dirigir-se à entidade registadora e não à sociedade emitente, devendo esta cumprir as ordens dadas pelo sócio relativamente à forma de exercício de tal direito: todavia, ainda que se considere que os dividendos são frutos – para efeitos de aplicação de presunção anticrética e da possibilidade de compensação, nos termos do art.º 1868.º do CCE – a entidade registadora não os deverá entregar directamente ao credor, uma vez que o pacto anticrético apenas se presume quando o credor se encontra em poder do bem onerado), enquanto os políticos serão exercidos mediante a apresentação de certificados de legitimação emitidos pela entidade encarregue do registo (bastando a emissão de um único certificado para o exercício destes direitos, sem necessidade de um para cada direito).

<sup>2444</sup> Como salienta Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 295 a 297, o limite mais óbvio decorre da proibição de exercício dos direitos sociais com o intuito de prejudicar a contraparte na relação de garantia. Nesta conformidade, quando tal exercício caiba ao credor, decorre do regime geral do penhor que sobre ele impende um dever de conservação do bem onerado, dever este que deverá prevalecer (salvo casos excepcionais) sobre um eventual interesse contrário do sócio (“*cuando este conflicto se verifique, debe prevalecer el interés del acreedor a la conservación de la acción, puesto que el eventual interés del socio que trascienda el de la conservación, está jurídicamente subordinado a la misma, no pudiendo el acreedor en cuanto preordenato por la esencia misma del derecho de prenda a la tutela del crédito, sufrir limitaciones por el solo hecho del contraste con los intereses del deudor dador de la prenda*”), com

Todavía e salvo melhor juízo, estas normas legais e estatutárias (cfr. art.º 328.º, n.º 2, do CSC) que atribuem ou limitam os direitos sociais apenas curam da legitimidade para o exercício desses direitos perante a sociedade (relações externas),<sup>2445</sup> sendo a questão da titularidade desses mesmos direitos regulada no título constitutivo do penhor ou, no silêncio deste, supletivamente pelo regime legal das participações sociais e do próprio penhor (relações internas).<sup>2446</sup>

---

o limite resultante de “*que el acreedor no deba usar la acción sólo para perjudicar al socio-deudor sin ventaja objetiva para la acción*”, até porque “*no constituye actividad de conservación el uso de la acción que no sirva a la participación social, es decir, que sirva sólo para dañar al socio*”. Quando, ao invés, seja o sócio a exercer os direitos sociais, deve fazê-lo “*no en el propio interés personal, sino en aquél, siempre personal pero uti socius; y sólo este último interés se adapta perfectamente a la finalidad de conservación que al acreedor debe precisamente perseguir*”.

<sup>2445</sup> A diferença entre o ordenamento português e o espanhol é que entre nós a legitimidade, legalmente estabelecida, para o exercício dos direitos perante a sociedade (relações externas) pode ser alterada por decisão das partes no título constitutivo que, desse modo, acaba por influenciar, não apenas as relações internas, como também as relações externas (pelo contrário, no direito espanhol as partes não dispõem de poder para afectar as relações externas determinadas por lei, as quais só podem ser alteradas por decisão estatutária).

<sup>2446</sup> Como bem nota Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 632 e segs., cumpre dissociar as relações externas (dos contraentes do penhor com a sociedade), das relações internas (entre os sujeitos da relação pignoratícia): estas últimas regem-se, no essencial, pelo disposto no título constitutivo da garantia (e, em caso de silêncio deste, pelas mencionadas regras legais e, ainda, pelas constantes do regime geral do penhor), enquanto as primeiras, implicando sobretudo uma questão de legitimação perante a sociedade (de modo que “*la sociedad no tenga que indagar en las relaciones internas (...) para saber a quién o a quiénes corresponde el ejercicio de los derechos sociales*”), valerá o disposto na lei ou, porventura, nos estatutos (ou, nas palavras de Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., pág. 672, os estatutos terão que deixar intocada a questão da titularidade – por violação do art.º 48.º da LSA que atribui ao titular das acções a condição de sócio - versando unicamente sobre a legitimidade para o exercício dos direitos, assim tutelando os interesses societários e de terceiros que não terão que conhecer os pactos celebrados no domínio das relações internas). Nesta conformidade e como salienta o mesmo Autor (cfr. Prenda cit., pág. 205 e segs.), a norma legal que atribuir os direitos sociais ao sócio tem carácter supletivo, apenas podendo ser afastada por cláusula estatutária em contrário, podendo suceder que o título constitutivo do penhor confira ao credor determinados direitos sociais, mas nada conste dos estatutos a esse respeito, caso em que a estipulação contratual não produzirá efeitos para com a sociedade, que continuará a considerar como legitimado para o exercício dos direitos sociais o sócio (desta exclusão pode derivar “*un claro desequilibrio de la posición de los otorgantes de la prenda, con lo que los posibles abusos sólo podrán ser garantizados inter partes a través de una acción de daños*”). Poderá, igualmente, surgir, embora mais raramente, a hipótese inversa de o título constitutivo legitimar o sócio – ou de nada dizer – e os estatutos atribuírem o mesmo direito ao credor, caso em que se aplicará o mesmo princípio e a sociedade apenas reconhecerá este último, por ser a quem o pacto social legitima (em suma, “*a través de la conexión entre las disposiciones estatutarias y las contenidas en el título constitutivo de la garantía, el acreedor pignoraticio estará en condiciones de conocer la verdadera dimensión de su derecho, de forma que los otorgantes han de establecer de antemano sus relaciones con la claridad necesaria al objeto de obtener una debida adecuación entre las relaciones externas e internas de modo que la legitimación formal que estas relaciones entrañan queden debidamente coordinadas con la relación jurídico-societaria a cuyo desenvolvimiento atienda, que no dificulte el ejercicio e la legitimación de los derechos que en buena lógica deseen atribuir a uno u otro*”). Em termos aproximados, para Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 306 a 310, não fora a existência do art.º 72.º da LSA e qualquer penhor de acções constituído nos termos do direito comum seria oponível à sociedade emitente, mesmo que esta não tivesse tido conhecimento da sua existência (excepto quanto se tratasse de títulos nominativos, para os quais a lei impõe a obrigação de inscrição no livros dos sócios do penhor): ora, é precisamente para evitar que a sociedade possa ser apanhada de surpresa que o mencionado preceito vem estabelecer, salvo disposição em contrário dos estatutos, as condições para o reconhecimento societário da pessoa legitimada para o exercício dos direitos sociais inerentes às acções dadas em penhor (as relações externas), podendo tal solução ser, supletivamente e em caso de silêncio do título constitutivo, extensível às relações entre as partes na relação de garantia (relações internas), mas apenas para colmatar lacunas do regime geral do penhor (ou seja, para este Autor, as relações internas regular-se-ão, em caso de silêncio do título constitutivo, pelo regime geral do penhor e apenas quanto às lacunas deste pelo art.º 72.º da LSA). Por

Por outro lado, registre-se que nada se opõe a que, de entre os diversos direitos sociais, alguns sejam exercidos pelo credor pignoratício, enquanto outros permaneçam sob a alçada do sócio empenhante,<sup>2447</sup> solução esta, aliás, consagrada, como se verá, na lei italiana.

A norma lusa em questão, apesar da sua formulação genérica, apenas menciona expressamente, de entre a panóplia de faculdades que assistem ao titular da participação social,<sup>2448</sup> o direito aos lucros,<sup>2449</sup> solução esta divergente da consagrada, por exemplo, no ordenamento italiano,<sup>2450</sup> mas idêntica à vigente no direito espanhol.<sup>2451</sup>

---

último, o mesmo Autor salienta que nem mesmo o sujeito legitimado frente à sociedade (no plano das relações externas) poderá exercer os seus direitos como queira, mas antes tendo em conta o interesse da contraparte no contrato de garantia (ou seja, “*existen facultades que según las relaciones internas son de ejercicio conjunto, pero que frente a la sociedad se ejercerán exclusivamente por una sola parte, lo que no modifica que ésta última deba realizarlo en interés de ambos*”, sendo que, se o não fizer, tal facto não assume qualquer relevância para com a sociedade, provocando apenas o dever de indemnizar a outra parte na relação de garantia). Em face do exposto, as cláusulas estipuladas pelas partes no título constitutivo da garantia não são oponíveis à sociedade, fazendo com que esta “*no tenga que indagar en las relaciones internas que unen a los distintos sujetos para saber a quién corresponde el ejercicio de los derechos sociales*”, de modo que poderá recusar legitimamente ao exercício dos direitos sociais por parte do credor pignoratício (em caso de silêncio dos estatutos), ou do sócio empenhante (quando os estatutos atribuam ao credor legitimidade para o exercício de algum direito social) - Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 294 e 295. Distingue igualmente entre as relações internas e externas De la Santa García, *ob. cit.*, pág. 130 e segs., esclarecendo que a regulamentação das primeiras cabe, salvo disposição em contrário dos estatutos, ao próprio contrato de penhor (e no silêncio deste, pelo regime legal), enquanto as segundas se regerão pela lei e, porventura, pelo disposto no pacto social.

<sup>2447</sup> Contra, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 301 e 302, invocando um suposto princípio de unificação subjectiva do exercício dos direitos do sócio.

<sup>2448</sup> Por exemplo, o art.º 21.º do CSC enumera como direitos inerentes à condição de sócio a participação nos lucros, a participação nas deliberações sociais, a informação acerca da vida da sociedade e de ser designado para os órgãos de direcção ou fiscalização da sociedade. Já o art.º 55.º, n.º 3, do CVM considera como direitos inerentes aos valores mobiliários, os dividendos, os juros e outros rendimentos (alínea a)), os direitos de voto (alínea b) e os direitos à subscrição ou aquisição de valores mobiliários do mesmo ou de diferente tipo (alínea c)).

<sup>2449</sup> Nas sociedades em nome colectivo e em face do direito italiano, Mario Buonaiuto, *ob. cit.*, pág. 4 e segs., sustenta a atribuição do direito ao lucro ao sócio sofre algumas limitações. Assim, no momento em que os sócios dão o seu consentimento à constituição do penhor, reconhecem ser o credor pignoratício o sujeito a quem devem ser distribuídos os lucros da sociedade (se, ao invés, o assentimento é prestado previamente – por exemplo, estabelecendo a livre transmissibilidade da participação – o penhor torna-se oponível à sociedade a partir do momento em que a sua constituição seja notificada à sociedade). Todavia, o citado Autor não retira do exposto a conclusão que o direito aos lucros seja irrenunciável, uma vez que “*gli utili di società, a differenza dei frutti naturali, costituiscono un diritto per il titolare a condizione che questi, in un modo o nell’altro, non vi abbia rinunciato (...)*”, pelo que o credor pignoratício “*è in possesso di una cosa fruttifera, è vero: la produzione di frutti è in ogni caso subordinata allo statuto (chiamiamolo così) cui è in concreto soggetta la cosa stessa. E nel caso di una società, le norme cui è soggetta la quota, per quanto riguarda gli utili, sono quelle poste nell’atto costitutivo, che possono variamente disciplinare la distribuzione degli utili, con efficacia vincolante per tutti i successivi acquirenti delle quote, nonchè del creditore pignoratizio*” (acrescentando, em abono da sua posição, não ser compreensível por que razão as políticas de auto financiamento da sociedade poderiam ser postas em causa unicamente em consequência do facto de um sócio ter empenhado a sua participação). Em face do direito pátrio e uma vez prestado o consentimento à constituição do penhor (art.º 182.º, n.º 1, do CSC), o penhor é válido, pelo que as partes poderão, ao abrigo do art.º 23.º, n.º 4, do CSC, convencionar a atribuição ao credor pignoratício do direito aos lucros, até porque tal atribuição em nada contende com a responsabilidade dos demais sócios e, noutro plano, não afecta o funcionamento normal da sociedade e dos seus órgãos.

<sup>2450</sup> Apesar de o art.º 2352.º ser omissivo relativamente à titularidade do direito aos lucros inerentes às acções empenhadas, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, *ob. cit.*, pág. 103 e segs., noticiam que a opinião maioritária da doutrina vai no sentido da atribuição de tal direito ao credor, independentemente de se considerar o penhor de acções como um penhor de coisa ou de crédito e de qualificar o dividendo como fruto natural ou civil, posição subscrita por Stefano Poli, *ob. cit.*, pág. 500 e segs., com fundamento na

função satisfatória da garantia, afirmando a existência de um princípio segundo o qual “*le obbligazioni pecuniarie che derivino o accedano al bene oppignorato, che non abbiano il carattere dell’aleatorietà, siano di pertinenza del creditore pignoratizio, al fine di diminuire l’entità dell’ammontare garantito*” (muito embora este último Autor prefira falar de um direito-dever que, caso não seja exercido, pode legitimar um pedido de sequestro do bem por parte do devedor). Nesta conformidade, as duas primeiras Autoras escrevem que “*il creditore ha diritto di percepire tutti i dividendi distribuiti a qualsiasi titolo durante il rapporto di pegno, salvo l’obbligo di restituire poi al socio quanto eventualmente ecceda l’ammontare del credito garantito*”, não apenas os dividendos correspondentes ao exercício social, mas também os relativos de distribuição de reservas ou outros (no mesmo sentido, Stefano Poli, ob. cit., pág. 519 e segs., assegurando que abrange “*tutti i dividendi ed relativi acconti di cui sia deliberata la distribuzione, indipendentemente dal fatto che traggano fonte da utili d’esercizio o di bilancio o riserve, sino a concorrenza del credito garantito*” e, por outro lado, que o sujeito legitimado para a cobrança dos juros é o titular do direito no momento do pagamento). Coloca-se, todavia, a questão de saber se as partes ou o próprio pacto social poderão derogar este regime (no que concerne ao direito ao dividendo futuro, uma vez que o direito ao dividendo cuja distribuição já haja sido deliberada se deverá considerar destacado da acção e, por isso, o sócio dele poderá dispor livremente): a este propósito, as Autoras citadas aceitam a primeira forma de derrogação, por entenderem que a disciplina legal não é absolutamente imperativa, admitindo mesmo que o pacto possa ter eficácia *erga omnes*, desde que seja oportunamente publicitada e não parcial em relação à mesma distribuição de rendimentos (no mesmo sentido, Stefano Poli, ob. cit., pág. 525), mas rejeitam a segunda (alegando que a titularidade do direito ao lucro não respeita ao interesse colectivo da sociedade, sendo antes um assunto da esfera individual de cada sócio, inexistindo qualquer interesse legítimo da sociedade a que o dividendo seja percebido pelo sócio ou pelo credor. Será igualmente inválida, por violação do princípio da igualdade entre as acções e da invalidade dos pactos leoninos, a cláusula estatutária que estabeleça que a quota de lucros da titularidade do credor pignoratício seja retida e permaneça no património social – em termos idênticos, Stefano Poli, ob. cit., pág. 527 e segs.). Por último, Stefano Poli, ob. cit., pág. 513 e segs., chama ainda a atenção para o facto de o credor não ser titular de um direito subjectivo à distribuição periódica de dividendos, pelo que em caso de ser dado diverso destino aos proveitos sociais, não poderá exigir à sociedade a sua quota parte dos proveitos não distribuídos (restando-lhe unicamente impugnar a deliberação social que decida o acantonamento dos lucros, designadamente quando tal prática for reiterada e ponha em causa os ditames da boa fé).

<sup>2451</sup> De acordo com a atribuição legal (cfr. art.º 72.º da LSA) genérica ao sócio devedor da legitimidade para exercer os direitos sociais correspondentes às acções empenhadas, embora Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 357, *de iure condendo* (para além de mencionar diversos Autores que, *de iure condito*, defendem a atribuição da tal legitimidade ao credor, assim evitando círculos inúteis, sendo indiferente para a sociedade pagar ao sócio ou ao credor), defenda a solução inversa, entendendo “*preferible atribuir al acreedor pignoratizio los posibles beneficios devengados dentro del período fructífero constante la prenda y, unicamente extensible a los otros rendimientos extraperiodus pignus por vía pacticia en la relación interna*” (mais especificamente, caberiam ao credor os dividendos distribuídos dentro do período de vida da garantia com recurso a reservas constituídas em razão de benefícios correspondentes a exercícios sociais integralmente abrangidos pelo penhor – cabendo ao sócio caso os benefícios respeitem a exercícios em que o penhor não se havia constituído ou já se havia extinto; caberiam a ambos, de acordo com a respectiva proporção relativamente ao total das reservas, os dividendos distribuídos no decurso da relação pignoratícia com recurso a reservas iniciadas antes da constituição do penhor, mas incrementadas na vigência deste; caberão ao sócio os dividendos repartidos fora do período de vigência de garantia com base em reservas integradas por benefícios de exercícios cobertos ou não pela relação de garantia). Todavia, para as acções escriturais e segundo Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 359, a cobrança dos dividendos far-se-á através das entidades encarregues do registo, pelo que a sociedade emitente pagará a quem constar como titular nos dados enviados pela entidade registadora (e, portanto, em caso de penhor e salvo pacto em contrário, pagará ao sócio devedor: o Autor defende que o exercício deste direito só poderá caber ao credor se este inscrever no registo a sua legitimidade para o exercício desse direito, com eventual reenvio para os acordos das partes). Contra este entendimento, insurge-se De la Santa García, ob. cit., págs. 134 e 135 (depois de reconhecer a existência do entendimento oposto, bem como de um outro que procura harmonizar as disposições civil e comercial, de acordo com o qual o sócio terá direito a receber os dividendos, mas deverá entregá-los ao credor, a fim de este os compensar com a obrigação garantida), uma vez que “*a la Sociedad le es indiferente quién sea el que perciba los beneficios; este hecho, unido a que el contrato de prenda sobre valores se remite en su regulación al derecho común, cuya normativa tajantemente el carácter anticrético del derecho de prenda, nos lleva a*

O direito aos dividendos, para além da problemática respeitante ao seu conteúdo,<sup>2452</sup> coloca uma outra questão relativa à possibilidade de o seu exercício ser afastado – no âmbito das relações externas - pelo contrato de sociedade, quando o seu titular for, nos termos das relações internas e por força de cláusula expressa contida no contrato de penhor, o credor pignoratício.<sup>2453</sup>

Contudo, a principal interrogação relacionada com o direito aos lucros prende-se com a compatibilização com o regime civil do penhor, especialmente em face do disposto, em matéria de frutos, no art.º 672.º.<sup>2454</sup>

---

*concluir que, salvo que el título de prenda disponga otra cosa, será el acreedor pignoraticio el que ejercite este derecho de cobro, para destinar lo adquirido a la compensación de le deuda”.*

<sup>2452</sup> Embora seja pacífico que o direito ao lucro tem como conteúdo mínimo o direito a participar nos lucros obtidos pela sociedade, alguns Autores adoptam uma concepção mais ampla, significando o direito do sócio à produção dos lucros e à sua distribuição (ou seja, enquanto não for deliberada a distribuição dos lucros, existe um direito abstracto ao lucro, direito este que se concretiza após a deliberação social no sentido da distribuição dos mesmos tendo, após essa data, um direito de crédito perante a sociedade). Outros, porém, sustentam que os lucros não decorrem directamente da deliberação social, mas sim da gestão social (neste sentido, Francesco Messineo, *Il dividendo come frutto dell'azione di società*, in *Rivista di diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1948, I, pág. 107 e segs., afirmando que “*la deliberazione non aggiunge nulla in materia, limitandosi ad una funzione di accertamento e non può creare una seconda volta utili già esistenti, quando ne delibera la distribuzione, quasi che il dividendo sorgesse per istantanea e miracolosa maturazione per effetto della deliberazione. L'assemblea ha, dunque, il compito di convertire gli utili in dividendi, cio è in utili distribuibili*”, até porque a deliberação social faz sempre referência a um exercício social já findo), enquanto Stefano Poli, ob. cit., pág. 495 e segs., distingue entre o direito abstracto aos proveitos e o direito concreto ao dividendo. O art.º 294.º do CSC dispõe que, salvo cláusula contratual ou deliberação social aprovada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social em assembleia geral convocada para o efeito, não poderá deixar de ser distribuído aos accionistas metade do lucro do exercício que, nos termos da lei, seja distribuível (admitindo-se que estes desvios ao regime supletivo apenas poderão servir para estabelecer um mínimo de distribuição dos dividendos superior ao mínimo legal, sendo mais duvidoso se as cláusulas poderão dispor em sentido contrário ou permitir aos sócios decidir discricionariamente pela distribuição ou não dos lucros distribuíveis ou até permitir-lhes decidir, por maioria simples, a não distribuição dos lucros ou a sua distribuição abaixo do mínimo legal), vencendo-se este crédito dos sócios 30 dias após a deliberação de atribuição dos lucros. Sobre estes aspectos, vide Sofia Maltez, ob. cit., págs. 32 a 35.

<sup>2453</sup> Negando a possibilidade de o contrato de sociedade excluir o exercício do direito aos lucros por parte do credor pignoratício, por entender que o direito aos dividendos pode ser exercido por este último sem que tal interfira no interesse da sociedade (uma vez que, nos termos do n.º 2 do art.º 328.º do CSC, apenas se poderá subordinar a constituição de penhor a requisitos relativos a esse interesse social), vide Sofia Maltez, ob. cit., pág. 35.

<sup>2454</sup> Em termos muito aproximados, a mesma problemática surgiu no direito italiano, propendendo a generalidade da doutrina para qualificar o dividendo como um fruto da acção, por isso sujeito ao regime geral dos frutos (neste sentido, Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 687, concluindo, em conformidade, que tais dividendos “*sebbene spetti all'oppegnorante, può essere incamerato dal creditore e, in tal caso, è imputato, prima alle spese e interessi e poi al capitale. Il frutto dell'azione costituita in pegno spetta al datore (socio); e il creditore pignoratizio lo percepisce, appunto come creditore utendo juribus del sócio, non come diretto avente diritto*”; Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 48, para quem tal conclusão se mantém mesmo que o penhor se tenha constituído no curso do exercício social, com a única excepção nos casos em que o penhor se extinga antes do encerramento do exercício social e da distribuição dos lucros; e Faggella, ob. cit., pág. 117, incluindo no conceito de juros dividendos produzidos pelas acções, dele excluindo apenas os respectivos prémios). Digna de registo é a posição de Francesco Messineo, *Il dividendo* cit., pág. 101 e segs., precisando - não obstante não constar do elenco de frutos constante do art.º 820.º do CCI - tratar-se de um fruto civil e não natural (pois nesta segunda categoria reentram apenas aqueles que provenham da coisa, como produto material ou como parte daquela), não sem ignorar algumas especificidades do dividendo (uma vez que constitui uma simples expectativa e o seu montante é variável), mas sem que tal obste à qualificação (pois aquela expectativa converte-se em direito após a aprovação da deliberação social que aprove a sua distribuição e, quanto à outra especificidade, ela será meramente quantitativa e não qualitativa), concluindo que “*il dividendo è frutto civile perché (...) esso si ritrae dalla cosa, come corrispettivo del godimento che di questa altri há. È (diremo con linguaggio più rigoroso) reddito della cosa*”. Também no direito espanhol se coloca esta questão, assegurando Mejias

Gomez, La prenda cit., pág. 638 e segs., que, apesar da diferença conceptual entre fruto e dividendo (e até a impossibilidade de qualificação deste como rendimento procedente da titularidade da acção, uma vez que a lei interdita a criação de acções com direito à percepção de frutos), *“la ratio legis, es decir, favorecer al acreedor al asegurarle parcialmente el cobro y al deudor al reducir el importe de la deuda, es la misma en uno y otro caso”* (contra, Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., pág. 674, recusando, em conformidade, que no plano das relações internas se possa aplicar a convenção anticrética automática, até porque tal significaria *“un cobro anticipado del crédito garantizado por prenda de las acciones, que únicamente podría exigirse al accionista cuando así se hubiera pactado en el título constitutivo del gravamen”*): assim, o efeito anticrético previsto no art.º 1868.º do CCE e a compensação que dele resulta não se poderá produzir automaticamente, uma vez que de acordo com o art.º 72.º da LSA todos os direitos sociais relativos às acções empenhadas – incluindo o direito ao dividendo – cabem ao sócio, razão pela qual *“sólo hace procedente la compensación, cuando por disposición estatutaria o en base al contrato de prenda se atribuya al credor el derecho a su percepción (de los dividendos)”* (mais concretamente, em caso de silêncio do pacto social a este respeito, o efeito anticrético automático não se produzirá – a não ser que as partes o tenham previsto no próprio contrato de garantia – podendo o credor exigir ao proprietário a entrega dos dividendos, mas sem que a sociedade seja obrigada a efectuar tal entrega ao credor; ao invés, se nos estatutos figurar como legitimado para a cobrança dos dividendos o credor pignoratício, aplicar-se-á o art.º 1868.º do CCE e, conseqüentemente, o efeito compensatório resultante do pacto anticrético surtirá os seus efeitos), embora existindo posições contrárias, seja no sentido de atribuir sempre o direito aos dividendos ao sócio (fazendo prevalecer a norma societária sobre a lei civil e recusando que o credor possa exigir da sociedade os dividendos que caibam ao sócio – neste sentido, Pries Picardo, ob. cit., págs. 712 e 713, afirmando que, mesmo a lei civil, *“no otorga al acreedor un derecho a los intereses que pueda producir la cosa pignorada, lo que impone que si el acreedor percibe intereses deberá compensarlos con los que se le deben. El precepto está pensando en la prenda clásica, donde la posesión del objeto pignorado corresponde al acreedor, quien, por tanto, es quien recibe sus frutos; pero en modo alguno le está dando derecho a ellos. Por ello, en el caso de valores anotados queda claro que los intereses puede y debe, salvo pacto en contrario, percibirlos el propietario de los valores”*, Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, pág. 674, afirmando que *“sólo el accionista pignorante estará legitimado para compeler a la sociedad al pago de los dividendos que puedan acordarse, salvo que otra cosa digan los estatutos”* e Diaz Moreno, ob. cit., pág. 416 e segs., pelo menos para os valores escriturais, advertindo que a norma civil está pensada para os casos em que o credor tenha a posse dos bens onerados e, quando tal não suceda, a convenção anticrética apenas operará por expressa vontade das partes – a qual terá unicamente efeitos *inter partes* -, pelo que *“la entidad administradora de las carteras de valores habrá de abonar los intereses en la cuenta de su titular”* e Bautista Pérez, ob. cit., pág. 52, excluindo os dividendos do conceito civilístico de frutos, recusando assim o efeito anticrético e atribuindo a sua titularidade ao sócio), seja conferindo tal direito unicamente ao credor (considerando que o direito aos dividendos não se inclui entre os atribuídos ao sócio pelo art.º 72.º da LSA e, por isso, o seu exercício caberá ao credor que, assim, os poderá compensar nos termos previstos na lei civil e, mais concretamente, no pacto anticrético consagrado no art.º 1868.º do CCE – neste sentido, Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 216 e 217, salvaguardando a possibilidade de as partes, no título constitutivo da garantia, convencionarem que o credor poderá cobrar os dividendos, mas deverá entregá-los ao sócio). Também a favor da inclusão dos juros, dos dividendos e dos rendimentos produzidos pelos valores mobiliários no conceito legal de frutos se mostra Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 293, 294 e 346 (considerando não haver razões para consentir a compensação anticrética para os juros e não para os frutos, admitindo até que se possam incluir os gastos relativos à conservação do bem empenhado). Já Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 353 e segs., destaca como a questão se reconduz à admissibilidade de compensação anticrética, não apenas para os juros, mas igualmente para os frutos, questão à qual o Autor responde afirmativamente (pois, apesar de diferença conceptual no que concerne à respectiva origem e quantia, *“la ratio legis, es la misma en uno y otro caso: favorecer al acreedor asegurándole parcialmente el cobro y al deudor reduciendo el importe de la deuda”*, até porque *“el dividendo ha de entenderse como fruto o rendimiento para el socio por la inversión realizada al desembolsar un capital, en la esperanza, efímera en muchos casos, de recibir ciertos beneficios”*, pelo que *“Hemos de interpretar el vocablo intereses, como término empleado en sentido amplio, equivalente a frutos, y dentro de éstos, civiles, debiendo hacer una interpretación desde la lógica jurídica, abierta y extensiva a otro tipo de productos”*). Finalmente, Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 225 e 226, relativiza esta questão no âmbito dos valores representados através de anotações em conta, uma vez que nestes a cobrança de juros e dividendos se fará através das entidades aderentes ao sistema ou encarregues do registo (entidades estas que se ocupam do exercício do direito económico perante a sociedade emissora).

Alguma doutrina sustenta uma interpretação restritiva do art.º 23.º, n.º 4, do CSC, aplicando o disposto no art.º 672.º ao penhor de participações, considerando os dividendos como frutos do direito social empenhado, compreendidos, por isso e salvo convenção em contrário, no âmbito do penhor (e, por consequência, permitindo ao credor pignoratício afectar esses dividendos à amortização do capital em dívida).<sup>2455</sup>

Em contraponto, outros Autores procuram conciliar as duas aludidas normas, sugerindo que o art.º 23.º, n.º 4, do CSC opera nas relações externas (entre o titular do direito aos lucros e a sociedade), ao passo que o art.º 672.º se aplicaria às relações internas (entre o titular das acções e o credor pignoratício): ou seja, o empenhador titular das participações tem legitimidade, perante a sociedade, para cobrar esses juros, mas o direito a esses dividendos pertence ao credor pignoratício.<sup>2456</sup>

---

<sup>2455</sup> A aparente atribuição do direito aos lucros, em princípio, ao sócio constituinte da garantia é alvo de críticas por parte de Fazenda Martins, ob. cit., págs. 115 e 116, atendendo ao carácter inócuo, do ponto de vista do interesse social, da concessão de tal direito ao credor (por esta mesma razão, em face do direito constituído, será ilegítima a limitação ou proibição da concessão de tal direito ao credor por simples convenção com o sócio empenhador). A solução parece ainda mais discutível tendo em conta a presunção do pacto anticrético consagrada no art.º 672.º, pelo que “*não se compreendem as razões para a divergência entre o Código das Sociedades Comerciais e o Código Civil. As razões para a anticrese procedem ainda mais no domínio da actividade económica*”, interpretando, por isso, restritivamente o art.º 23.º do CSC no que respeita aos dividendos, considerando tratar-se “*de uma norma que trata da legitimação para cobrança de dividendos face à sociedade (salvo estipulação em contrário, incumbirá ao sócio), e não de uma norma de atribuição desses dividendos. Nesse caso rege o Código Civil (art.º 672.º), e os dividendos pertencerão ao credor pignoratício, salvo estipulação em contrário*”. Já Francesco Messineo, Il dividendo cit., pág. 104 e segs., apesar de sujeitar o dividendo ao regime civil dos frutos naturais, retira daí as seguintes consequências: o dividendo será cobrado por quem se encontrar na posse da acção momento do respectivo pagamento; o dividendo caberá àquele que possuísse o gozo da acção no período em que se maturou (caso o gozo se transferisse durante a esse período – v.g., por constituição de um penhor – o dividendo caberá ao sócio e ao credor pignoratício, em função da duração do respectivo gozo) ou, mais concretamente, “*La maturazione totale del dividendo non può se non coincidire con la fine dell’esercizio sociale, che ha prodotto il dividendo*”, referido a “*l’anno sociale, al quale il dividendo si riferisce*”; e, para esse cálculo, não se conta o momento no qual o dividendo é exigível (ou seja, a data que vai desde o fim do exercício social até à deliberação de distribuição). Também De la Santa García, ob. cit., pág. 130, sustenta que “*cuando la cosa dada en prenda produzca intereses, el acreedor se quedará con ellos (...) los rendimientos que produzcan las acciones o participaciones pignoradas, debiéndose entender incluidos dentro del concepto “intereses” también los dividendos a los efectos del art. 1868 CC, los aplicará el acreedor a la satisfacción de la deuda, bien como intereses, o bien como capital*”. Em termos semelhantes no direito espanhol, Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 346 a 348, destaca como, no plano das relações internas, a legitimidade do credor pignoratício deriva do regime geral do penhor - e, em especial, da presunção do pacto anticrético (desde que se considerem os dividendos como frutos) - , enquanto no âmbito das relações externas a solução se impõe uma vez que “*si en las relaciones internas los dividendos corresponden al acreedor pignoraticio parece innecesario que el dinero pase primero al socio con la obligación de que éste lo entregue al acreedor pignoraticio, sobre todo cuando para la sociedad sería igualmente sencillo pagar directamente al acreedor pignoraticio*”, até porque a solução contrária seria potencialmente perigosa para o credor, dada a possibilidade de o empenhante recusar a entrega ao credor do dinheiro cobrado (sugerindo, por isso, uma redução teleológica da norma do art.º 72.º da LSA que atribui legitimidade ao sócio para o exercício de todos os direitos sociais): o Autor reconhece que a posição por si defendida poderá ser problemática quando as partes no contrato de garantia tenham excluído o efeito anticrético, uma vez que, nesse caso, o credor continuaria legitimado perante a sociedade para a cobrança dos dividendos (embora o Autor relativize a amplitude do problema, por ser raro que o credor renuncie ao efeito anticrético que a lei estabelece em seu favor).

<sup>2456</sup> É a posição defendida por Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 75 a 78, para quem a titularidade do direito aos lucros pertence ao credor, por força da presunção do pacto anticrético, aplicável igualmente ao penhor de acções. Todavia, a legitimidade para reclamar os dividendos junto da sociedade, salvo convenção contrário, cabe ao titular das acções, tendo o dever de os entregar ao credor pignoratício, ou seja, “*o art.º 23.º, n.º 4 do CSC consagra apenas uma regra de legitimidade e não uma regra de titularidade, termos em que, por força do art.º 672.º do Cód. Civil, o direito aos dividendos pertencerá ao*

Uma terceira alternativa consiste em, mantendo a separação entre as relações internas e externas, atribuir ao titular das participações o direito aos dividendos também no plano das relações internas, desaplicando o art.º 672.º mesmo no domínio da relação entre credor e empenhador.<sup>2457</sup>

Embora reconhecendo que a segunda tese se afigura mais consentânea com a distinção anteriormente delineada entre as relações internas e externas que brotam do penhor de participações sociais, aderimos, não obstante, à posição primeiramente exposta, pois se no plano das relações internas o direito for atribuído ao credor pignoratício (como decorre do art.º 672.º, mesmo no silêncio das partes), não faz sentido obrigar estes mesmos sujeitos a, como condição de eficácia no plano das relações externas e para efeitos do art.º 23.º, n.º 4, do CSC, convencionarem expressamente a atribuição desse direito ao mesmo credor.

Outro poder inerente à participação social é o de voto<sup>2458</sup> nas assembleias gerais das sociedades cujo exercício, salvo convenção em contrário,<sup>2459</sup> cabe ao titular do direito empenhado (art.ºs 23.º, n.º 4, do CSC e 81.º, n.º 4, do CVM).<sup>2460</sup>

---

*credor pignoratício apesar de, salvo disposição em sentido contrário, só poder ser exercida perante a sociedade pelo titular das acções*” (posição reforçada pelo facto de a letra do art.º 23.º, n.º 4, do CSC, falar de “exercício” e não de “titularidade” ou “propriedade”).

<sup>2457</sup> É a posição defendida por Sofia Maltez, ob. cit., págs. 38 a 41, para quem, não obstante o dever de administração e guarda da coisa também existir no penhor de créditos - por força do art.º 683.º - esta norma não encontra aplicação no penhor de participações, pois a cobrança dos lucros é regulada pelo art.º 23.º, n.º 4, do CSC. Assim sendo, não cabendo ao credor pignoratício cobrar os frutos, não faz sentido aplicar o art.º 672.º (além de sustentar que esta norma nem sequer regula a titularidade dos frutos, mas antes o destino a dar a esses mesmos frutos). Para esta Autora, a questão reside em averiguar se os dividendos recebidos integram o conteúdo do penhor de participações, sendo que a resposta deve ser dada tendo em conta o conteúdo da participação enquanto objecto do penhor: assim sendo e na medida em que o direito aos lucros “é um direito abstracto, o qual só se concretiza com a deliberação de distribuição de dividendos (...)” “o penhor de acções não abrange os dividendos entretanto deliberados. No entanto, nada impede as partes de estipularem no contrato de penhor que, havendo lugar à distribuição de dividendos, os mesmos ficam abrangidos pelo penhor ou podem ser utilizados para amortizar a dívida ou podem ser utilizados para adquirir outras acções para reforço da garantia”.

<sup>2458</sup> Importa, todavia, não esquecer que poderá haver acções que não conferem direito de voto, as chamadas acções preferenciais sem voto (cfr. art.ºs 341.º a 344.º).

<sup>2459</sup> Fazenda Martins, ob. cit., págs. 114 e 115, critica este preceito, não pela atribuição do direito de voto ao constituinte da garantia, mas sim pela possibilidade das partes afastarem esta regra por simples convenção, sustentando que se deveria exigir a intervenção dos estatutos societários para a produção de semelhante efeito. O citado Autor vislumbra, no actual regime, a tutela do interesse social na possibilidade de o contrato social, nas acções nominativas, poder limitar o penhor e o usufruto de acções (art.º 328.º, n.º 2, alínea c), do CSC) e, mais em particular, proibir a atribuição do direito de voto ao credor pignoratício: se nada ficar estabelecido no pacto social, qualquer sócio pode atribuir ao terceiro credor, através de simples convenção oponível à sociedade, o aludido direito de voto (por exemplo, no direito espanhol o afastamento da regra legal que atribui o direito de voto ao sócio terá que constar do pacto social, sendo a convenção das partes impotente para lograr tal efeito, conforme já se decidiu na Sentença do Supremo Tribunal de 5/11/1987 – cfr. De la Santa García, ob. cit., pág. 132). Pelo contrário Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 80 e 81, sai em defesa da solução legal, ao sugerir que a posição contrária extravasaria da finalidade garantística do penhor, para além de dificultar a compatibilização dos interesses do sócio e do credor e, por último e no caso das sociedades abertas, poder mesmo traduzir-se numa “maçã envenenada” para o credor, ao impor-lhe a observância de determinados deveres de informação, nos termos dos art.ºs 20.º, n.ºs 1, alínea c) e 2 e 16.º do CVM (concluindo, por isso, que, na prática, raramente as partes fazem uso da faculdade legal de atribuição ao credor do direito de voto).

<sup>2460</sup> Em termos análogos, vide o art.º 72.º da LSA espanhola, com a diferença de o regime legal apenas poder ser afastado por disposição estatutária e não por simples acordo das partes (em alternativa, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 333 e 334, aponta como alternativa para a concessão de legitimidade ao credor pignoratício a sua nomeação como representante do sócio empenhante). Em face deste regime, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 635 e segs., realça que, se os estatutos legitimarem o credor para o exercício do direito de voto, não será frequente que o título constitutivo da garantia confira



Esta solução costuma ser justificada com base na anomalia que constituiria a atribuição do direito de voto a alguém que não comunga da qualidade de sócio (provocando uma ingerência de pessoas estranhas na formação da vontade social), podendo contribuir para a modificação do valor da acção,<sup>2461</sup> o que iria contra as regras gerais do penhor - nos termos das quais o credor apenas pode conservar o bem empenhado mas não pode dele dispor -<sup>2462</sup> para além do interesse meramente indirecto<sup>2463</sup> e temporário<sup>2464</sup> do credor nas deliberações sociais.

Solução diversa logrou consagração, por exemplo, no direito italiano (cfr. art.º 2352.º, n.º 1, do CCI),<sup>2465</sup> <sup>2466</sup> sendo defendida sobretudo por quem veja na

---

tal direito ao proprietário das acções (mas, se o fizer, este último terá que se legitimar junto da sociedade); ao invés, se o título constitutivo atribuir o direito ao credor, mas os estatutos legitimarem o sócio devedor (ou nada disserem), será necessário que o credor “*obtenga la oportuna representación de aquél, al objeto de que pueda hacer efectivos sus derechos frente a la sociedad, para la asistencia y voto en la Junta General de socios o accionistas*” (acrescentando que esta faculdade de representação deverá ser atribuída por escrito e com carácter especial para cada assembleia, devendo compreender todas as acções de seja titular o sócio empenhante). De acordo com Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 328, nota 69, e Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 321 e 322, nota 66, a mesma solução é defendida, apesar do silêncio da lei, no direito germânico (com o fundamento que o penhor é um direito de conteúdo patrimonial que, por isso, não deve espalhar-se para outras faculdades de natureza política, admitindo-se unicamente que o sócio empenhante possa nomear o credor como seu representante), no direito francês (art.º 163.º da LSA) e inglês. Este último Autor (ob. cit., nota 67), coloca em evidência como tal cláusula estatutária poderá contrariar o princípio maioritário consagrado na lei, “*porque, en definitiva, puede que no sean los accionistas, reunidos en Junta, los que decidan por mayoría en los asuntos propios de la competencia de ésta, sino que esa mayoría se forme en virtud de los votos ostentados por personas no accionistas*”

<sup>2461</sup> Neste sentido, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 212, alegando que, se assim não fosse, produzir-se-ia “*una disparidad entre el capital social y el ejercicio del derecho de voto*”.

<sup>2462</sup> Saliencia este último aspecto Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 330.

<sup>2463</sup> De acordo com Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 323 e 324, nota 70, o interesse do credor traduz-se no impacto que tais deliberações possam provocar na consistência económica da sua garantia, sendo indirecto sobretudo para quem identifique o objecto desta com o valor económico que o mesmo representa (ao ponto de alguns afirmarem mesmo que o objecto do penhor de acções engloba apenas o conteúdo patrimonial da participação, com exclusão dos demais inerentes à qualidade de sócio).

<sup>2464</sup> Nas elucidativas palavras de Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 324 e 325, “*La situación prendaria tiene una vida limitada, resolviéndose en el normal de los casos con el cumplimiento de la obligación principal (...). El socio una vez extinguida la obligación seguirá siendo socio, con lo que en principio es lógico atribuirle un interés mayor en ejercitar los derechos*”.

<sup>2465</sup> Conforme aludido anteriormente, no direito italiano o direito de voto é atribuído, salvo convenção em contrário, ao credor pignoratício. Contudo, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 71 e segs., relatam que, não obstante ser unânime o entendimento de acordo com o qual tal preceito atribui ao credor pignoratício um direito autónomo, alguns consideram que, para o exercício de tal direito, será necessária a nomeação de um representante comum quando o penhor tenha sido constituído a favor de mais de um credor (cfr. art.º 2347.º do CCI). Segundo Mário Bunonaiuto, ob. cit., pág. 2 e segs., porém, tal preceito não é aplicável às sociedades em nome colectivo, para as quais vigora a regra inversa: uma vez que o credor não está sujeito a responsabilidade ilimitada, não deveria ter poder decisório, nem sequer na assembleia (porém, o mesmo Autor admite que as partes possam atribuir ao credor pignoratício o direito de voto, pois o comportamento do sócio que justifica a necessidade de responsabilidade ilimitada é aquele que se traduz em actos de gestão directa, que normalmente envolve relações com terceiros, enquanto a participação numa deliberação social não assume relevância face a terceiros e, por outro lado, apenas indirectamente constitui um acto de gestão). No direito português e na falta de qualquer norma específica a tal respeito no título dedicado a este tipo de sociedades, valerá a regra geral vertida no art.º 23.º, n.º 4, do CSC, que consente às partes no contrato de penhor convencionar a atribuição de qualquer direito social ao credor pignoratício.

<sup>2466</sup> De acordo com Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 73 e segs., esta norma deixa, todavia, em aberto, pelo menos, três questões: a determinação dos limites ao exercício do direito de voto por parte do credor pignoratício (a que se fará referência seguidamente no texto); os mecanismos invocáveis em caso de violação de tais limites; e o âmbito da convenção em contrário admitida por lei. Quanto aos

regulamentação deste penhor uma mera especificação do regime geral da garantia pignoratícia.<sup>2467</sup>

Com efeito, o credor poderá ter interesse em exercer o direito de voto, assim influenciando as deliberações sociais, de modo a preservar a consistência económica da sua garantia, evitando a aprovação de decisões que possam diminuir ou aniquilar o valor patrimonial do direito empenhado:<sup>2468</sup> todavia, o exercício do direito de voto por parte

---

limites atinentes ao exercício do direito de voto por parte do credor pignoratício, esses apenas se reflectem na relação interna de garantia, não contaminando a validade da deliberação, isto é, apenas originam o pagamento de uma indemnização e a possibilidade de o sócio devedor (mas não outro seu credor, uma vez que o não cumprimento do dever de custódia é apenas invocável pelo constituinte da garantia) obter, com fundamento em abuso do bem onerado por parte do credor, o sequestro das acções em questão (até porque a invalidade da deliberação, ao tornar tais deliberações se instáveis, prejudicaria os interesses sociais, em razão de uma anomalia atinente à relação interna entre um dos sócios e um terceiro estranho à sociedade). Mais complexa se afigura a resolução da questão do alcance da convenção contrária admitida por lei (que não se confunde com o pacto, com efeitos meramente obrigacionais, destinado a regular as modalidades de exercício do voto da por parte do seu titular, o qual não produz qualquer efeito relativamente à sociedade emitente), uma vez que se discute se tal cláusula atribui ao sócio devedor a titularidade do direito de voto ou apenas o legitima para exercer tal direito em nome do credor. Por seu lado Stefano Poli, ob. cit., pág. 396 e segs., prefere destacar da atribuição legal ao credor da titularidade do direito de voto decorrem três corolários: antes de mais, o credor vota no próprio interesse (e não, como sucede na representação, no interesse de outrem); depois, para averiguar da eventual violação da proibição do sócio votar tendo em vista alcançar uma finalidade que contraste com o interesse societário, relevará a posição do credor e não do sócio; finalmente, em sede de voto divergente, mesmo quando seja empenhada apenas parte das acções do sócio devedor não haverá transgressão de tal proibição, porquanto o credor pignoratício é titular do direito de voto correspondente às acções empenhadas (só não será assim quando o credor seja, simultaneamente, sócio, pois, nesse caso, a proibição destina-se a evitar que ele vote num sentido com as suas acções próprias e no sentido contrário com as acções empenhadas).

<sup>2467</sup> Em particular Stefano Poli, ob. cit., pág. 69 e segs., entende que a atribuição ao credor do direito de voto constitui uma solução de continuidade relativamente ao regime geral do penhor, por ser idónea a realizar o desapossamento do devedor, com as mesmas finalidades ínsitas nas regras gerais daquela garantia. O mesmo Autor assegura que, pelo contrário, quando o direito de voto for atribuído ao devedor, tal significa uma erosão do princípio do desapossamento do devedor - uma vez que este deve possuir os bens para efeitos de intervenção durante a assembleia geral - a menos que se adira à tese de acordo com a qual o desapossamento não será condição *sine qua non* para o surgimento do penhor, e se qualifique tal *fattispecie* como anómala (sendo a finalidade publicitária assegurada pela inscrição do penhor no livro de sócios - o que torna a garantia cognoscível a terceiros - e a privação da disponibilidade do bem acautelada com a atribuição da posse das acções ao credor sempre que o devedor delas não necessite para efeitos de legitimação para o exercício do voto e, ainda, pela possibilidade de o credor requerer a venda antecipada do bem em caso de mau uso do bem por parte do devedor, nos termos do art.º 2795.º do CCI, designadamente em caso de “*significativo deprezzamento, indipendentemente dal fatto che ad esso corrisponda una riduzione del capitale sociale dell'emittente e dalle modificazioni qualitative del patrimonio sociale*”).

<sup>2468</sup> Para além disso e de um ponto vista estritamente prático, quando estejam em causa acções tituladas ao portador, a atribuição do direito de voto ao credor constitui a melhor solução, na medida em que, desde o momento em que tiver sido constituída a garantia, é o credor pignoratício que as detém, pelo que o seu proprietário não poderia intervir na assembleia geral e exercer o direito de voto (no entanto, Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 677, ressalva que o exercício do direito de voto por parte do credor pignoratício pressupõe que este esteja legitimado para com a sociedade). Para Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 208 e segs., esta é mesmo a principal, senão única, razão que pode justificar a atribuição legal do direito de voto ao credor pignoratício (recusando que na base da opção legislativa esteja o reconhecimento de um interesse do credor pignoratício na gestão social pois, se assim fosse, não se compreenderia qual a razão de, a respeito do direito de voto, antepor o interesse do credor ao do sócio empenhante), uma vez que é “*normale il trapasso dei titoli azionari dall'azionista al titolare del diritto reale frazionario*” (contornando ainda a objecção daqueles para quem a atribuição, pelo legislador, do direito de voto é independente da posse dos títulos - até porque a lei admite convenção em contrário - alegando que a licitude de tal convenção justifica-se tendo em conta que nem sempre a entrega do título ao credor é necessária para a constituição do penhor e, por outro lado, porque o sócio poderá ter interesse legítimo na

do credor encontra-se sujeito a alguns limites<sup>2469</sup> de natureza legal,<sup>2470</sup> de matriz societária<sup>2471</sup> ou decorrentes de princípios gerais de direito.<sup>2472</sup>

---

conservação da posse do aludido título). Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 330, acrescenta que esta solução decorre da faculdade atribuída por lei ao credor pignoratício de se apropriar dos rendimentos do bem onerado, constituindo o direito de voto mais uma utilidade por este produzida.

<sup>2469</sup> Relativamente a este aspecto (e depois de salientarem que o direito de voto assiste ao credor pignoratício nas assembleias gerais ordinárias, como nas extraordinárias e que, por outro lado, tais limites resultam da possibilidade de o credor, ao exercer o direito de voto poder influenciar de forma notória a vida social), Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 73 e segs., constata a existência de posições diversas, consoante se adira à teoria dominical ou societária: na primeira hipótese, as limitações ao direito de voto decorrerão das normas gerais do penhor (e, em particular, do dever de conservação do bem empenhado), enquanto na segunda os únicos limites resultarão dos casos em que o credor vote com o intuito de prejudicar o sócio ou para prosseguir um interesse conflituante com o do accionista (constatando que a jurisprudência aceita, pelo menos, os limites decorrentes do *odium debitoris* e, nalguns casos, de interesses meramente egoísticos em contraste com os societários, ao passo que alguma doutrina impõe ulteriores restrições, nomeadamente aceitando que, nas deliberações que extravasem da tutela do seu interesse, o credor vote de acordo com as instruções dadas pelo sócio ou se abstenha). Em termos semelhantes, Stefano Poli, ob. cit., págs. 277 a 283. No direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 325 e segs., depois de esclarecer que o credor deverá exercer o direito de voto de acordo com os princípios da conservação e da boa administração, sustenta que esse direito não pode sofrer limitações pelo simples facto de estar em conflito com o interesse do sócio devedor, podendo apenas ser comprimido em casos de *odium debitoris*, isto é, quando o exercício do voto seja inspirado por preocupações de natureza unicamente e egoísta e visando causar danos ao credor (em suma, o credor deve temperar, no exercício do direito de voto, os seus interesses com os do sócio empenhante – mas não com os da sociedade – e, caso o não faça, tornar-se-á responsável pelos danos acusados ao titular dos bens onerados): porém, o Autor admite que as partes, no âmbito das relações internas (e, portanto, sem eficácia relativamente à sociedade) possam acordar deveres de informação ou de consentimento prévios a favor daquele que não exerce o direito de voto, nomeadamente quando as matérias objecto de discussão possam afectar os interesses deste último.

<sup>2470</sup> No direito italiano (onde o direito de voto cabe, salvo convenção em contrário, ao credor), Stefano Poli, ob. cit., pág. 283 e segs., sustenta que tais limites decorrem de imposições de natureza societária e impõem a compatibilização dos interesses do credor (à conservação do valor patrimonial da participação social e da produção de lucros da mesma) com os da sociedade (traduzidos, além dos anteriores, também na manutenção do peso específico da participação no seio da sociedade), concluindo que “*il creditore, pur titolare e legittimato (primario) rispetto al voto, nell'esercitare tale diritto in alcuni casi dovrà, ex lege, farsi carico anche delle aspettative del socio debitore (e vice versa, qualora voti quest'ultimo sulla base di convenzione contraria)*”. Nesta conformidade e a título meramente indicativo, o Autor distingue as deliberações com relevância exclusivamente para o credor (nas quais o credor se encontra legitimado a votar com fundamento exclusivo nos seus próprios interesses, ainda que tal voto seja susceptível de prejudicar o sócio e a sociedade, como sucede com a deliberação de distribuição de lucros), para o sócio (como sucede com as deliberações de aumento de capital ou de dissolução da sociedade, casos em que o credor deverá votar tutelando a posição do sócio, nomeadamente através da consulta prévia deste ou da ausência da votação – neste último caso para permitir ao sócio impugnar a deliberação) ou para ambos (hipótese na qual o Autor entende que o credor possa votar tendo em conta o seu interesse, mesmo que conflituante com o do sócio e da sociedade, uma vez que a lei, ao conceder ao credor o direito de voto, dá primazia à sua posição): em qualquer dos casos, o credor, ao exercer o direito de voto, apenas pode prosseguir interesses relativos à conservação do valor patrimonial da participação empenhada e, por outro lado, deve obediência ao princípio geral da boa fé. Finalmente e como consequência decorrente da proibição legal do sub-penhor (mais concretamente da inibição do credor conceder a terceiros direitos de gozo sobre o bem empenhado), ao credor não será lícito – salvo quando se trate de um sindicato entre credores pignoratícios - participar num sindicato de voto, pelo menos quando se trate de participação minoritária, porquanto tal adesão “*comporterebbe, in sostanza, il trasferimento del potere decisivo in merito all'esercizio del voto ad un terzo – il titolare della maggioranza delle azioni sindacate*”, bem como não lhe será permitida celebração de acordos bilaterais por força dos quais o credor se obrigue a votar num determinado sentido acordado com um terceiro que não o sócio devedor, a chamada venda do voto (contudo, o Autor alerta para a circunstância de a violação desta proibição do sub-penhor constituir um abuso da coisa empenhada, que legitima o devedor a pedir o sequestro do referido bem, “*ma non incide sulla validità del patto parasociale e delle singole delibere assembleari*”).

<sup>2471</sup> Destes limites resulta que, por vezes, o sócio se encontra inibido do exercício do direito de voto e, quando tal suceda, a mesma proibição aplicar-se-á ao credor pignoratício. De entre os diversos limites, Stefano Poli, ob. cit., pág. 298 e segs., destaca a proibição de votar imposta ao sócio em caso de mora no pagamento dos “*decimi*” (que, porém, entende não ser extensível ao credor titular do direito de voto, uma vez que a *ratio* da proibição é de natureza sancionatória do sócio devedor por incumprimento de uma obrigação contratual, cujo cumprimento não pode ser exigido ao credor, alegando que o interesse dos credores sociais à preservação da efectividade do capital social é assegurado através da venda coactiva, ao passo que a suspensão do voto opera como mecanismo de protecção da sociedade e dos demais sócios, até porque na solução contrária o prejuízo causado ao credor – terceiro relativamente à obrigação do sócio para com a sociedade – “*appare eccessivo, in quanto verrebbe ad essere mutilata la possibilità di preservare il valore dell’oggetto della garanzia, non solo in riferimento al diritto di voto*”). Para além da interdição resultante do regime das acções próprias (a que se fará alusão no texto), o Autor menciona ainda a suspensão por violação do dever de comunicação da existência de participações relevantes que impende sobre as sociedades cotadas (mais detalhadamente, sobre todos os titulares de participações numa sociedade cotada superiores a dois por cento e, ainda, sobre as sociedades cotadas relativamente às participações em sociedades por acções ou de responsabilidade limitadas que excedam dez por cento, que o Autor entende ser uma obrigação alargável, em caso de atribuição do direito de voto, ao credor - conjuntamente com o sócio - , mas considera a “*irrelevanza rispetto al creditore pignoratizio dell’omessa comunicazione delle partecipazioni rilevanti da parte del socio debitore*”), assim como relativamente às acções adquiridas em violação das obrigações impostas por lei em matéria de ofertas públicas (quer com base num argumento literal – a lei fala, objectivamente, em suspensão do direito de voto e não, subjectivamente, por referência ao sujeito titular de tal direito - quer por força da *ratio* da interdição, que o Autor identifica na necessidade de assegurar a regularidade do controlo societário e, mais latamente, no próprio funcionamento do mercado), negando, todavia, que a interdição que impende sobre os administradores-accionistas nas deliberações sociais que tenham por objecto a sua responsabilidade seja aplicável ao credor pignoratício titular do direito de voto (cfr. art.º 2373.º do CCI, uma vez que, nesta hipótese, “*chi vota è un soggetto diverso dall’amministratore, che esercita il diritto iure proprio e che ha un autonomo interesse (di matrice pignoratizia) al controllo dell’attività del gestore, anzi, soprattutto nell’ipotesi in cui l’amministratore sia, nel contempo, il proprio debitore*”).

<sup>2472</sup> De entre estes, Stefano Poli, ob. cit., pág. 331 e segs., destaca o conflito de interesses (consagrado, em matéria societária, no art.º 2373.º do CCI, nos termos do qual as deliberações sociais aprovadas com o voto determinante dos sócios que tenham, por conta própria ou de terceiros, um interesse conflituante com o societário são anuláveis), cuja aplicação ao credor pignoratício titular do direito de voto o Autor justifica com o facto de a atribuição deste direito a esse sujeito ter como finalidade a protecção do seu direito de garantia, não podendo, por isso, “*esercitare il voto per un interesse personale che esule dalle finalità di garanzia e risulti in contrasto con l’interesse sociale*”, o que conduz, indirectamente, a uma consideração dos interesses da parte não votante da relação pignoratícia, ou seja, “*potrà essere annullata la delibera adottata con il voto del creditore pignoratizio qualora venga dimostrato che tale soggetto, in concreto, abbia agevolato un interesse personale extra societario del proprio debitore; dall’altro lato si configurerà una situazione speculare di conflitto di interesse per conto altrui nell’ipotesi in cui il socio (...) eserciti il voto per il perseguimento di un interesse del creditore diverso da quello tipico di garanzia*”. Por outro lado, o mesmo Autor alude também à imperatividade no que tange à observância dos princípios da boa fé e da correcção, quer nas relações entre o sócio e o credor (consequência, aliás, do regime geral do penhor e que, em última instância, impõe a ambas as partes o dever de “*improntare ai canoni di correttezza e buona fede l’esercizio del voto e degli altri diritti sociali che siano loro attribuiti ex lege o per accordo fra le due parti*”), quer entre este último e os demais sócios (embora, em razão da ausência de qualquer relação contratual entre estes sujeitos, o Autor retenha que o credor poderá sacrificar os interesses da sociedade ao seu interesse à conservação da garantia do próprio crédito, significando os princípios anteriormente mencionados como limite ao exercício do direito de voto por parte do credor quando se verifique “*una grave sproporzione tra il pregiudizio dell’interesse sociale ed il vantaggio concretamente ottenuto dal creditore*”). Em termos aproximados, Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 215 a 217, realçando que a responsabilidade por eventuais prejuízos decorrentes do exercício do direito de voto varia consoante o votante tenha sido o sócio (não podendo este esvaziar o conteúdo patrimonial da garantia do credor, abstendo-se de exercer o direito de voto contra o s interesses deste último e actuando de acordo com os ditames da boa fé e sem incorrer em abuso do direito, ou seja, a constituição do penhor implica que “*el socio utilice el voto conferido por la Ley, no en su beneficio exclusivo, sino respetando los intereses del acreedor, si el acuerdo que la junta vaya a decidir puede repercutir sobre ellos*”) ou o credor (caso em que a obrigação de indemnizar o sócio ocorrerá quando aquele actue sem a diligência de um bom pai de família e em desconformidade com a boa fé e a equidade): em qualquer caso,

Quando o direito de voto relativamente às acções empenhadas tenha sido atribuído ao credor pignoratício,<sup>2473</sup> cumpre determinar de que modo se deverá resolver o conflito de interesses com o sócio,<sup>2474</sup> entendendo-se que o credor deverá administrar as acções como um proprietário diligente, respondendo pela sua conservação e existência (art.º 671.º, alínea a)), sem prejuízo dos interesses do sócio, excepto quando estes se oponham directa e frontalmente aos seus.<sup>2475</sup>

Podemos, por isso, afirmar que, independentemente de quem seja o votante, deverá exercer tal direito em conformidade com o princípio da boa fé e sem incorrer em abuso.<sup>2476</sup>

Quando exista convenção conferindo o direito de votar ao credor pignoratício, importa determinar de que modo este pode comprovar, perante a assembleia, a titularidade deste direito, ou seja, se tais acordos são oponíveis à sociedade,<sup>2477</sup> o

---

sempre que o legitimado para o voto pelo título constitutivo da garantia não o seja pelos estatutos da sociedade, “*el otorgante legitimado estatutariamente debe abstenerse de asistir a las juntas generales y conceder a la otra parte representación. Si no actuase de esta forma, su voto sería válido, pero respondería frente a la otra parte de los daños e perjuicios que sufra por virtud de aquellos acuerdos para cuya adopción hayan sido decisivos los votos correspondientes a las acciones pignoradas*” (por outro lado, se o representante vota exclusivamente no seu próprio interesse, haverá um desvio de poder que conduzirá à nulidade da deliberação, se para esta foi decisivo esse voto)

<sup>2473</sup> Pelo contrário, quando seja o sócio a exercer tal direito, Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 222, sustenta que este deverá ter em conta não apenas o seu interesse pessoal, mas igualmente os do credor pignoratício.

<sup>2474</sup> Um outro potencial conflito latente ocorre quando ao credor pignoratício haja sido atribuído o direito de voto e, posteriormente, as acções em causa sejam alvo de apreensão judicial (por exemplo, por terem sido alvo de arresto). No direito italiano, tal conflito é solucionado, ora em benefício do credor pignoratício (argumentando que não tal direito não pode ser atribuído ao sequestrante relativamente às acções previamente empenhadas, na medida em que esse direito já havia previamente saído da esfera jurídica do sócio), ora do requerente do sequestro (assegurando que a atribuição do direito de voto ao credor pignoratício se funda na necessidade deste velar pela conservação do objecto da garantia, impedindo que o sócio devedor possa diminuir o seu valor: ora, a conservação de tal valor seria igualmente obtida pelo sequestrador, tendo em conta a natureza da sua função).

<sup>2475</sup> No ordenamento italiano, quando seja o credor a exercer o direito de voto (o que, aliás, é a regra), discute-se quais os limites do exercício deste direito, oscilando as posições entre uma mais restritiva (de acordo com a qual o limite será a proibição de causar prejuízo ao accionista devedor, isto é, devendo “*inspirarsi all’amministrazione e alla conservazione del valore delle azioni senza coltivare interessi egoistici e senza perseguire lo scopo di nuocere al debitore*” – Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 678) e outra mais liberal (nos termos do qual o único limite seria o *odium debitoris* – entendido com um comportamento não coincidente, nem com o interesse social, nem com o do devedor – assim legitimando o voto do credor pignoratício em casos em que este seja guiado por motivações relacionadas com o interesse social). De acordo com Gaspare Spatazza, ult. ob. e loc. cit., e Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 21 e segs., o primeiro entendimento colhe a aprovação da maioria da doutrina, tendo em conta que no exercício do direito de voto deverão ser tomados em consideração apenas os interesses do sócio devedor e do credor pignoratício (e não também o da sociedade), daí resultando, nas palavras do primeiro Autor citado que “*nel caso che il creditore esercitasse il diritto di voto nelle deliberazioni che per il loro stesso oggetto non rientrano nell’ambito della tutela accordata al suo particolare interesse senza seguire le eventuali istruzioni del socio debitore, il creditore potrebbe esse ritenuto unicamente responsabile per il deterioramento o abuso della cosa (...) e dovrebbe rispondere per i danni cagionati al debitore-proprietario*”.

<sup>2476</sup> Salientam a reciprocidade destes deveres Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., pág.673, sugerindo, por isso, um consenso prévio entre o sócio e o credor (quando tal não suceda, “*el legitimado responderá cuando en el ejercicio del derecho de voto prescindia de los intereses de su contraparte, causándole por ello un perjuicio. Asimismo, si el voto emitido por el socio contribuye a la formación de un acuerdo que disminuya la garantía, el acreedor estará facultado para dar por vencida anticipadamente la obligación principal*”).

<sup>2477</sup> No direito espanhol, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 331 e segs., entende que, porquanto a lei se limita a regular as relações externas e a legitimação perante a sociedade para o exercício do direito de voto, a titularidade de tal direito será alvo de regulação nas relações internas. Assim sendo, se o título

mesmo se dizendo da convenção atribuindo o direito de voto ao devedor quando, por lei, tal direito caiba ao credor,<sup>2478</sup> parecendo que a resposta implicará uma análise da dimensão da sociedade emitente e da forma de representação das participações.<sup>2479</sup>

---

constitutivo da garantia nada disser, duas alternativas se deparam: ou atribuir o direito de voto ao credor unicamente para as deliberações que afectem directamente os seus interesses - como por exemplo a distribuição de dividendos (posição que o Autor recusa, tendo em conta a dificuldade em determinar quando uma deliberação afecta directamente o interesse do credor) – ou, pelo contrário, concluir que credor e sócio “*son cotitulares actuales del derecho de voto, de forma a que aquél de ellos que tenga la legitimación frente a la sociedad deberá actuar de conformidad con un modelo de un diligente representante común*” (devendo, por isso, votar tendo igualmente em conta o interesse da outra parte na relação de garantia, sendo até desejável a existência de um acordo quanto ao sentido de voto prévio à realização da assembleia, ao menos quanto a matéria objecto da deliberação possa afectar directamente o interesse do credor) e, em caso de o sócio não pretender assistir à reunião magna, deverá conceder a representação ao credor ou a terceiro (sob pena de, não o fazendo, responder pelos prejuízos causados, desde que o voto contrário do sócio tivesse sido decisivo para a não aprovação da deliberação). Se, pelo contrário, o título constitutivo da garantia se pronunciar acerca da titularidade do direito de voto, teremos ainda que distinguir consoante o atribua ao sócio (caso em que este o poderá exercer livremente, com os limites decorrentes da boa fé) ou ao credor (caso em que o sócio deverá conceder-lhe poderes de representação ou votar segundo as instruções que o credor lhe der, excepto se os estatutos indicarem este último como legitimado perante a sociedade, hipótese que se assemelha em tudo àquela em que o título constitutivo confira o direito de voto ao sócio).

<sup>2478</sup> Para Gaspare Spatazza, ob. cit., págs. 680 e 681, tais convenções deverão ser trazidas ao conhecimento da sociedade por qualquer meio, podendo o presidente da assembleia geral recusar a presença de quem não demonstre a titularidade do direito de voto, ainda que tal direito lhe tenha sido outorgado pela outra parte na relação de garantia (para além disso, o Autor – ob. cit., págs. 689 e 690 - analisa outra hipótese curiosa, qual seja a de o credor ceder a terceiro, sem o consentimento do sócio, o crédito garantido por penhor de participações e relativamente às quais dispusesse do direito de voto, a fim de concluir se o cessionário pode exercer tal direito. Apesar de reconhecer a existência de decisões admitindo a concessão do direito de voto ao cessionário, desde que ele demonstre a sua qualidade perante a sociedade, sustenta a posição contrária, precisamente com base na falta de legitimação do cessionário face à sociedade, porquanto, por força da falta de consentimento do sócio do devedor, o título permanece sob a sua custódia, sem prejuízo da faculdade que assiste a este último de, querendo, requerer as correspondentes anotações no título e na sociedade a favor do cessionário, a fim de consentir a este o exercício do direito de voto). Já Frederico Briolini, ob. cit., págs. 196 e 220 a 221, sustenta que a inscrição do vínculo no livro de sócios é necessária para a constituição do penhor sobre as acções tituladas (nos termos do art.º 2024.º do CCI e do art.º 3.º do r.dl n.º 239, de 29/3/1942), mesmo que integrados num sistema de gestão centralizada, (de acordo com o n.º 3 do art.º 87.º do d.lg n.º 58, de 24/2/1998, por força do qual o registo no depositário, condição necessária e suficiente para a constituição do penhor, deverá ser comunicado no prazo de três dias à sociedade emitente, a fim de esta proceder às correspondentes inscrições), mas será igualmente exigível quando a garantia incida sobre instrumentos desmaterializados, mesmo que integrados num sistema de gestão centralizada (pelo menos na interpretação proposta por este Autor para o n.º 1 art.º 34.º do d.lg n.º 213, de 24/6/1998 – na parte em que dispõe que os vínculos sobre este tipo de bens se constitui unicamente através do registo nas contas detidas pelos intermediários financeiros – segundo a qual a esta inscrição não basta para a constituição do penhor, sendo ainda condição do nascimento da garantia a inscrição no livro dos sócios, interpretação esta apoiada pelo facto de o n.º 3 do citado art.º 34.º impor aos intermediários financeiros o dever de comunicar ao emitente os registos dos vínculos efectuados nas suas próprias contas, comunicação essa cujo significado e função não se alcançariam caso o vínculo se constituísse unicamente com a inscrição junto dos intermediários financeiros), por entender que, independentemente da forma de representação da participação, a inscrição no livro dos sócios constitui um pressuposto essencial para a inserção no âmbito da vida societária. Para Niccolò A. Bruno, ob. cit., págs. 26 e 27, por seu turno, não será necessária a comunicação prévia da existência da convenção atributiva do direito de voto ao credor à sociedade, desde que este demonstre, aquando da realização da assembleia, a sua legitimidade (designadamente exibindo os títulos que lhe tenham sido entregues aquando da constituição da garantia), enquanto Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 81 e segs., concordando que tal convenção constitui um pacto modificativo do negócio constitutivo do penhor, sujeita-a aos mesmos requisitos de forma e oponibilidade (entendendo a doutrina e jurisprudência maioritárias que será necessário, para que este último efeito se produza, a inscrição da convenção no livro de sócios da sociedade e, conjuntamente, no próprio título ou no negócio de transferência em garantia). Finalmente Stefano Poli, ob. cit., pág. 381 e segs., sustenta que os

Por outro lado, colocam-se ainda dúvidas no que respeita à articulação com a tendencial proibição dos sindicatos de voto,<sup>2480</sup> sendo certo que, conforme exposto anteriormente, estas convenções possuem meros efeitos obrigacionais entre as partes subscritoras, não podendo do ser opostas à sociedade.<sup>2481</sup>

Note-se que o próprio pacto social pode, nos termos do já analisado n.º 2 do art.º 328.º, determinar condicionar o exercício do direito de voto por parte do credor pignoratício – estabelecendo que o mesmo apenas poderá ser exercido em determinadas circunstâncias ou relativamente a certas matérias – ou até excluí-lo.<sup>2482</sup>

Discute-se, contudo, a licitude da convenção das partes no sentido da atribuição do direito de voto a cada uma delas em função da matéria objecto de deliberação<sup>2483</sup> ou

---

requisitos de validade da convenção (menção no título e no livro de sócios ou, em alternativa, no endosso em garantia e no mesmo livro), bastarão para tornar a convenção oponível à sociedade emitente, com a vantagem de eliminar as incertezas acerca da titularidade e da legitimidade para o exercício do direito de voto (na ausência do cumprimento destes requisitos de validade, o Autor advoga a não transferência da titularidade do direito de voto para o sócio, mas aceita a existência de um dever de abstenção do exercício do direito de voto por parte do credor, uma vez que estaríamos perante um negócio de formação progressiva que impõe às partes um dever de colaboração recíproco até à sua conclusão).

<sup>2479</sup> Saliencia a importância destes dois factores, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 316 a 319, destacando como nas pequenas sociedades bastará normalmente ao credor, antes da realização da assembleia, demonstrar a inscrição do seu direito no registo de acções nominativas (e, caso os títulos sejam impressos, a mera exibição do mesmo) e, ao invés, nas sociedades de grandes dimensões será imperioso organizar antecipadamente um sistema de controlo e verificação dos sujeitos legitimados para participar nas assembleias, podendo os estatutos “*condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, exigiendo a los socios cumplimentar ciertos requisitos*” (como, por exemplo, estabelecendo o prazo e o modo de demonstrar a sua legitimidade e condicionando o acesso à reunião magna à posse de um cartão de assistência), embora tais requisitos não possam impedir o acesso dos titulares de acções nominativas inscritas no registo respectivo até 5 dias antes da data da realização da assembleia ou de acções ao portador depositadas com a mesma antecedência. Para Fazenda Martins, *ob. cit.*, págs. 114 e 115, tais convenções são, por si só, oponíveis à sociedade. A nosso ver, demonstração da titularidade do direito de voto, no nosso ordenamento, dependerá da forma de representação das participações sociais: caso sejam tituladas, será necessário que o credor, uma vez intimado, apresente o respectivo título e/ou demonstre a sua inscrição no registo da sociedade emitente; caso sejam escriturais através da exibição do competente certificado de legitimação.

<sup>2480</sup> A este respeito Stefano Poli, *ob. cit.*, pág. 365 e segs., sustenta que a possibilidade de atribuição do direito de voto ao sócio do devedor não pode transformar-se numa porta aberta para contornar a proibição dos sindicatos de voto, admitindo apenas um pacto obrigacional destinado a regular as modalidades de exercício do voto por parte do seu titular, alertando, porém, que esta convenção “*non produrrà alcun effetto immediato nei confronti dell'emittente dato che (...) l'accordo non incide né sulla titolarità, né sulla legittimazione all'esercizio del diritto di voto*”.

<sup>2481</sup> De acordo com Stefano Poli, *ob. cit.*, pág. 365 e segs., reforça que, mesmo a convenção destinada a transferir para o sócio o direito de voto não se encontra sujeita ao cumprimento, para com a sociedade, dos ónus publicitários impostos aos acordos para-sociais, uma vez que, por força do carácter temporário da relação pignoratícia, esta não é idónea a influenciar de modo estável o controlo societário (até porque o pacto “*non aggiunge alcunché al numero dei voti posseduti dalle parti, ma si limita a regolamentare la titolarità o le modalità di esercizio dei voti incorporati dalle azioni vincolate all'interno del binomio socio deintore- creditore pignoratizio, di cui non viene alterata alterata l'incidenza complessiva all'interno dell'assemblea*”)

<sup>2482</sup> Neste sentido, Sofia Maltez, *ob. cit.*, pág. 43 e Fazenda Martins, *ob. cit.*, pág. 115.

<sup>2483</sup> Assim, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 212 e Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, pág. 81, nota 135. No direito italiano, Gian Carlo Rivolta, *ob. cit.*, pág. 217, aceita que o pacto social contenha uma cláusula análoga, embora Lorenza Bullo e Claudia Sandei, *ob. cit.*, pág. 83 e segs., noticie a existência de posições favoráveis (fundadas na inexistência de um limite legal expresso, argumentando que tais cláusulas poderão operar uma repartição do direito de voto em função da matéria ou da natureza extraordinária da deliberação social) e desfavoráveis (considerando que o direito de voto só poderá ser transferido para o sócio na sua totalidade, fundando esta posição no carácter indivisível do direito de voto e das acções em geral e, por outro lado, com o ónus, que a posição contrária faria recair sobre os órgãos da sociedade emitente, de verificar qual o sujeito legitimado para intervir na assembleia e votar, circunstância que

da sua natureza ordinária ou extraordinária,<sup>2484</sup> embora seja de excluir a concessão do direito de voto ao credor sobre determinadas acções empenhadas, com a manutenção do mesmo direito por parte do sócio relativamente a outras tantas.<sup>2485</sup>

---

umentaria os riscos de deliberações inválidas: nesta conformidade, tais pactos seriam nulos, cabendo o direito de voto ao credor, a menos que tal convenção se pudesse converter num acordo com efeitos unicamente obrigacional), embora ressalvando a unanimidade quanto à inadmissibilidade de uma convenção destinada a atribuir o direito de voto sobre as mesmas matérias ao credor e ao sócio.

<sup>2484</sup> Não distinguindo a lei, parece que a atribuição do direito de voto ao sócio é válida, não apenas para as deliberações ordinárias, como também para as extraordinárias, até porque não faria sentido limitar a interferência de um terceiro – o credor pignoratício – na actividade corrente da sociedade e, pelo contrário, permitir a sua intervenção quanto estivessem em causa assuntos mais melindrosos (no direito italiano – no qual a regra é, recorde-se, a atribuição do direito de voto ao credor – Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 677, entende igualmente que, não distinguindo a lei, aquela concessão é válida para qualquer deliberação social). O mesmo Autor (ob. cit., pág. 682) considera mesmo inválidas as convenções atribuindo o direito de voto ao credor pignoratício apenas nas assembleias extraordinárias, cabendo ao sócio votar nas ordinárias (bem como, em termos mais latos, que concedam tal direito em função da matéria discutida nos convénios sociais, sem distinguir entre os ordinários e extraordinários), entendendo que a lei estabelece que seja um único o sujeito como legitimado perante a sociedade para votar nas assembleias gerais: comungam deste entendimento Stefano Poli, ob. cit., pág. 393 e segs. (afirmando que a repartição do direito de voto entre o credor e o devedor em razão das matérias discutidas nas reuniões magnas redundaria numa violação dos princípios da indivisibilidade e da igualdade das acções (acerca da eventual violação deste princípio, remetemos para o que se dirá seguidamente no texto), de modo que as sociedades “*debbono subir ele decisioni delle parti del rapporto pignoratizio in merito alla spetanza del diritto di voto, ma non le ulteriori deviazioni funzionali ed organizzative che conseguirebbero ad una ripartizione, ratione materie, del voto fra socio debitore ed creditore*”: tal tipo de cláusula é, por isso, qualificada como nula, cabendo o direito de voto ao sujeito legalmente determinado), Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 333 e 334 (recusando a validade de uma cláusula inserida no pacto social atribuindo a legitimidade aos diversos sujeitos em função da natureza ordinária ou extraordinária – pois esta distinção assenta unicamente no critério temporal da sua celebração – das assembleias, concluindo que “*el ejercicio del derecho de voto frente a la sociedad deberá realizarse por una sola persona*”), Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 327 e 328 (alegando que, no direito espanhol, o critério distintivo entre assembleias gerais ordinárias ou extraordinárias é baseado, não nos assuntos a debater, mas num critério puramente temporal: todavia, o Autor admite a atribuição diferenciada, tendo em conta o objecto das deliberações, da legitimidade para o exercício do direito de voto a cada uma das partes na relação de garantia ou, em alternativa, a imposição de um dever de consulta à parte não votante) e De la Santa García, ob. cit., págs. 133 e 134 (uma vez que “*lo que sí es posible es que ocurra es que además de las materias reservadas a la Junta General ordinaria puedan en ésta incluirse otros asuntos de diversa índole, lo cual provocaría el conflicto de quién debería asistir y, en su caso, si es posible la asistencia de los dos*”, pelo que “*no parece muy recomendable, ni siquiera jurídicamente posible, establecer en los Estatutos sociales un uso compartido del derecho de voto, sino que se deberá estipular únicamente a quién corresponde (...). Sí existirá, en el ámbito privado, la posibilidad de que las partes pacten cómo se deberá ejercer el derecho de voto, bien siempre en la persona del socio, que en ciertas materias deberá consultar al acreedor para saber su parecer o incluso para que le manifieste en qué sentido debe ejercer el voto, bien a través de la concesión de la representación en la Junta al acreedor o bien mediante la concesión de la representación a un tercero designado de común acuerdo, para que vote de conformidad con las instrucciones que se le den o según su libre albedrío si las partes confían en su buen criterio que defenderá los intereses de ambos con equidad. En todos estos casos, resulta obvio que frente a la sociedad el único al que se le reconoce el derecho de voto es al propietario de las acciones*”). Contra, admitindo a validade de tais cláusulas de repartição do direito de voto em função do objecto da deliberação Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 26, Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 217 e segs. (este Autor admite a validade de cláusulas, não só quando acordadas pelas partes, mas igualmente que semelhantes soluções – e ainda outras, como a suspensão do direito de voto ou a subordinação do exercício do direito de voto, por parte do sócio, ao consentimento prévio do credor pignoratício - possam ser impostas pelo pacto social, argumentando, por um lado, que o mesmo resultado poderá ser alcançado pela simples atribuição de um mandato a votar ao sujeito não titular do direito ao voto e, por outro, atenta a presença no penhor de participações sociais “*di interessi del tutto peculiari, i quali meritano di poter trovare libera regolamentazione convenzionale*”) e Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 212 (admitindo a repartição da legitimidade entre sócio e credor em função do carácter ordinário ou extraordinário da reunião magna



Ainda na hipótese de o votante ser o credor pignoratício, mas o sócio empenhante conservar outras acções não oneradas, cumpre indagar até que ponto não estará em causa o princípio da unidade de voto (cfr. n.º 1 do art.º 385.º do CSC).<sup>2486</sup>

Em razão dos n.ºs 2 e 3 desta mesma norma, conclui-se que ao credor pignoratício é legítimo votar em sentido diverso do empenhante, significando o princípio da unidade de voto, neste contexto, que lhe é vedado votar de modo contraditório no que concerne às acções que haja recebido em garantia.<sup>2487 2488</sup>

Por último, cumpre indagar qual a consequência do exercício do direito de voto por parte de quem não esteja habilitado a fazê-lo, seja o exercício pelo sócio quando ao credor tenha sido concedida tal faculdade,<sup>2489</sup> seja o voto do credor na hipótese inversa.<sup>2490</sup>

---

e/ou da matéria objecto de discussão, desde que, em qualquer caso, a pessoa legitimidade perante a sociedade para cada assembleia geral seja apenas uma)

<sup>2485</sup> Nesta conformidade, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 81, nota 135, concluindo que se tal fosse admissível, permitir-se-ia uma duplicação do direito de participação numa assembleia geral, com eventual violação do princípio da indivisibilidade da participação (sobre este princípio, vide infra no texto).

<sup>2486</sup> Nos termos deste princípio, o accionista que possua mais de um voto não pode fraccionar os seus votos para votar em sentido contrário, bem como não pode deixar de votar com todas as acções providas do direito de voto.

<sup>2487</sup> Neste sentido, Sofia Maltez, ob. cit., págs. 43 e 44 e Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 82 (argumentando que o credor pignoratício é titular de um interesse autónomo, potencialmente distinto do titular das acções, para além de não actuar na qualidade de representante deste). O n.º 2 do art.º 385.º dispõe que “*um accionista que represente outros pode votar em sentidos diversos com as suas acções e as dos representados e bem assim deixar de votar com as suas acções ou com as dos representados*”, acrescentando o n.º 3 que este n.º 2 se aplica ao exercício do direito de voto por parte do credor pignoratício.

<sup>2488</sup> Para além disso e encontrando-se o accionista empenhante em mora na realização da obrigação de entrada e, por isso, impedido de votar (art.º 384.º, n.º 4), tal impedimento não é extensível ao credor pignoratício, pois este impedimento visa compelir o sócio faltoso ao cumprimento, não tendo, assim, razão de ser a sua aplicação ao credor (Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 81 e 82).

<sup>2489</sup> No direito italiano, onde a questão apenas se coloca quando o voto em questão seja decisivo para a formação da maioria requerida para a aprovação da deliberação, três são as posições principais que se contrapõem: uma delas, sugere que tal deliberação é inexistente, argumentando ser esse o vício em que incorrem as deliberações sociais tomadas com o voto determinante de pessoa relativamente à qual tal direito social se encontra suprimido ou de pessoa não mandatada pelo titular do direito de voto (e, em consequência, podendo ser arguida por qualquer pessoa); outra posição, advoga que a deliberação será simplesmente anulável (discutindo-se se a legitimidade para propor a respectiva acção caberá exclusivamente ao credor ou também ao sócio), pois a lei concede o direito de voto ao credor pignoratício, mas admite que as partes – sócio devedor e credor pignoratício –, mas não a sociedade, disponham de modo diverso, pelo que cabe ao credor titular do direito de voto “usurpado” pelo sócio decidir se pretende pedir a anulação da decisão ou ratificá-la; uma terceira, minoritária, opta pela ausência de consequências a nível societário (a este propósito, consultar Gaspare Spatazza, ob. cit., págs. 679 e 680 e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 85 a 89 – estas últimas Autoras propendem para a solução da anulabilidade, atento o disposto no art.º 2377.º do CCI – e Stefano Poli, ob. cit., págs. 409 a 419). Todavia, Stefano Poli, ob. cit., pág. 400 e segs., distingue os efeitos *inter partes* da violação das regras acordadas relativamente ao exercício do direito de voto por parte do credor, nomeadamente os decorrentes do facto de este não poder, ao exercer aquele direito, extravasar da prossecução de interesses relacionados com a consistência patrimonial da sua garantia (caso em que o Autor advoga a existência de consequências unicamente no âmbito de relação pignoratícia – como sejam a obrigação de ressarcimento dos danos ou a faculdade do sócio requerer o sequestro das acções empenhadas alegando abuso por parte do credor - mas sem afectar a validade da deliberação social, pois esta situação “*non coinvolge interessi di matrice associativa, bensì esclusivamente l’interesse individuale del socio e quello personale del proprio debitore*”, até porque a contaminação da denominação social “*pregiudicherebbe gli interessi di matrice societaria, in quanto comporterebbe una instabilità delle delibere assembleari per una anomalia ed un conflitto che attengono ad un rapporto rispetto al quale la società ed i membri della compagine sociale diversi dal debitore sono estranei*”), das consequências da falta de titularidade do direito por parte do sujeito votante (aderindo à tese da inexistência da deliberação para a tomada da qual tenha sido

Intimamente relacionado com o direito de voto encontra-se um feixe de outros direitos, chamados direitos administrativos menores,<sup>2491</sup> sendo que o carácter

---

decisivo tal voto – por ser esta a sanção aplicável ao exercício do direito de voto por parte de quem não possua a respectiva titularidade, excepto de tal voto não tiver sido determinante, caso em que restará ao sujeito lesado recorrer aos meios previstos no regime geral do penhor - e aplicando o regime das deliberações nulas, mas não sem reconhecer que, em caso de exercício do direito de voto por parte do sócio não titular de tal direito não prejudica o interesse da sociedade, o único sujeito com interesse em agir e legitimidade para impugnar a deliberação será o credor), da violação das regras societárias relativas ao exercício do direito de voto, designadamente das normas da boa fé e do conflito de interesses ou pelo exercício do direito de voto quando o mesmo se encontre suspenso e tal suspensão seja extensiva ao credor votante (hipótese na qual o Autor se inclina, *de iure condito*, para a sanção da anulabilidade, embora constatando que tal solução não é isenta de críticas, na medida em que “*non appare del tutto coerente con la gravità dei vizi ed idonea a garantire un’adeguata tutela degli interessi coinvolti*”). Questão conexa é a de saber se quais as consequências do exercício abusivo, por parte do titular do direito de voto, sugerindo Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 24 e segs. e Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 223, que tal comportamento apenas produzirá efeitos nas relações internas pignoratícias – podendo legitimar um pedido de venda antecipada do bem empenhado e/ou de indemnização de danos - , negando o primeiro que tal situação se reflecta na validade da deliberação. Já no direito espanhol, onde vigora uma regra semelhante à consagrada na legislação lusa, Mejias Gomez, *Prenda de participaciones sociales cit.*, pág. 636, sustenta que quando seja o sócio a exercer o direito de voto, haverá responsabilidade para com o credor quando se produzam prejuízos em consequência do exercício do direito de voto (“*porque el deudor no debe vaciar de contenido el valor en prenda ni disminuir su función de garantía*”); ao invés, quando o votante seja o credor e do exercício desse voto decorram prejuízos para o proprietário, a responsabilidade fundar-se-á no dever de conservação do bem empenhado que impende sobre qualquer credor pignoratício.

<sup>2490</sup> A nosso ver, uma hipótese será a de o credor exercer o direito de voto quando o penhor for constituído em violação das proibições estatutárias (caso em que a deliberação em que tenha votado o credor pignoratício será anulável – cfr. art.º 58.º, n.º 1, alínea a), do CSC). Outra, será a de o credor votar, não ofendendo o penhor qualquer disposição legal ou estatutária, mas quando, nos termos acordados entre as partes no contrato de garantia, não lhe assista o direito de voto ou, assistindo-lhe tal direito, não tenha demonstrado tal titularidade perante a sociedade. Em qualquer destas duas últimas hipóteses, o voto por parte do sujeito não legitimado será raro, uma vez que dependerá da incúria ou inépcia dos órgãos sociais na verificação (através da exibição das próprias participações, da consulta do registo ou dos certificados de legitimação, consoante a forma de representação da participação) da legitimidade para o exercício de tal direito. Em qualquer dos casos e sempre que o credor, não legitimado, exerça o direito de voto, a sanção será a anulabilidade (cfr. art.º 58.º, n.º 1, alínea a), do CSC) quando a presença dessa pessoa foi determinante para a formação do quórum constitutivo (art.º 383.º, n.º 2, do CSC) e, mesmo quando tal não suceda, a mesma sanção é defensável, pelo menos quando o voto do impedido tenha sido decisivo para a aprovação da deliberação (Coutinho de Abreu (coord.) Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I, Almedina, 2010, pág. 674, a respeito da hipótese inversa – impedimento do exercício do direito de voto por parte de quem se encontrava legitimado para o efeito -, mas com conclusões transponíveis, por identidade de razão, para a hipótese em apreço, vai mais longe e sustenta a anulabilidade, mesmo quando o voto daquele que poderia votar – neste caso, do impedido - seja irrelevante para a decisão tomada, argumentando que a finalidade da norma, assegurar a o exercício dos direitos sociais por parte de quem se encontre legitimado para o efeito – e só por esses, acrescentamos nós – reclama tal solução). No sentido da anulabilidade de uma deliberação social tomada com a participação de um sujeito que não dispunha de poderes para o efeito (*in casu*, excedendo os seus poderes enquanto representante comum) – e, aparentemente, desconsiderando a questão da relevância do voto do mesmo para a aprovação da dita deliberação – vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Outubro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); pelo contrário, sustentando que a participação indevida ou impedimento ilegítimo da participação numa assembleia geral apenas gera a invalidade da deliberação respectiva quando os votos daquele que participou sem o poder fazer ou do que poderia votar e não foi autorizado, fossem decisivos para o sentido da votação (apelando ao chamado teste de resistência), vide Pinto Furtado, *Deliberações de sociedade comerciais*, Almedina, 2005, págs. 641 e 642.

<sup>2491</sup> Como já foi mencionado, o ordenamento italiano confere tais direitos, conjuntamente, ao sócio devedor e ao credor pignoratício. Antes da consagração desta solução legal, Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 37 e segs., argumentando precisamente com o carácter instrumental face ao direito de voto, sustentava a atribuição deste direito ao titular do direito de voto, embora reconhecesse haver posições contrárias, que repousavam na natureza excepcional da concessão do direito ao voto ao credor, permanecendo todos os demais direitos na titularidade do sócio (não esquecer que, no direito italiano, o

instrumental face ao direito de voto pode condicionar a sua atribuição a algum dos sujeitos da relação pignoratícia: todavia, tal não significa necessariamente que a parte não titular do direito de voto não possa também exercer alguns desses direitos sociais.<sup>2492</sup>

De acordo com a regra plasmada no art.º 23.º, n.º 4, do CSC, tais direitos caberão, salvo convenção em contrário, ao sócio empenhante (ainda que não titular do direito de voto), mesmo que tal princípio possa sofrer alguns desvios em face de alguns preceitos que especificamente regulamentam o exercício de alguns desses direitos

Desde logo e a propósito do direito à informação<sup>2493</sup> sobre a vida da sociedade, afirma o art.º 293.º do CSC<sup>2494</sup> que esta última prerrogativa assiste também ao credor pignoratício quando a este compita, por força de lei ou de convenção, votar,<sup>2495</sup>

---

direito de voto é da titularidade do credor, salvo convenção em contrário). Já Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 226, defendia que, mesmo quando o direito de voto fosse concedido ao credor, o sócio apenas perderia o direito de exercer “*quelle facoltà così intimamente collegata con il voto da non avere un ragion d’essere autonoma, ma da risultare funzionalmente perordinate all’esercizio di esso*”. Hoje em dia tal problema encontra-se solucionado pelo n.º 6 do art.º 2352.º do CCI que confere tais direitos a ambos. No direito espanhol Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 342 e 343, considera que estes direitos caberão ao sujeito titular do direito de voto (por serem instrumentais relativamente a este) e como, tendo em conta a redacção lata do art.º 72.º da LSA – que atribui ao sócio o exercício dos direitos sociais –, este último é normalmente concedido ao sócio, a esta competirão também aquelas prerrogativas acessórias.

<sup>2492</sup> Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 335 a 337, sustenta, a propósito do direito a impugnar as deliberações sociais, que a existência de interesses específicos do sujeito não titular do direito de voto pode consentir a atribuição ao mesmo do direito de impugnar aquelas decisões (mais especificamente, “*el socio tiene un razonable interés de tutelar la legitimidad de las deliberaciones y acuerdos asamblearios aun cuando el ejercicio del derecho de voto sea conferido a otra parte. Unos intereses que no pueden ser paralizados por la apodíctica afirmación de que voto e impugnación son atribuidos necesariamente al mismo sujeto (...) una misma acción pueda atribuir el poder de impugnación tanto al titular del derecho limitado como al socio, en cuanto que ambos son portadores de intereses autónomos*”); porém, o mesmo Autor aceita que, relativamente à generalidade dos demais direitos sociais (nos quais inclui, exemplificativamente, o direito de convocação das assembleias gerais, de solicitar judicialmente a nomeação de um auditor de contas ou requerer aos administradores a presença de um notário na assembleia geral), o seu exercício corresponda ao sujeito legitimado para exercer o direito de voto.

<sup>2493</sup> Normalmente o conteúdo do direito à informação costuma dividir-se em quatro grandes categorias: um direito mínimo à informação (art.º 288.º), a informações preparatórias da assembleia geral (art.º 289.º, n.ºs 1 e 2), à informação na própria assembleia geral (art.º 290.º, n.º 1) e o direito colectivo à informação (art.º 291.º) – Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 84. Em termos paralelos no direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 344 e 345, distingue entre o direito de informação em sentido estrito (entendido como direito a obter todos os dados e esclarecimentos para o exercício adequado do direito de voto) e em sentido lato (que é independente do exercício do direito de voto).

<sup>2494</sup> Defende a aplicação por analogia a outro tipo de sociedades do princípio vertido neste art.º 293.º, Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial cit., Vol. II, págs. 349 e 350.

<sup>2495</sup> Tendo em conta que a lei (cfr. art.º 23.º, n.º 4, do CSC) não concede o voto ao credor pignoratício, o exercício autónomo do direito à informação só lhe pode advir de convenção celebrada com o sócio empenhante. Para Sofia Maltez, ob. cit., pág. 44, ainda que o direito de voto tenha sido outorgado ao credor pignoratício – e este disponha, por isso, do direito à informação – nem por isso o sócio empenhador ficará despojado de idêntica faculdade (no mesmo sentido, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 84, argumentando que, tendo em conta o carácter tendencialmente temporário da relação pignoratícia, o sócio empenhante pode retomar, a qualquer momento, o exercício do direito de voto, não se justificando, assim, a perda do direito à informação na vigência daquela relação). No direito italiano, o n.º 6 do art.º 2352.º do CCI atribui este direito a ambos os titulares da relação pignoratícia (mesmo antes da entrada em vigor dessa norma, Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 223 e segs., propunha a mesma solução, admitindo que qualquer deles pudesse exercer autonomamente tal direito), enquanto no direito espanhol a regra geral do art.º 72.º, n.º 1, da LSA faz com que este direito assista (tal como todos os inerentes às acções), salvo disposição estatutária em contrário, ao sócio empenhante. Em face do direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 219, destaca como, ainda que este direito compita ao sócio (como normalmente sucederá, pois acompanhará a sorte do direito de voto), tal “*no debe llevar a que se excluya a la otra parte de los demás derechos políticos*”, devendo, por isso e no que especificamente

enquanto o direito de participar nas deliberações sociais é inerente à titularidade do direito de voto (cfr. art.º 379.º, n.º 1, do CSC),<sup>2496</sup> pelo que acompanhará a sorte deste.<sup>2497</sup>

Já se apresenta mais nebulosa a titularidade do direito de impugnar as deliberações sociais,<sup>2498</sup> de requerer a convocação das reuniões magnas<sup>2499</sup> e de

---

respeita à informação “*proporcionar a la otra parte, si así lo requiere, los informes, aclaracionesy documentos precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día de la Junta*”. Pelo contrário Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 345 e segs., atribui este direito, conjuntamente, ao sócio e ao credor pignoratício, por considerar “*este derecho es algo más que un accesorio del de voto, cobrando fuerza por sí mismo, complementando a aquél, y sin que ninguna de ambas partes pueda verse privada de su derecho a conocer la marcha de la sociedad*” (contudo, o Autor reconhece que, em princípio, o exercício deste direito caberá à parte a quem compita exercer o direito de voto – sem prejuízo de uma cláusula estatutária poder atribuir legitimidade para o exercício do direito de informação ao sujeito não titular do direito de voto -, mas sem que isso impeça a outra parte de obter tais informações).

<sup>2496</sup> Ao ponto de o normalmente apelidado direito de voto englobar, no entender de alguns (vide Sofia Maltez, ult. ob. e loc. cit.) três dimensões: a presença na assembleia, o poder de intervir na discussão e o direito de voto propriamente dito. Por isso mesmo, Gaspere Spatazza, ob. cit., pág. 682, se mostra desfavorável a uma convenção que outorgue a um dos sujeitos o direito de participar (e intervir) na assembleia e ao outro o poder de votar. Pelo contrário, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 314, declara que “*es posible que se dé el derecho de asistencia sin su homónimo de voto, en la que los accionistas pueden asistir pero no votar, por ejemplo al no cumplir las formalidades que fijan los estatutos*” (como sucederá quando, até 5 dias anteriores à data da realização da assembleia, não tenham depositado as acções ao portador ou não tenham inscrito no livro da sociedade as suas acções nominativas), considerando, ao invés, que “*el derecho de asistencia implica, en suma, el derecho a intervenir en los debates. No cabe una asistencia de mera presencia*”.

<sup>2497</sup> Para Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 79, este direito também se encontra abrangido pelo art.º 23.º do CSC, pelo que a regra será a do ser exercício pelo sócio empenhante.

<sup>2498</sup> Embora importe distinguir consoante tais deliberações sejam nulas ou inexistentes (caso em que o credor pignoratício, ainda que não titular do direito de voto, terá o poder de as impugnar – no mesmo sentido para o direito italiano, Niccolò A. Bruno, ob. cit., págs. 33 e 34, Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 228 e Stefano Poli, ob. cit., pág. 445 e, para o direito espanhol, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 219) ou meramente anuláveis (circunstancialismo em que apenas o titular do direito de voto estará legitimado para contestar tais decisões, isto apesar de o n.º 1 do art.º 59.º do CSC fazer referência a “*sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento*”, tal expressão deve ser interpretada de modo a abarcar também o credor pignoratício, quando lhe tenha sido atribuído o direito de voto – relativamente a este último aspecto, cfr. Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 92, nota 162 e Stefano Poli, ob. cit., pág. 455). No direito italiano Gaspere Spatazza, ob. cit., págs. 683 a 685, Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 28 e segs. e Stefano Poli, ob. cit., pág. 442 e segs., dão conta da existência de três entendimentos contrapostos, um dos quais propondo que, mesmo quando o direito de voto seja atribuído ao credor pignoratício, o direito de impugnar as deliberações sociais caiba exclusivamente ao sócio (fundamentando a sua posição no carácter excepcional da atribuição legal do direito de voto ao credor pignoratício, daí retirando a conclusão que nenhum outro direito lhe pode ser atribuído); um outro, baseado no carácter instrumental do direito de impugnação face ao direito de voto, considerando que a legitimidade para contestar a validade das decisões caberá ao titular do direito de voto (tese defendida por Stefano Poli, ob. cit., pág. 446 e segs., alegando que a função da impugnação é a de exercer um “*controllo sulla legittimità formale e sostanziale del procedimento di formazione della volontà assembleare (...) dell’organizzazione societaria e non va piegata ad esigenze del rapporto pignoratizio*”, considerando que a atribuição deste poder a ambas as partes da relação pignoratícia resultaria numa violação dos princípios da indivisibilidade e da igualdade das acções ao duplicar um direito social, atribuindo dois direitos de impugnação a uma mesma acção. Para além disso, o mesmo Autor defende a aplicação da mesma solução, em razão da conexão dos mesmos com o direito de voto, a outros direitos administrativos, como o de convocação e intervenção na assembleia); um terceiro, por fim, reconhecendo legitimidade a ambos os sujeitos (naturalmente se o direito de voto couber ao credor pignoratício), pois, como afirma Spatazza “*data la temporaneità della funzione di garanzia, il creditore pignoratizio potrebbe non impugnare deliberazioni che invece potrebbero risultare pregiudiziali per la posizione del socio. In questo caso, è stato ritenuto, el socio sarebbe legittimato ad impugnare la deliberazione*”: foi este o entendimento que prevaleceu, na medida em que o n.º 6 do art.º 2352.º do CCI estabelece, em regra, a atribuição dos direitos administrativos diversos do voto – como é o caso do direito de impugnar as deliberações sociais – a ambos, ao sócio

denunciar judicialmente (nomeadamente através da propositura de acções indemnizatórias) as infracções graves verificadas na gestão da sociedade:<sup>2500</sup> ao menos

devedor e ao credor pignoratício (já Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 228 e segs., defendia a atribuição conjunta desse direito quando ao credor pignoratício tivesse sido atribuído o direito de voto – tendo em conta o carácter acessório do direito de impugnação face a este último, embora o credor apenas o pudesse fazer caso não tenha participado na votação ou tenha votado contra - , e restringindo-o ao sócio quando seja ele o titular do direito de voto). No direito espanhol Mejias Gomez, La prenda de participaciones cit., pág. 637, atribui legitimidade a ambos os sujeitos para impugnar as deliberações nulas (pois o art.º 117.º da LSA confere tal poder a qualquer terceiro que possua um interesse legítimo – no mesmo sentido Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 338 e 339), enquanto para as deliberações anuláveis e apesar de a lei fazer apenas referência aos sócios, “*creemos que debe extenderse su aplicación a los no socios pero legitimados frente a la sociedad, bien por los estatutos, bien por el título constitutivo de la garantía o por la correspondiente representación*” e mesmo, quando as deliberações o possam afectar directamente, quando o credor pignoratício não se encontre legitimado para a participação e o voto nas assembleias. Por seu turno Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 341 e 342, defende que este direito caberá aquele que, no plano das relações externas, esteja legitimado para o exercício do direito de voto, sem prejuízo de “*en las relaciones internas, que si no ha obrado como un administrador diligente, la otra parte pueda interponerle una acción de daños*” e sempre que o título constitutivo do penhor não atribua em exclusivo o direito de voto a quem esteja legitimado para o seu exercício, caso em que o sujeito não legitimado para o voto não terá direito a impugnar os acordos anuláveis (o Autor recusa a atribuição exclusiva ao sócio – eventualmente mais conforme com o teor literal do preceito - ou ao credor pignoratício ou a ambos). Finalmente Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 337 e segs., (depois de por em destaque o carácter indisponível das normas sobre a impugnação – no sentido em que o título constitutivo da garantia não pode afastar o regime legal - e de atribuir legitimidade ao sócio para a interposição de uma providência cautelar de suspensão da deliberação ao sócio, sem prejuízo da possibilidade de o credor, em caso de inactividade daquele, solicitar o direito de representação das acções empenhadas para propor a medida cautelar e, em caso de recusa, responder pelos danos causados) atribui legitimidade para impugnar as deliberações nulas ao credor e ao sócio (independentemente de quem seja o legitimado para exercer o direito de voto), enquanto para as deliberações anuláveis a legitimidade assiste àquele a quem caiba o direito de assistência e voto nas assembleias gerais (embora esta, quando tal lhe seja solicitado pela outra parte, deva “*bien a impugnar el acuerdo anulable – si tiene la atribuida la exclusiva titularidad -, bien a otorgar a la otra parte el poder preciso para el ejercicio de la acción de impugnación*” e, não o fazendo, sujeita-se a ter que indemnizar pelos danos que causar. Por outro lado, quando o título constitutivo da garantia confira a uma das partes o direito exclusivo de voto e a mesma solução conste dos estatutos, o não titular não terá direito a impugnar as deliberações sociais; se, pelo contrário, “*el título constitutivo otorgare el derecho de impugnación al no legitimado frente a la sociedad, el que sí lo estuviere deberá seguir las órdenes que le imparta el legitimado por el título prendario, y si no lo hace, incurrirá en responsabilidad*”).

<sup>2499</sup> Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 683, cita decisões judiciais que negam ao credor pignoratício, mesmo titular do direito de voto, o poder de solicitar a convocação extraordinária da assembleia geral, alegando que, nos termos legais, tal prerrogativa compete apenas ao sócio, enquanto Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 35 e segs., cita decisões nesse mesmo sentido, embora indique outras na qual se reconhece o direito de convocação ao titular do direito de voto, atento o carácter instrumental daquele relativamente a este. Todavia, esta posição é anterior à introdução do actual n.º 6 do art.º 2352.º do CCI que passou a atribuir este poder aos dois sujeitos.

<sup>2500</sup> No direito italiano, sempre se discutiu a quem competiria o exercício de tal faculdade, existindo três entendimentos contrapostos: um deles, restringindo a titularidade de tal poder ao sócio, outro concedendo-o unicamente ao credor (neste sentido, Stefano Poli, ob. cit., pág. 467, justificando tal entendimento com o facto de estes direitos de controlo – não apenas de denúncia, mas também de inspecção das contas da sociedade – serem um meio de conservação do valor da acção enquanto objecto da garantia do credor) e, finalmente, outro ainda atribuindo a ambos tal direito (argumentando ser esse um aspecto essencial à conservação da garantia): foi esta última posição a plasmada em lei pela nova redacção do n.º 6 do art.º 2352.º do CCI (sobre as diversas posições, vide Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 40 e segs.). A solução consagrada por este preceito – atribuição dos direitos administrativos para além do voto conjuntamente ao credor e ao sócio – encontra eco na norma relativa às acções inseridas num sistema de gestão centralizada (art.º 33.º, n.º 3, do Regulamento Consob n.º 11768/98), embora seja passível de críticas (contestando-se que a sociedade tenha que suportar o exercício disjuntivo e cumulativo do mesmo direito social relativamente às mesmas acções) e possa ser derogada pelas partes, atribuindo exclusivamente a alguma delas a titularidade de alguns desses direitos.

nestas duas últimas hipóteses, a ausência de normas especiais conduz-nos, salvo melhor juízo, à aplicação da regra geral e, por isso, à outorga de tal direito ao sócio (cfr. art.º 23.º, n.º 4, do CSC).<sup>2501</sup>

Por outro lado, cabe a analisar a titularidade dos habitualmente designados direitos de incorporação ou de opção,<sup>2502</sup> entre os quais podemos distinguir o aumento

---

<sup>2501</sup> Embora, quanto ao direito de interpor judicialmente acções de responsabilidade, cumpra distinguir consoante estas sejam propostas em nome da sociedade (art.º 75.º do CSC, caso em que a propositura da acção depende de aprovação de deliberação social nesse sentido, na qual o credor poderá eventualmente tomar parte, se lhe tiver sido concedido o direito de voto) ou dos sócios (art.º 77.º do CSC, caso em que se trata de um direito estritamente pessoal, cujo exercício será alheio à vontade do credor pignoratício).

<sup>2502</sup> No direito italiano e após a reforma de 2003, Lorenza Bullo e Cláudia Sandei, ob. cit., pág. 89 e segs., sustentam que a atribuição do direito de opção ao sócio devedor - que respeita à subscrição preferencial cuja emissão já tenha sido deliberada - se justifica pela circunstância de, através do exercício do direito de opção se manter “*proporzionalmente inalterata la misura con cui egli concorre alla formazione della volontà sociale; dall’altro, fa si che non si modifichi il valore reale della partecipazione azionaria*”, não devendo ser atribuído ao credor, uma vez que para este a vida societária apenas assume importância durante um período limitado de tempo (embora admitam que o credor poderá requerer a invalidade de uma deliberação que viole as normas legais relativas à exclusão ou limitação do direito de opção – tendo em conta o seu interesse na manutenção do valor económico do objecto da sua garantia - , até porque o direito de voto, salvo convenção em contrário, caber-lhe-á: todavia, alguns aceitam que o exercício do direito de voto por parte do credor deva, quanto a esta matéria e tendo em conta o interesse principal do sócio, ser precedido de uma consulta ao sócio). Mesmo antes da reforma, a solução era já defendida por Stefano Poli, ob. cit., pág. 529 e segs., argumentando que das duas finalidades subjacentes à titularidade de tal direito (a manutenção do peso específico no interior da sociedade e de evitar a depreciação do valor das acções em caso de subscrição dos novos títulos pelo seu valor nominal) a primeira interessa primordialmente ao sócio, enquanto a segunda também releva para o credor (por permitir preservar o valor dos bens empenhados), pelo que “*il diritto d’opzione coinvolge sempre e, comunque, in misura maggiore, l’interesse del socio, ancorché debitore pignoratizio, mentre inerisce solo in via eventuale a quello di cui è portatore il creditore*”. Por último, importa chamar a atenção para o n.º 4 deste mesmo art.º 2352.º, nos termos do qual, em caso de necessidade de efectuar pagamentos sobre acções não integralmente liberadas, cabe ao sócios efectuá-los até três dias antes do vencimento (de acordo com as Autora por último citadas, a regra será que tais pagamentos serão efectuados ao credor pignoratício – que, em seguida, pagará à sociedade – sem prejuízo da faculdade de o sócio efectuar tal liquidação directamente à sociedade), sob pena de, não o fazendo, o credor poder alienar as acções nos mesmos termos previstos para a alienação do direito de opção (para além de, pretendendo manter a garantia, efectuar directamente o pagamento das somas em falta, subrogando-se *ex lege* no crédito da sociedade para com o sócio devedor): se tal venda não se verificar – designadamente por ausência de compradores – as acções do sócio moroso poderão ser anuladas (cfr. art.º 2344.º), sem prejuízo do direito do credor pignoratício requerer, neste último caso, a adjudicação em pagamento de tais acções ou, em alternativa, um reforço da garantia (Stefano Poli, ob. cit., pág.613, recorda que o limitado campo de aplicação da norma, tendo em conta que as acções desmaterializadas objecto de gestão centralizada devem estar integralmente liberadas e, mesmo quanto às acções tituladas, a hipótese também será rara tendo em conta a infosismável atenuação da garantia que resulta do carácter não liberado das acções). No direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 662 e segs. (vide também Prenda cit., págs. 96 e 97), sustenta que o penhor de acções não liberadas é possível, mas levanta problemas relacionados com a possível reclamação dos dividendos passivos antes do vencimento da obrigação assegurada, assim como com as eventuais responsabilidades derivadas do não pagamento e posterior reclamação por parte da entidade emissora (uma vez que, se antes do fim do prazo para liquidação dos dividendos passivos, se vencer a obrigação garantida, o credor pignoratício pode executar o objecto empenhado): se assim é, devem os potenciais adquirentes das acções ser alertados para esta especial situação das acções. Já Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, ob. cit., págs. 677 e 678, destacam que a obrigação de liquidação dos dividendos passivos cabe ao sócio e, em caso de incumprimento, o credor pode cumpri-la (aumentando assim o montante do seu crédito e podendo sub-rogar-se na posição da sociedade), exigir do sócio o seu cumprimento (caso em que poderá recusar a devolução das acções ao sócio até que seja paga esta importância) ou executar a garantia (em termos análogos, Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 198 e 220, ressaltando, porém, que em caso de mora por parte do sócio, se a sociedade optar por vender as acções e sempre que tiver sido notificada da constituição do penhor, deverá notificar o credor pignoratício, atenta a sua condição de potencial interessado). Por seu turno De la Santa García, ob. cit., pág. 115 e segs., admite

de capital por incorporação de reservas<sup>2503</sup> e o aumento de capital por subscrição de novas acções,<sup>2504 2505</sup> bem como o modo de exercício desse direito.<sup>2506</sup>

igualmente a empenhabilidade deste tipo de acções (mas já não de quotas de sociedades de responsabilidade limitada, uma vez que nestas deve estar integralmente desembolsado o montante a que os sócios se obrigaram inicialmente), impondo ao constituinte da garantia o dever de liquidar os dividendos passivos pendentes, mas facultando ao credor legitimidade para o fazer em vez daquele (caso em que poderá reclamar as importâncias dispendidas ao sócio devedor ou optar pela sub-rogação na posição do sociedade emitente) ou executar a garantia (embora este direito possa colidir com idêntica faculdade outorgada à própria sociedade – cfr. art.º 45.º, n.º 5, da LSA – à qual também é permitido amortizar tais acções e reduzir o capital social: na opinião do Autor, este conflito deve ser solucionado em benefício da sociedade, não apenas porque o seu direito é anterior, mas também porque visa defender os direitos dos sócios e de terceiros, embora, quando se trate de acções nominativas e em razão da necessária inscrição do penhor sobre elas no livro de registo da sociedade, deva alertar o credor para o incumprimento do sócio empenhante, concedendo-lhe um prazo para liquidar tais dividendos passivos, sob pena de alienação das acções por parte da sociedade).

<sup>2503</sup> No direito italiano e de acordo com Lorenza Bullo e Cláudia Sandei, ob. cit., pág. 89 e segs, o penhor estende-se às acções emitidas em caso de aumento de capital gratuito – mediante passagem de reservas a capital - , solução esta expressamente consagrada no novo n.º 3 do art.º 2352 (introduzido em 2003), justificado com a equiparação legal entre a emissão de acções gratuitas e aumento de valor nominal das acções pré-existentes, com a consequência de *“le azioni gratuite di nuova emissione siano da considerare delle componenti del capitale già assoggettato a pegno”*. Mesmo antes desta alteração, Stefano Poli, ob. cit., pág.569 e segs., já defendia a mesma posição (*“attribuzione delle proprietà dei titoli al socio debitore, con contestuale estensione della garanzia pignorizia a favore del creditore”*), com fundamento no facto de *“la quota di patrimonio che viene imputata a capitale rientra nell’oggetto sostanziale della garanzia pignorizia”*, uma vez que com o aumento gratuito e *“Con il passaggio di riserve a capitale, il creditore vede sacrificate le proprie aspettative di natura soddisfattiva poiché, per tale ammontare, viene meno la possibilità giuridica di una distribuzione sotto forma di dividendo”*, de modo que o não alargamento do penhor a estes títulos constituiria uma forma sub-reptícia de redução da garantia (admitindo, porém, que as partes possam afastar este regime). No direito espanhol, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 351 e segs., defende que para os aumentos de capital gratuitos o penhor deve abranger também as acções decorrentes desse aumento (argumentando que um dos efeitos da constituição do penhor é a aquisição, por parte do credor, de um direito sobre uma ali quota do capital social, que servirá para determinar a medida dos direitos sociais e, indirectamente, da repercussão da garantia relativamente ao património da sociedade: se assim é, *“cuando se produce un aumento de capital gratuito, que no es otra cosa que utilizar elementos ya existentes en el patrimonio social para aumentar la cifra del capital, es necesario que la prenda se extienda a la nueva cuota en el capital social, tanto para mantener la proporción en el ejercicio de los derechos que pueden corresponder al acreedor pignoraticio, como, fundamentalmente, para mantener la sustancia económica de la prenda”*), embora seja imperioso distinguir consoante o aumento se efectue mediante um incremento do valor nominal das acções antigas (hipótese mais simples, na qual o penhor se estende automaticamente ao novo valor nominal, seja para as acções tituladas – bastando a apresentação, por parte do credor, à sociedade das acções para a estampagem do novo valor nominal - , seja para as acções escriturais, caso em que a modificação do valor nominal caberá à entidade gestora do sistema, desde que o credor previamente restituia o certificado de legitimação) ou, ao invés, através da entrega de novas acções (caso em que o facto de o art.º 72.º da LSA atribuir o exercício de todos os direitos sociais – e, por isso, de recolher as novas acções - ao sócio parece implicar que o credor pignoraticio apenas disponha de uma acção pessoal contra o sócio para lhe exigir a entrega, a fim de lhes estender a garantia: todavia, o Autor sugere que, embora as novas acções sejam propriedade do sócio, nascerão automaticamente oneradas, aplicando analogicamente o regime previsto para o usufruto. Nesta conformidade, nas acções escriturais a entidade gestora deve praticar *“ex officio”* a inscrição do penhor quando inscreva os novos valores; nas acções tituladas será necessária a colaboração do sócio devedor, quer se trate de acções ao nominativas – para as quais *“será necesaria la colaboración del socio para la correcta constitución de la prenda (realizando el endoso o la escritura de cesión). Por ello, es necesario que los nuevos títulos pasen a poder de éste para que pueda realizar dichas formalidades”* - quer se trate de acções ao portador, uma vez que não faria sentido que a legitimidade variasse em função da natureza do título e, por outro lado, porque a solução contrária iria contra o bom funcionamento da sociedade). Menos assertivos são Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, págs. 674 e 675, pois, embora reconheçam que a solução mais conforme com a protecção do direito do credor seja a de as novas acções nascerem já oneradas, ela pode ser posta em causa no caso de aumento de capital mediante a subscrição de novas acções, uma vez que *“si el accionista ostenta la facultad de retirar las acciones asignadas y no proceda a*

---

la entrega de las mismas al acreedor, o, tratándose de acciones anotadas, no efectúa la inscripción de la garantía en la cuenta respectiva, no se comprende cómo puede haberse constituido aquél derecho real limitado sobre las nuevas acciones, dado el carácter esencial que la posesión del acreedor reveste a tales efectos. En estos casos, pues, éste ostenta simplemente una acción de naturaleza personal a fin de obtener del socio la entrega – real o ficticia, mediante la inscripción – de los nuevos valores y poder, así, crear sobre ellos la garantía. Consecuentemente, cuando el socio se resista a entregar las acciones al acreedor, éste podrá estimar vencida la obligación principal (...) y proceder a la realización de la prenda”. Defendendo, ao invés, a extensão automática às novas acções decorrentes de um aumento de capital com recurso a dividendos ou reservas, vide Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 219 (afirmando que, nestes casos, “los derechos de asignación gratuita de éstas nacerán gravados con la prenda y, por tanto, la enajenación de la plena propiedad de tales derechos (...) precisará, junto al del propietario, el consentimiento del acreedor pignoratício”). Finalmente Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 379 e segs., outorga o exercício de tal direito ao sócio (embora advirta que o mesmo opera de modo automático), mas ressalva que a garantia se espraia, automaticamente, de modo a abranger as novas acções.

<sup>2504</sup> No direito italiano, o art.º 2352.º, n.º 3, do CCI, dispõe que o penhor, em determinados casos, se estende às acções da nova emissão (apesar de o n.º 2 do mesmo preceito afirmar que o direito de opção pertence ao sócio e que a este serão atribuídas as acções subscritas em resultado do exercício desse direito). Antes da introdução daquele n.º 3 pela nova redacção do preceito – introduzida pelo d.lg n.º 6 de 17/1/2003 – assistia-se a uma discussão análoga à que se verifica entre nós, sendo vislumbráveis quatro posições distintas (todas elas convergindo, porém, na negação do carácter de fruto do direito de opção e, por consequência, do resultado do seu exercício): a primeira, configurando o direito de opção como uma utilidade aleatória e, por isso, negando a extensão do penhor às acções optadas ou ao montante resultante da alienação do dito direito de opção; uma segunda, considerando que o direito de opção constitui um elemento patrimonial da acção destinado a assegurar ao accionista a integridade da quota de participação no património social em caso de aumento de capital, sustentando que, em caso de venda do direito de opção, o credor pignoratício pode cobrar esse montante (nos termos previstos para o penhor de créditos) e, no caso de exercício do direito de opção, as novas acções estarão oneradas pelo penhor nos limites necessários à conservação da garantia (isto é, nos limites em que o valor patrimonial das velhas acções diminuir por efeito do direito de opção); uma terceira, próxima desta, sustenta que, em princípio, o penhor não abarca as acções decorrentes do exercício do direito de opção, sem prejuízo de o credor poder, em caso de diminuição da sua garantia, solicitar outra idónea (ou, caso tal não suceda, o imediato pagamento do crédito); finalmente, não faltava quem advogasse que todas as novas acções optadas ficarão oneradas pelo penhor (sobre este assunto, vide Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 46 e segs., Stefano Poli, ob. cit., pág. 537 e segs. e, sobretudo, Gaspare Spatazza, ob. cit., págs. 685 a 687, salientando este último que grande parte da polémica radica na interpretação do n.º 3 do art.º 1998.º do CCI – nos termos do qual o penhor de títulos de crédito não se alarga aos prémios e a outras utilidades aleatórias produzidas pelo título – nomeadamente a fim de incluir na previsão da norma as novas acções optadas resultantes de velhas acções empenhadas – ou da alienação do direito de opção – ou das acções gratuitamente atribuídas ao sócio empenhante na sequência da passagem de reservas disponíveis a capital). Por outro lado e segundo Lorenza Bullo e Cláudia Sandei, ob. cit., pág. 89 e segs., se o sócio exercer o direito de opção – procedendo, para o efeito, ao pagamento das importâncias devidas – será duvidoso se o penhor se alargará às acções resultantes de um aumento de capital oneroso (contrapondo-se a posição daqueles que admitem tal extensão, de outros que a negam – apesar de admitirem que o credor se possa socorrer, em caso de diminuição da garantia na sequência do aumento de capital, dos mecanismos previstos no regime geral do penhor – e, finalmente, dos que apenas admitem a extensão relativamente às acções cujo valor seja suficiente para compensar a diminuição da garantia causada pelo aumento de capital: na opinião das Autoras, após a reforma de 2003 deve aceitar-se a primeira posição, uma vez que “la causa dell’acquisto delle nuove azioni è da rinvenire nel versamento eseguito dal socio, onde esse devono spettare liberamente a costui (...) nel senso che il pegno non si estende alle nuove azioni sottoscritte dal socio in forza dell’opzione, nemmeno in parte e precisamente nella misura in cui il valore reale delle azioni superi la soma versata dal socio per sottoscriverle” – contra, Stefano Poli, ob. cit., pág. 544 e segs., alegando que qualquer das partes, sócio e credor, possuem interesses relevantes no aumento de capital – o primeiro, a obter as acções subscritas por força do direito de opção e o segundo a não ver diminuído o valor do objecto da garantia – mas este último é de difícil identificação e quantificação e, ademais, poderá ser assegurado através do pedido de reforço da garantia – “utilizzabile in caso di deterioramento o perimento istantaneo (...) al momento in cui le nuove azioni vengono fatte oggetto di integrale sottoscrizione” – ou, anteriormente a esse momento, mediante o requerimento de venda antecipada. Ao invés, diversas são as soluções se o sócio não exercer o direito de opção (caso em que o credor terá o dever de o alienar, dando



---

preferência aos demais sócios) ou se o alienar (hipótese na qual o penhor passa a abarcar o produto da venda da opção, argumentando que tal venda “*costituisce una vicenda strana all’organizzazione societaria, che, monetizzando (parzialmente) lo stesso bene oggetto del pegno, comporta un’estensione della garanzia al ricavato*”, à imagem do que sucede com a cobrança ou venda do crédito empenhado – contra Stefano Poli, ob. cit., pág. 567, negando tal extensão).

<sup>2505</sup> No direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 641 e segs., partindo do pressuposto que o art.º 72.º da LSA atribui a generalidade dos direitos sociais, salvo disposição em contrário dos estatutos, ao sócio, entende que tal preceito abrange igualmente o direito de subscrição de novas acções decorrentes de um aumento de capital (destinada a assegurar um número de acções que permitam manter um equilíbrio entre as antigas e as novas acções detidas pelo sócio empenhante ou, em alternativa, que o produto da venda desse direito de subscrição seja utilizado para recuperar a perda da sua posição no âmbito da sociedade em consequência do aumento de capital). Nesta conformidade, existindo cláusula conferindo ao credor este direito, poderá ele exigir do sócio empenhante o reembolso das quantias adiantadas para o seu exercício “*atribuyéndose la titularidad al socio pignorante, que habrá de extender la prenda al número de acciones o participaciones precisas para equilibrar la disminución de la garantía*” (se, pelo contrário, o credor preferir não exercer este direito e optar pela sua alienação, deverá aplicar o produto desta para compensar o montante em débito). Na ausência de disposição estatutária, o legitimado para o exercício deste direito será o sócio e, então, das duas uma: ou exerce o direito e “*la prenda deberá comprender, al menos, aquellas acciones o participaciones que hubieran podido ser adquiridas sin desembolso alguno por el titular*”; ou o aliena e “*habrá de entregar el producto de la venta al acreedor pignoraticio para que lo destine a compensar la deuda o proporcionarle una garantía suplementaria que equilibre la disminución del objeto pignorado si la obligación garantida no ha devenido hasta esse momento en deuda alguna*” (solução que, de acordo com o mesmo Autor – cfr. Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 234 – pode consistir num penhor irregular sobre o produto da alienação do direito de subscrição preferente e a extensão da garantia às novas equivalentes à perda de valor do objecto empenhado). Em qualquer caso, sempre que o sócio não empenha um número de acções equivalente à perda do valor que sofra a garantia (ou não entrega do produto da venda dos direitos), o credor pignoraticio poderá invocar a perda do benefício do prazo, excepto se o sócio devedor prestar outras garantias igualmente seguras (todo este regime, porém, não se aplica aos aumentos de capital efectuados com recurso a reservas ou a benefícios de livre disposição, nos quais, salvo estipulação em contrário no título constitutivo do penhor, os direitos nascem já onerados pelo penhor – cfr. Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 233). Similarmente, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 355 e segs., pois, embora atribua o exercício do direito de subscrição preferente ao sócio, esclarece que se este não o exercer ou alienar até 10 dias antes do prazo fixado, ao credor assiste legitimidade para proceder à venda dos direitos ou à subscrição das acções (em qualquer caso, vendido o direito “*la prenda se extenderá al producto obtenido, que será entregado al acreedor pignoraticio, transformándose en una prenda irregular*”; pelo contrário, em caso de subscrição das novas acções, “*la prenda se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la subscrición*”). Mais longe ainda vai Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 217 a 219, defendendo que, dada a natureza anticrética do penhor, o credor tem direito a alargar a garantia aos frutos e acessões do bem onerado, podendo, por outro lado, levar a cabo todas as condutas necessárias à conservação do objecto da garantia, nomeadamente “*se llegara a la venta de los derechos de suscripción se destinaría su importe por el acreedor a extinguir total o parcialmente por compensación su crédito, dado que (...) se extendería la prenda al dinero obtenido*” (se, pelo contrário, se obtiverem novas acções, “*es del todo lógico que a ellas se extienda la prenda, pudiendo repetir el acreedor contra el deudor por el importe del desembolso*” ou, mais concretamente e nos termos do n.º 3 do art.º 70.º da LSA – ditado para o usufruto, mas analogicamente aplicável ao penhor – a garantia abrangerá as novas acções cujo desembolso se teria podido efectuar com o valor total dos direitos utilizados na subscrição, ficando as restantes acções propriedade daquele que tenha desembolsado o seu valor). Em sentido contrário, Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, pág. 674, consideram que tal direito cabe ao sócio e, uma vez exercido, nem sequer haverá lugar, na ausência de um norma legal expressa nesse sentido, a um alargamento da garantia de modo a abranger as acções subscritas ou o produto da venda do direito (restando ao credor instar o sócio a repor o valor da garantia e, se este não o fizer, produzir-se-á o vencimento antecipado da obrigação garantida). Finalmente Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 368 e segs., evidencia como o aumento de capital envolve uma diminuição do valor dos direitos patrimoniais incidentes sobre as antigas acções, a qual pode ser paliada pela subscrição das novas acções (ou pela alienação do direito de subscrição), atribuindo tal direito ao sócio (a quem incumbirá desembolsar as quantias necessárias para o exercício de tal direito ou, em alternativa, aliená-lo ou abster-se de quaisquer destas condutas e deixar caducar o direito de subscrição), mas sem que isso signifique deixar desprovido de qualquer protecção o

No âmbito da primeira modalidade aludida, o aumento de capital decorre da transferência de valores inseridos nas contas de reservas, havendo lugar a uma distribuição gratuita das novas acções aos accionistas ou um aumento do valor das já existentes (cfr. art.ºs 91.º e 92.º do CSC),<sup>2507</sup> surgindo a dúvida se as novas acções emitidas se encontrarão identicamente oneradas pelo penhor.

Os vários entendimentos resultam, desde logo, da divergência acerca da inclusão deste direito de incorporação na previsão do art.º 23.º do CSC, entendendo aqueles que respondem negativamente a este quesito que o penhor passará a abranger automaticamente as novas acções,<sup>2508</sup> enquanto quem advogue a inserção daquela

---

direito do credor à conservação do valor económico do objecto da garantia (o qual será assegurado, na opinião de alguns, através das regras gerais previstas para a diminuição da garantia – ou seja, a garantia não passará automaticamente a abarcar as novas acções – devendo o credor requerer a constituição de penhor sobre as novas acções, devendo a data de constituição da nova garantia reportar-se à do penhor inicial. Pelo contrário, o Autor sustenta que, se o sócio não exercer o direito de subscrição ou de alienação no prazo legal o credor dispõe do poder de o fazer e, se o fizer, em caso de subscrição “*la garantía se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción*” e, optando pela venda, “*la prenda se extenderá al resultado de la misma, transformándose en una prenda irregular*”). De la Santa García, ob. cit., pág. 135, entende que o direito de subscrição preferente cabe, salvo convenção em contrário (não sendo necessária a inclusão no pacto social de qualquer preceito a esse respeito, uma vez que se trata de matéria do foro das relações internas das partes no contrato de penhor), ao sócio e, em caso de não exercício por parte deste, o credor poderá considerar vencida a obrigação garantida e executar o bem empenhado (art.º 1229.º, n.º 3, do CCE), o mesmo regime valendo para a emissão de obrigações convertíveis em acções da mesma sociedade cujas acções tivessem sido empenhadas. No mesmo sentido, em face do direito espanhol, Bautista Pérez, ob. cit., págs. 51 e 52, esclarecendo que as novas acções se encontrarão, por isso, na livre disponibilidade do sócio (contudo, o Autor sustenta que, em caso de as acções entregues terem carácter de liberadas, “*como la única razón que existe para su entrega es la existencia de las antiguas, la garantía debe ampliarse, también, a estas nuevas, evitándose así además, el efecto de dilución que la ampliación produce*”).

<sup>2506</sup> Nos termos da nova redacção do n.º 2 do art.º 2352.º do CCI e apesar de o direito de opção caber ao sócio devedor, se este não efectuar, até 3 dias antes da data de vencimento, o pagamento das quantias necessárias para o exercício de tal direito (e se nenhum dos outros sócios pretender adquiri-lo), o direito de opção será alienado por conta do sócio através de um banco ou de uma instituição autorizada a negociar nos mercados regulamentados. Antes desta alteração, Stefano Poli, ob. cit., pág. 579 e segs., já se pronunciava no mesmo sentido, afirmando que “*il creditore pignoratizio non costituisce un tramite necessario per le attività connesse (alienazione del diritto) all’esercizio del diritto d’opzione e al versamento dei decimi residui, di spettanza del socio anche in presenza del di pegno*” (embora admita que as partes possam acordar diversamente, desde que não excluam a responsabilidade do credor pelo dever de custódia em caso de dolo ou culpa grave): porém, em caso de inacção por parte do devedor, o Autor sustentava que o credor não podia proceder directamente à alienação do direito de opção, salvo acordo do devedor, devendo antes recorrer a um intermediário especializado (para além disso, o Autor dá conta da necessidade, muitas vezes sentida pelo sócio devedor, de colaboração do credor para exercer este direito de opção, traduzida normalmente na necessidade de devolução do título empenhado, mas não no adiantamento de verbas para o efeito: todavia, tratando-se de valores desmaterializados, esse dever de colaboração recairá sobre as entidades legalmente encarregues da conservação e custódia dos bens empenhados).

<sup>2507</sup> No caso de se proceder à distribuição de novas acções, essa distribuição é gratuita, não carecendo os accionistas de desembolsar qualquer montante para as adquirir, sendo o número de acções a distribuir proporcional às acções anteriormente detidas por cada um dos accionistas (a menos que outro critério esteja estipulado no contrato social). Na hipótese de a sociedade optar pelo incremento do valor das participações existentes, serão emitidas novas acções com actualização do anterior valor nominal.

<sup>2508</sup> Fazenda Martins, ob. cit., págs. 116 e 117, entende que o exercício dos chamados “direitos de incorporação” cabe automaticamente ao credor pignoratício, independentemente de qualquer estipulação das partes nesse sentido, assegurando que o art.º 23.º não cobre tais direitos. No aumento de capital por incorporação de reservas, as novas acções emitidas deverão fazer parte da percentagem de capital sujeita ao penhor, por não estar em causa o exercício de um direito, mas antes a conservação do valor do objecto do penhor, que poderia ser diminuído caso este direito de incorporação fosse concedido ao sócio empenhante. Por último, alega que a alternativa – aplicação do art.º 670.º, alínea c), com a consequente

faculdade no âmbito da mencionada norma distingue entre o exercício do direito de incorporação (cujo titular seria o sócio, por força do art.º 23.º) e a sujeição das novas acções ao penhor anteriormente constituído (sujeição esta automática, por força de sub-rogação legal real, quando se trate de substituição das antigas acções por outras, mas negando que tal oneração se produza, salvo estipulação em contrário, em caso de distribuição de novas acções).<sup>2509</sup>

Já no aumento de capital por via de entradas em dinheiro, os accionistas têm um direito de preferência na subscrição das novas acções, sendo o número de acções que o accionista pode subscrever proporcional ao número de acções possuídas na data em que for deliberado o aumento (cfr. art.º 458.º, n.º 1, do CSC), pelo que interessa conciliar o não exercício dessa faculdade com o direito/dever do credor pignoratício à conservação do objecto da sua garantia (art.º 670.º, alínea c)).<sup>2510</sup>

Salvo convenção em contrário, entende-se ser ao sócio empenhador que incumbe exercer (ou não) este direito e, se o exercer, as novas acções extravasarão, excepto quando haja acordo em sentido diverso, da órbita da garantia pignoratícia.<sup>2511</sup>

---

atribuição das novas acções ao titular de raiz, cabendo ao credor pignoratício, em caso de diminuição da garantia, o direito de exigir a sua substituição ou o imediato cumprimento da obrigação garantida – acaba por conduzir ao mesmo resultado, embora forma não automática (salienta este último aspecto Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 91). Já na opinião de Maria Augusta Fernando, Oneração de valores mobiliários, 2003, in [http://www.jpab.pt/files/text/hl5\\_2003%20Julho\\_Onera%C3%A7%C3%A3o%20de%20valores%20mobili%C3%A1rios\\_Maria%20Augusta%20Fernando.pdf](http://www.jpab.pt/files/text/hl5_2003%20Julho_Onera%C3%A7%C3%A3o%20de%20valores%20mobili%C3%A1rios_Maria%20Augusta%20Fernando.pdf), págs. 33 e 34, não estará na dependência das partes a atribuição destes direitos, os quais cabem obrigatoriamente ao credor pignoratício (nascendo as novas acções já oneradas pelo penhor), uma vez que “*Se assim não se considerasse, e atendendo à natureza deste aumento de capital, verificar-se-ia uma diminuição do objecto do penhor, pelo que o credor poderia exigir a substituição da garantia, o seu reforço ou o cumprimento imediato da obrigação (art.º 670.º, alínea c), do CC)*”.

<sup>2509</sup> É a posição de Sofia Maltez, ob. cit., págs. 46 e 47, considerando que, nesta última hipótese, a não extensão do penhor se justifica pelo facto de o direito às novas acções só se ter concretizado durante a vigência do penhor (e alertando que, quando se produza uma diminuição do valor das acções dadas em penhor em razão do aumento de capital, o credor pignoratício terá a possibilidade de exigir, nos termos do art.º 670.º, alínea c), o reforço ou substituição da garantia). Já Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 90 e 91, apesar de fazer reentrar estes direitos na órbita do art.º 23.º do CSC, sustenta que a sub-rogação legal se produzirá, quer no caso de substituição de acções (independentemente da forma de representação destas, sendo que no caso das acções tituladas ao portador, o credor pignoratício terá direito à sua entrega), quer no caso de distribuição de novas acções, para o efeito aplicando analogicamente o regime previsto para o usufruto - art.º 92.º, n.º 4, do CSC – segundo o qual, havendo participações sociais sujeitas a usufruto, estes incidirá nos mesmos termos sobre as novas participações ou sobre as existentes, com o valor nominal aumentado (solução esta justificada em razão de, caso a sociedade optasse pela distribuição das reservas em vez de as incorporar, o seu beneficiário seria o usufrutuário – cfr. art.º 1476.º, n.º 1, alínea a), do CSC: ora, se o titular do direito aos lucros é, ao menos no entendimento deste Autor, o credor pignoratício, a analogia impõe-se).

<sup>2510</sup> Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 89.

<sup>2511</sup> Fazenda Martins, ob. cit., págs. 116 e 117, justifica que o penhor não implica a concessão do direito de voto (pelo que também não interessará ao credor manter uma determinada percentagem de votos no capital social) e afirmando, por outro lado, que “*a diminuição do valor das acções decorrente de um aumento de capital é meramente residual e o interesse do credor pignoratício na manutenção da garantia pode satisfazer-se, se for necessário, pela reposição do valor que emigrou das antigas para as novas acções*”, sendo que o prejuízo do credor poderá também advir do valor da amputação dos direitos de subscrição ou da menos-valia que sofra a participação social empenhadas em consequência da reorganização das participações sociais resultante do aumento de capital: em todos estes casos, o credor poderá invocar o já citado art.º 670.º, alínea c) (o Autor propõe esta solução mesmo quando ao credor caiba o direito de voto – e, por isso, tenha um manifesto interesse em intervir na vida societária – por força da aplicação do art.º 23.º do CSC). Em termos idênticos, Sofia Maltez, ob. cit., págs. 49 e 50 (dando conta que, na prática bancária, são frequentes as estipulações atribuindo o exercício deste direito ao credor ou, pelo menos, determinando a extensão do penhor às novas acções), Tiago Soares da Fonseca,

No que concerne às participações representadas por títulos, há ainda que considerar a hipótese de substituição dos originariamente empenhados, devendo assegurar-se, não obstante tal ocorrência, a manutenção da garantia sobre os títulos substitutos.<sup>2512</sup>

Quanto à obrigação de desembolso dos dividendos passivos, esta pesa sobre os ombros do sócio empenhante, embora em caso de incumprimento o credor possa, em alternativa, cumprir ele mesmo tal dever ou executar a garantia.<sup>2513</sup>

Há que avaliar, ainda, o destino do direito do sócio ao saldo da liquidação da sua participação, o qual poderá surgir no decurso da sua exclusão ou exoneração,<sup>2514</sup> da

---

ob. cit., págs. 88 e 89 (sublinhando que o mesmo regime se aplicará aos aumentos de capital por entradas em espécie, ainda que não exista qualquer direito de preferência, e de diminuição do capital social) e Maria Augusta Fernando, ob. cit. págs. 34 e 35 (salvaguardando, porém, que em caso de diminuição do valor real das acções da sociedade, é legítimo ao credor socorrer-se do disposto no art.º 670.º, alínea c)).

<sup>2512</sup> Esta hipótese de substituição encontra-se expressamente plasmada no art.º 59.º da LSA espanhola (que prevê mesmo, em caso de não devolução dos títulos antigos, a sua anulação), defendendo Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, que a legitimidade para receber os novos títulos assiste ao credor pignoratício, pelo menos quando se trate de acções nominativas, porquanto este “*está inscrito en el libro registro de socios, y, lo normal es que posea materialmente los títulos y estará interesado en disponer cuanto antes de los títulos válidos. Al mismo tiempo que el acreedor pignoratício vela por su propio interés, sirve al interés del socio*”. Em termos práticos e para que a substituição não afecte a subsistência da garantia, o Autor sugere que, sempre que possível, a sociedade proceda à correcção dos títulos, a fim de preservar o endosso (pois em caso de substituição propriamente dita, poderá não constar do título o endosso, a menos que sobre o novo título se inscrevam os endossos verificados sobre o título antigo, designadamente através da inserção no novo título de uma declaração nos termos da qual o anterior título havia sido anulado, com excepção do que se refere à cadeia de endossos).

<sup>2513</sup> No primeiro caso, poderá exigir o reembolso ao sócio empenhante ou, em alternativa, sub-rogar-se na posição da sociedade emissora (nesta conformidade, Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 362 e 363). Se, ao invés, alienar o bem empenhado, (no entanto, a opção por esta última faculdade pode conflitar com o mesmo direito atribuído à sociedade emissora, devendo, segundo Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 95 e segs., prevalecer este último por representar os interesses dos sócios, de terceiros e do giro comercial). Situação mais grave ocorre quando se verifique uma situação de mora do sócio no cumprimento da sua obrigação de entrada, uma vez que um penhor constituído sobre acções nestas circunstâncias enfrentaria diversos obstáculos (inibição do exercício do direito de voto e do direito aos dividendos, possibilidade de a sociedade alienar as acções em mora), sendo apenas recomendável a sua criação em circunstâncias muito peculiares (de acordo com Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 97, quando o credor tenha obtido a promessa da sociedade não alienar as acções a empenhar e se o sócio – ou o credor pignoratício – se comprometam a liquidar os dividendos em atraso). Para Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 384 e segs., o exercício deste direito compete ao sócio – primeiro responsável pelo pagamento dos dividendos passivos – sem prejuízo da possibilidade que assiste ao credor de, caso o sócio o não faça, cumprir esta obrigação de desembolso dos dividendos passivos (caso em que se sub-rogará nos direitos da sociedade para com o sócio incumpridor) ou proceder à execução da garantia (embora o Autor alerte para que esta seja uma alternativa um tanto irreal, por duvidar que alguém pretenda adquirir acções nestas circunstâncias): em qualquer das hipóteses, o que se pretende é evitar o risco de a sociedade aplicar as medidas previstas para sancionar a mora no desembolso dos dividendos passivos – privação do direito de voto, percepção de dividendos ou até venda das acções ou amortização das mesmas - assim diminuindo o valor da garantia):

<sup>2514</sup> No direito italiano, Gaspare Spatazza, ob. cit., pág. 687, menciona que, embora concordando que o direito pertence ao sócio (argumentando que, se a lei confere ao sócio o direito de opção para manter a sua participação na sociedade, por maioria de razão só a ele deve ser dada a possibilidade de por fim ao vínculo social, para além de a concessão deste poder ao credor ser contrário à proibição de uso do bem empenhado por parte dele – o Autor recusa mesmo que, por convenção das partes, tal poder possa ser outorgado ao credor, alegando que tal pacto poderia redundar na transferência da propriedade das acções para o aludido credor), alguns sugerem ser necessário o acordo de ambos os interessados para tal exercício, enquanto outros admitem que o direito só pode ser exercido pelo sócio quando o credor pignoratício tivesse votado contra ou se tivesse absterido na deliberação social com esse objecto. Também se pronunciam pela atribuição deste direito de rescisão ao sócio Niccolò A. Bruno, ob. cit., pág. 45 e segs., Gian Carlo Rivolta, ob. cit., pág. 232 e segs. (este último assegura mesmo que o sócio pode exercer

dissolução da sociedade ou da amortização da participação,<sup>2515</sup> e de redução de capital<sup>2516</sup> ou de vencimento dos valores mobiliários,<sup>2517</sup> designadamente para

tal poder mesmo que o direito de voto pertença ao credor e independentemente de este ter votado favorável ou desfavoravelmente a decisão em questão – tendo em conta que a lei exige, como condição de exercício deste direito, que o seu titular não tenha aprovado a deliberação em questão - , pois “*non essendo abilitato ad esercitare il voto, il socio non ha nemmeno la possibilità di approvare la deliberazione in questione*”) e Stefano Poli, ob. cit., pág. 462 e segs. (considerando que se o legislador atribui ao sócio o direito de opção, *a fortiori* deverá ser igualmente o único titular do direito de rescisão). De acordo com Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 110 e segs., apesar do silêncio da lei (embora haja quem retire da atribuição do direito de opção ao sócio – que se poderá traduzir numa modificação do seu peso específico na sociedade, por maioria de razão se deverá considerar que ao mesmo sujeito deva competir o direito de rescisão, cujo exercício redundará na quebra da ligação societária), o direito de rescisão deve caber ao sócio (seja para quem considere a rescisão como um acto de gozo – e, por isso, vedado ao credor por não se destinar à conservação do bem empenhado – seja para quem a qualifique como um acto de disposição), recusando inclusivamente a legitimidade de uma convenção contrária das partes (alegando que a mesma constituirá até um indício de dissimulação de uma alienação sob a capa de um penhor e, além disso, viola a proibição legal de exclusão ou limitação do exercício do direito de rescisão); analogamente, na sentença da Corte de Cassação de 12/7/2002, n.º 10144, citada por Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3557, decidiu-se que o credor pignoratício, ainda quando lhe caiba o direito de voto, não poderá exercer o direito de exoneração, que pertencerá sempre ao sócio empenhante, “*configurandosi questo come un atto di disposizione in ordine alla partecipazione societaria, di esclusiva spettanza del socio, ed essendo d'altra parte la tutela del creditores pignoratizio affidata, in presenza una diminuzione del valore delle azioni conseguente a dei deliberati mutamenti societari, all'istituto della vendita anticipata*”. Quanto ao modo de exercício deste direito, deverá ser o sócio a comunicar à sociedade a sua decisão (para além da obrigação do credor, quando seja titular do direito de voto, de comunicar ao sócio o êxito da deliberação social que consentiu a exoneração e mesmo da convocatória para uma assembleia geral que tenha na ordem do dia tal assunto), apesar de algumas decisões judiciais admitam que tal comunicação possa ser efectuada pelo credor (que servirá apenas de portador da notícia, cabendo sempre a decisão ao sócio) - Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 114 e 115. Uma vez exercido o direito de exoneração, o direito de garantia não se extingue, transferindo-se antes para a soma obtida pelo sócio a título de reembolso das acções, ainda que tal valor exceda o valor nominal desses títulos (uma vez que o objecto da garantia era o valor patrimonial e não nominal das acções oneradas) - Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 115 e 116 e Stefano Poli, ob. cit., pág. 464 e segs.. No direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 348 e segs., atribui, salvo disposição estatutária em contrário, o exercício do direito de separação ao sócio – sem prejuízo de, nas relações internas, tal direito poder competir ao credor, caso em que o não exercício do mesmo perante a sociedade por parte do sócio nos termos indicados pelo credor originará a responsabilidade deste último – e, quando este o exerça, o direito do credor passa a ter como objecto a quota de separação (por efeito de sub-rogação, transformando-se a garantia num penhor irregular); se, pelo contrário, o direito de separação for exercido pelo credor, este cobrar-se-á com o montante recebido (e, sendo caso disso, devolverá o eventual excesso), embora “*si el socio desea continuar gozando de tal condición, por mucho que el acreedor votare en contra del acuerdo, la separación no tendría lugar*”, uma vez que o credor não pode exercer o direito de voto com o objectivo de prejudicar o titular do direito de separação.

<sup>2515</sup> Em sede de amortização de quotas oneradas, o art.º 233.º, n.º 4, do CSC estabelece a necessidade do consentimento do credor pignoratício (punindo o art.º 512.º o gerente que amortize, total ou parcialmente, quota sem obter aquele consentimento – assim como o sócio titular da quota onerada que promova a amortização ou der o seu assentimento ou que, podendo informar o credor pignoratício do facto, antes de executado, não o tenha feito intencionalmente - com multa até 120 dias), afirmando Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 85, nota 144, que alguns Autores sugerem a aplicação deste preceito também à amortização de acções empenhadas (com o argumento que, também neste segundo caso, será necessário proteger o credor pignoratício contra uma renúncia aos direitos sociais patrimoniais inerentes às participações empenhadas, assim inutilizando a garantia dos credores). Para o direito espanhol, Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 344 e 345, defende que o direito de requerer a exoneração, face à sociedade, deve caber sempre ao sócio, embora o sócio possa comprometer o exercício desse direito quando, estatutariamente, o direito de voto lhe tenha sido conferido.

<sup>2516</sup> Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 236, evidencia como, neste caso, se pode produzir uma diminuição (ou até extinção) do valor do objecto empenhado, pelo que caberá ao credor invocar os mecanismos legalmente previstos para tal eventualidade. Para Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 382 e 383, é ao sócio que deve ser dada a possibilidade de exercer o direito de subscrição das novas

determinar se o penhor se extingue ou, ao invés, esse crédito surge onerado pela garantia.

Parecendo ser esta segunda a solução que se impõe, sob pena de se permitir ao sócio fazer extinguir a garantia através da prática de diversos actos unilaterais relativos à vida social: cumpre, porém, saber de que modo o credor pode fazer valer o seu direito sobre o novo objecto da sua garantia – crédito de liquidação – que vem substituir o original – a participação social - , através de um fenómeno de sub-rogação,<sup>2518</sup> podendo

---

acções (passando o penhor, automaticamente, a recair sobre “*las acciones correspondientes a las fracciones de capital reconstituido*”) e, se o não fizer, proceder-se-á à realização executiva da garantia (já em caso de redução do capital por amortização de acções, sustenta que se dará uma sub-rogação automática parcial relativamente ao objecto originário da garantia, passando a recair sobre esse dinheiro, como penhor irregular; na hipótese de redução por exuberância do capital – seja através de liberação proporcional das atribuições a efectuar, seja mediante reembolso proporcional das “aportações” efectuadas e, em qualquer dos casos, com redução do valor nominal das acções, “*la situación prendaria permanece inalterada, pudiendo el acreedor solicitar que se aumente la garantía, y en caso de devolución o reembolso de aportaciones, puede significar, en cambio, una extensión prendaria a la suma reembolsada*”).

<sup>2517</sup> Diaz Moreno, ob. cit., pág. 419, entende passar o penhor a recair sobre o montante devolvido pelo emitente, sugerindo que tal quantia deve permanecer bloqueada e afecta ao cumprimento da obrigação garantida – eventualmente depositada numa conta que não poderá ser movimentada pelo devedor sem o consentimento do credor – e não ser entregue ao sócio empenhante, pelo menos quando se trate de valores mobiliários escriturais, uma vez que nestes a sociedade administradora dos valores terá conhecimento da constituição da garantia

<sup>2518</sup> Qualificando expressamente este fenómeno como uma hipótese de sub-rogação, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 87. Defendem este mesmo entendimento em face do direito italiano Stefano Poli, ob. cit., pág. 464 e segs. (chamando a atenção para a circunstância de, deste modo, se demonstrar a consagração do princípio da sub-rogação real) e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 115 e 116 e, no direito espanhol Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 646 a 648 e Prenda cit., pág. 235 (escrevendo, nesta última obra que, salvo disposição em contrário do título constitutivo da garantia, “*el crédito sobre la cuota de liquidación nacerá gravado con la prenda. La garantía se transformaría así en una prenda sobre el derecho a pedir la cuota y en una garantía real sobre la totalidad del producto obtenido*”), alegando que a mesma solução valerá para o direito de separação que envolva o reembolso do valor das acções empenhadas e de amortização através de reembolso ao sócio empenhante, embora alerte que a solução não encontra fundamento no regime geral do penhor que, ao contrário do português, não prevê a possibilidade de substituição ou reforço da garantia em caso de diminuição do valor desta) e Diaz Moreno, ob. cit., pág. 419. Já Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 348 a 350, sustenta que a legitimidade para requerer da sociedade o pagamento da quota de liquidação pertence, salvo cláusula estatutária em contrário, ao credor (por maioria de razão, uma vez que, segundo o Autor, a ele lhe cabe igualmente a legitimidade para reclamar o pagamento dos dividendos e, por outro lado, que o mesmo sucede nos penhores de créditos), transformando-se o penhor numa garantia sobre o direito a requerer a quota e, depois, sobre a totalidade do produto obtido (mais concretamente, “*Cuando se produce la disolución de la sociedad la prenda se transforma primero en una prenda del crédito al cobro de la cuota de liquidación. Después, cuando se pague ésta, la prenda se transformará en una prenda irregular, prenda de cosas o hipoteca dependiendo de lo que se haya obtenido por la cuota de liquidación*”), defendendo a aplicação das mesmas soluções para o direito de exoneração e de redução de capital com restituição de aportações. Já Ignacio Arroyo e José Miguel Embib, págs. 675 e 676, embora concordando com a extensão da garantia ao produto da quota de liquidação, destaca que tal extensão “*requerirá un acuerdo entre las partes, así como la notificación a la sociedad para que se abstenga de abonarlo al socio. Ma, no existiendo acuerdo, y a falta de norma expresa, si a requerimiento del acreedor, el socio no somete voluntariamente la cuota de liquidación, recibida la garantía, podrá aquél entender vencida la obligación principal*” (por outro lado, assevera que esta solução não pode valer para a amortização de acções empenhadas por redução do capital para compensar perdas ou para preencher a reserva legal, caso em que o penhor se extinguirá por desaparecimento do seu objecto, uma vez que a diminuição da garantia não se deveu a responsabilidade do sócio devedor). Por seu turno Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 219 e 220, defende caber ao sócio o exercício do direito de separação, podendo o credor compensar o seu crédito com o crédito da liquidação (e, em caso de prejuízo, responderá o devedor pelos danos causados), salvo que o título constitutivo de penhor disponha de modo diverso. Já Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 363 e segs., (depois de salientar que o exercício deste direito cabe ao sócio, traduzindo-

configurar-se como uma mera alteração do objecto do penhor de direitos (para quem defenda que o penhor de participação social é um penhor de direitos ou de créditos) ou, em alternativa, como uma transformação dum penhor de coisa num penhor de créditos (para quem, pelo contrário, entenda que o negócio de dação em penhor das participações sociais configura um penhor de coisa).

Salvo melhor juízo, a cobrança do crédito de liquidação, logo que este se torne exigível e na medida em que o objecto deste consistirá normalmente numa prestação pecuniária, deve caber ao sócio, podendo, contudo, ser efectuada pela sociedade, conjuntamente, ao ex-sócio e ao credor pignoratício (art.º 685.º, n.ºs 1 e 2, aplicável, ao menos, por analogia).<sup>2519 2520</sup>

Já em caso de aquisição forçada, mormente em virtude de uma aquisição potestativa (cfr. as aquisições tendentes ao domínio total - art.ºs 490.º do CSC e 194.º e segs. do CVM)<sup>2521</sup> de acções previamente empenhadas, discute-se se haverá lugar à

---

se no direito de exigir da sociedade o pagamento da quota de liquidação - mencionando, todavia, a posição de alguns Autores reforçando a conveniência da outorga deste direito ao credor, nomeadamente aqueles que defendam a atribuição ao mesmo sujeito do direito ao dividendo - sustenta a preferência pela inclusão de uma cláusula estatutária legitimando o credor para cobrar a quota de liquidação - pois, se assim não for, o sócio devedor poderia não reclamar e, desse modo, prejudicar o credor - e, se não for reclamada, a quota será consignada em depósito no Banco de Espanha), defende igualmente que o penhor passará a recair, de forma automática, sobre o produto obtido com a quota (podendo o credor operar a compensação do seu crédito com o montante obtido com a quota de liquidação), mas enquadra o fenómeno no âmbito da novação objectiva: todavia, o Autor mostra mais reservas quando o pagamento das quotas de liquidação seja feito em espécie e não em dinheiro (e, ou se prevê expressamente tal possibilidade no contrato de penhor ou, se assim não for, a garantia não poderá abranger o novo bem se este não for susceptível de penhor - v.g, um imóvel - a menos que o credor consinta nessa transformação) e, por outro lado, alude às dificuldades para determinar a valorização dos activos (em caso de norma estatutária sobre a matéria, o Autor sugere ser razoável presumir que o valor real de uma acção seja “*la cuota de liquidación que correspondería al socio en caso de separación o exclusión. A falta de mercado concreto - acuerdo, tanteo, subasta -, hemos de prever que el valor real se calcule de acuerdo con un mercado hipotético, es decir, de acuerdo con la cuota de liquidación parcial*”). Finalmente, De la Santa García, ob. cit., págs. 135 e 136, advoga que o exercício do direito cabe ao sócio, ficando o montante cobrado automaticamente onerado com o penhor, o mesmo regime se aplicando ao exercício do direito de separação e à redução do capital que implique redução de acções e reembolso aos accionistas.

<sup>2519</sup> Para Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 86, a aplicação do art.º 685.º ao presente caso apenas pode ocorrer via analógica e não directamente (pois “*não existe uma verdadeira exigibilidade do crédito empenhado, porquanto aquilo que se empenhou foi a participação social in toto e não apenas o direito à quota de liquidação, um dos direitos que compõem a participação social*”). Do mesmo modo, será aplicável o n.º 4 do mesmo preceito, que proíbe o ex-sócio de receber a prestação de liquidação sem o consentimento do credor pignoratício. Nogueira Serens, ob. cit., pág. 6 e segs, entende que, tendo os sócios deliberado a liquidação da sociedade em questão, a salvaguarda dos interesses do credor pignoratício exige que os titulares dos créditos empenhados apenas possam receber a respectiva prestação com o consentimento daquele (art.º 685.º, n.º 4), para além de, a partir do momento em que o crédito empenhado se tornasse exigível, o credor pignoratício poder cobrar esse mesmo crédito, passando o seu direito a recair sobre o objecto da prestação (art.º 685.º, n.º 1).

<sup>2520</sup> Já será mais discutível se, após a cobrança do crédito de liquidação, o penhor será regular ou irregular (no primeiro sentido, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 87, sustentando ser esta a posição que melhor protege o credor pignoratício, passando, assim, o penhor a incidir sobre o dinheiro, na sua concreta individualidade).

<sup>2521</sup> Nos termos das normas mencionadas no texto, tal sucederá sempre que uma sociedade disponha de uma percentagem do capital social de outra igual ou superior a 90%, sendo a oferta de aquisição das participações remanescentes uma faculdade da sociedade dominante, sem prejuízo do direito que assiste aos sócios minoritários de, na ausência de tal proposta, requererem a alienação das suas participações (art.ºs 490.º, n.ºs 1, 2, 5 e 6, do CSC). Tratando-se de uma sociedade aberta, aplica-se do regime contido no CVM (art.º 490.º, n.º 7, do CSC), nos termos do qual quando, na sequência do lançamento de oferta pública de aquisição geral, uma determinada participação atinja ou ultrapasse 90 % dos direitos de voto correspondentes ao capital social até ao apuramento dos resultados da oferta e 90 % dos direitos de voto abrangidos pela oferta, pode o seu titular adquirir as acções remanescentes mediante contrapartida justa,

aplicação do art.º 692.º, permitindo assim que os credores pignoratícios exerçam o seu direito de garantia sobre o valor pago pela aquisição das mesmas.<sup>2522</sup>

Finalmente, a circunstância de as participações sociais empenhadas serem alvo de um contrato de gestão poderá influir sobre a titularidade e o exercício dos direitos sociais inerentes a tais bens.<sup>2523</sup>

Por último e na falta de disposição que afaste o regime geral, o sub-penhor sobre as participações sociais deve ser rejeitado, nos mesmos termos das normas civilísticas (cfr. art.º 671.º, alínea b)).<sup>2524</sup>

A atribuição de alguns direitos sociais analisados ao credor pignoratício pode, porém, colidir com o princípio, legalmente consagrado no art.º 276, n.º 4, do CSC, da indivisibilidade das acções, princípio este que, se seguido à letra, impedirá o destacamento de certos direitos para os conferir ao credor pignoratício, apenas admitindo que lhe sejam concedidos na sua globalidade.<sup>2525</sup>

---

em dinheiro (art.º 194.º, n.º 1), do mesmo modo que cada um dos titulares das acções remanescentes, nos três meses subsequentes ao apuramento dos resultados da oferta pública de aquisição, pode exercer o direito de alienação potestativa, devendo antes, para o efeito, dirigir por escrito ao sócio dominante convite para que, no prazo de oito dias, lhe faça proposta de aquisição das suas acções (art.º 196.º, n.º 1).

<sup>2522</sup> Em sentido afirmativo, Joana Dias, ob. cit., págs. 183 a 185, salientando que “*Se atentarmos no facto de o sócio minoritário perder as acções em resultado da aquisição potestativa pela sociedade dominante, pode afirmar-se que há uma identidade de situações o que justificará a extensão do regime disposto no art.º 692.º (...). Neste sentido, o penhor sobre as acções transferir-se-ia para a contrapartida paga pela sociedade dominante ao sócio minoritário, como indemnização pela perda do seu direito de propriedade*”.

<sup>2523</sup> De acordo com Luca Enriques, ob. cit., pág. 772, o titular do direito de voto será unicamente o credor pignoratício, enquanto o direito de informação caberá ao devedor cliente e ao credor pignoratício (no caso de o gestor ser um terceiro estranho ao contrato de penhor) e, quanto ao direito de rescisão, nega que ele compita ao cliente devedor (pois tal traduzir-se-ia numa substituição unilateral do objecto do penhor e que, em caso de incumprimento do contrato de gestão por parte do gestor, deve o cliente requerer o sequestro dos bens empenhados) ou ao gestor credor (pelos mesmos motivos), mas apenas ao gestor terceiro (nos termos em que possa rescindir o contrato de gestão). Já quanto ao direito aos incrementos patrimoniais decorrentes da actividade de gestão, estes deverão ser considerados frutos do bem empenhado e, como tal, o credor pignoratício poderá fazê-los seus e retirar o respectivo valor.

<sup>2524</sup> Chegando à mesma conclusão em face do direito italiano, Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 121 e segs., depois de desvalorizarem o facto de o art.º 2352.º do CCI admitir expressamente o usufruto e nada ter dito acerca do sub-penhor, aludem à polémica quanto ao carácter inderrogável da norma que proíbe o sub-penhor ou, em alternativa, da possibilidade de constituição deste com o consentimento do constituinte do penhor. Caso se admita esta segunda hipótese, a distribuição dos direitos sociais far-se-á do seguinte modo: aqueles que, após a constituição do penhor, pertenciam ao sócio, mantêm-se na titularidade deste; relativamente aos que cabiam ao credor pignoratício, discute-se a sua titularidade; quanto aos atribuídos conjuntamente ao sócio e ao credor pignoratício, pergunta-se se também poderão passar a ser exercidos pelo credor sub-pignoratício. Existe, no entanto, um caso em que a lei expressamente admite o sub-penhor, mais concretamente no regime do penhor financeiro, na medida em que se determina que o credor pignoratício possa dispor, mesmo alienando, os objectos do penhor, desde que tal possibilidade se encontre prevista no contrato de garantia (mencionam esta excepção as Autoras citadas, sendo que a mesma vigora igualmente no nosso País, nos termos do regime do penhor financeiro, em tudo idêntico ao italiano – acerca do penhor financeiro e deste aspecto em particular, vide n.º 1.2.8.4 do Capítulo II).

<sup>2525</sup> Sofia Maltez, ob. cit., págs. 27 a 29, salienta que, no actual panorama, alguma doutrina admite a divisibilidade, ao menos dos direitos de carácter patrimonial, embora outros assegurem a unidade dos direitos inerentes à participação social. Já Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 72, admite inequivocamente essa divisão, excepto quando se trate de direitos intimamente relacionados com outros (como, por exemplo, atribuição do direito de discutir em assembleia geral e o direito de voto a sujeitos diferentes), exigindo embora que tal divisão conste do contrato penhor e seja dada a conhecer à sociedade. Em face do direito italiano, em que o fraccionamento da titularidade dos diversos direitos reais resulta da própria lei onde o princípio da indivisibilidade se encontra igualmente consagrado (art.º 2347.º do CCI), juntamente com o da igualdade das participações sociais (art.º 2348.º), Stefano Poli, ob. cit., pág. 137 e segs., retira destas duas normas “*l'impossibilità di divisione dell'azione (...)* sia in sede di



Pese embora a já assinalada permissividade legal à oneração pignoratícia das participações sociais, existem circunstâncias que obstam à sua colocação em penhor, nomeadamente no caso das acções.

Desde logo, no que concerne às acções próprias, a sua dação em penhor enfrenta limitações não despidiendas, não tanto por força do já citado art.º 23.º do CSC, mas sobretudo em razão de outras normas de cariz societário.

Assim, limites se erguem à possibilidade de a sociedade oferecer, em garantia de uma dívida por si contraída, acções próprias,<sup>2526</sup> bem como da presunção de contrariedade ao fim da sociedade da prestação de garantias – nomeadamente as que incidam sobre as próprias acções - a dívidas de outras entidades (art.º 6.º, n.º 3, do CSC),<sup>2527</sup> para além da interdição de legal de concessão, por parte da sociedade, de um penhor para a aquisição de acções dessa mesma sociedade por parte de um terceiro (art.º 322.º, n.º 1, do CSC).<sup>2528</sup>

---

*legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, sia in sede di circolazione dell'azione*”, considerando não resultar do regime legal do penhor de acções qualquer violação desta regra, porquanto tal regime “risponde al diverso quesito riguardante la spettanza, al socio o al creditore, dei diritti medesimi (in particolare il diritto di voto) sul presupposto che, in tale ipotesi, non sussista condivisione delle azioni a livello di titolarità della partecipazione” (todavia, o Autor reconhece que as partes poderão contornar a proibição da indivisibilidade - valendo-se da autonomia das participações, nos termos da qual cada acção ou quota incorpora uma completa participação social - “mediante la divisione delle singole azioni facenti parte del pacchetto vincolato, ripartendosi, secondo le percentuali preferite, il diritto di voto mediante una convenzione contraria, ex art. 2352, primo comma, che riguardi una parte solamente delle azioni assoggettate al pegno”). Porém, o Autor entende que o regime legal do penhor de acções constitui uma excepção ao princípio, não plasmado na lei mas reconhecido pela doutrina, da incidibilidade das participações (entendido como proibição, dirigida ao sócio e à sociedade, de separar as posições jurídicas incorporadas na participação, através da atribuição de alguma ou algumas daquelas a sujeitos diversos do accionista), porquanto o art.º 2352.º do CCI atribui expressamente ao credor, salvo convenção em contrário, o direito de voto, ao legitimar as partes a “modellare il contenuto della rispettiva partecipazione alla organizzazione societaria, nei limiti (...) posti dall'inderogabilità dei principi di indivisibilità e di egualianza delle azioni”. Já em face do direito espanhol Salinas Adelantado, El régimen cit., págs. 323 e 324, entende que este princípio impede a atribuição estatutária de alguns direitos sociais ao credor e de outros ao sócio.

<sup>2526</sup> Nesta hipótese, Gomes da Silva, Acções próprias e direitos dos accionistas, in ROA, ano 60 (Dez. 2000), pág. 1278 e segs., entende razoável exigir uma autorização prévia da assembleia geral, uma vez que “a sociedade pode convencionar que as acções sejam adjudicadas ao credor ou pode sempre ocorrer que a sociedade não cumpra a sua obrigação, o que levará à venda judicial das acções”, ou seja, “a sociedade se pode ver obrigada a dispor das mesmas, perdendo o controlo sobre as acções a partir do momento da sua entrega”. Por outro lado, o mesmo Autor defende que, nada convencionando as partes no contrato de penhor, o direito de voto compete ao titular das acções (ficando, por isso, o mesmo suspenso – cfr. art.º 324.º); se, pelo contrário, o direito de voto for atribuído ao credor, duvida que este possa exercê-lo - chamando a atenção para a circunstância de tal atribuição poder conduzir a que o direito de voto reviva a favor da sociedade, considerando ser mais prudente não o conceder ao credor – concluindo que “continuando as acções a pertencer à sociedade, os direitos inerentes às acções permanecerão forçosamente suspensos”. Contra, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 74, entendendo que, quando o exercício dos direitos sociais haja sido conferido ao credor pignoratício, tais direitos devem deixar de estar suspensos.

<sup>2527</sup> Sobre este preceito, vide supra n.º 2.4.2 do Capítulo I.

<sup>2528</sup> Vide, porém, as excepções a esta interdição consagradas no n.º 2 do dito art.º 322.º do CSC. Em face do direito espanhol, o art.º 81.º, n.º 1, da LSA interdita que a sociedade por acções (proibição análoga vigora para a sociedade de responsabilidade limitada) possa constituir um penhor sobre as suas próprias acções para facilitar a aquisição, por parte de terceiro, de acções da sociedade empenhante ou de uma sociedade dominante, assim evitando que a aquisição das acções seja financiada com o património social e a possibilidade de abusos por parte dos administradores (alude a estas justificações Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 89): todavia, a lei prevê duas excepções, uma relativa aos negócios destinados a facilitar a aquisição destas acções por parte dos trabalhadores da empresa (art.º 81.º, n.º 2, não aplicável às sociedades de responsabilidade limitada), a outra respeitante às operações efectuadas pelos bancos e outras entidades de crédito no exercício do seu objecto social, financiadas com bens não onerados da

Em termos paralelos, limitações vigoram também para a aceitação em penhor, pela sociedade em questão, de acções próprias,<sup>25292530</sup> justificadas com a necessidade de

---

sociedade (art.º 81.º, n.º 3), problemas surgindo quando o penhor de acções surge como um primeiro negócio que, de modo indirecto e conjugado com outros (por vezes recorrendo a interpostas pessoas), conduz a um financiamento para aquisição de acções (o Autor entende que a interdição operará, desde que se demonstre que o penhor de acções tem como objectivo a aquisição de acções da sociedade em questão, mas já não se o seu fito for o de adquirir outro direito limitado). A sanção para a violação da proibição traduz-se na nulidade do negócio de financiamento através da concessão do penhor, mas não à aquisição das acções propriamente dita (vide ult. aut. e ob. cit.). Todavia, o art.º 80.º da LSA admite a dação em penhor de acções próprias (ou de uma sociedade dominante), desde que tal negócio tenha sido autorizado pela assembleia geral (esclarecendo qual o número máximo de acções a adquirir, a duração da autorização, que em nenhum caso poderá exceder de dezoito meses e, quando o penhor tenha como objecto acções da sociedade dominante, a autorização deverá ser também dada pela assembleia geral desta sociedade), que o valor nominal das acções oneradas, somado ao das que já possuam a sociedade onerante e as suas filiais e, se for caso disso, a sociedade dominante e as suas filiais, não excedam dez por cento do capital social, que a oneração permita à sociedade adquirente (e, se for caso disso, à sociedade dominante) dotar a reserva indisponível, sem diminuir o capital nem as reservas legal o estatutariamente indisponíveis (quando a aquisição tenha por objecto acções da sociedade dominante, será necessário ainda que esta dote a dita reserva) e, finalmente, que as acções oneradas se encontrem integralmente desembolsadas: porém, estes requisitos não são exigíveis quando se trate de actividades realizadas no âmbito das actividades ordinárias dos bancos e entidades de crédito, excepto no que se refere ao cumprimento do respeitante à reserva indisponível (quando não se verificarem estes pressupostos, o negócio será ineficaz, incorrendo os infractores numa coima - art.º 89.º da LSA – cfr. De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., pág. 120). Para as sociedades por quotas, o art.º 40.º, n.º 4, da LSRL, não consente que as sociedades aceitem em penhor as suas próprias participações ou de sociedades do grupo a que pertença

<sup>2529</sup> De acordo com o art.º 325.º, n.º 1, do CSC, as acções próprias que uma sociedade receba em penhor são contadas para o limite de 10% do capital social, nos termos e para os efeitos do art.º 317.º, n.º 2, do CSC (em termos concordantes, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 46 e 47, acrescentando que esta solução se justifica pelo facto de acções dadas em penhor poderem, em sede de execução da garantia, vir a pertencer à dita sociedade). Segundo Gomes da Silva, ult. ob. e loc. cit., isto não significa que, por força da aceitação em penhor de acções pela própria sociedade, a essas acções empenhadas não se deva aplicar a suspensão dos direitos inerentes às acções, especialmente o direito de voto, nos termos do art.º 324.º do CSC (contra, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 73, entendendo que mesmo a atribuição dos direitos sociais ao credor pignoratício – neste caso a sociedade – não suspende o respectivo exercício, fundamentando a sua posição na impossibilidade de, nesta situação, a sociedade não ser accionista de si própria, mas apenas credora de um accionista e, por outro lado, salientando que no usufruto de acções próprias o direito de voto sobre certas matérias é concedido ao usufrutuário). Relativamente a este último aspecto, Gomes da Silva, ult. ob. e loc. cit., considera que, não obstante o n.º 4 do art.º 23.º do CSC autorizar a concessão ao credor pignoratício do direito de voto, tal hipótese seja afastada por implicar “*que o credor pignoratício sociedade pudesse votar nas assembleias gerais, o que representaria uma forma demasiadamente fácil de iludir todo o regime das acções próprias (...)*”, regime este delineado pelo legislador na defesa dos interesses dos sócios, exigindo uma deliberação da assembleia geral para a aquisição e alienação de acções próprias e, ainda, a suspensão dos direitos inerentes a essas acções, com o intuito de evitar que “*a sociedade possa por alguma forma, efectivamente, ser sócia de si mesma. Para esse objectivo, é essencial que a sociedade nunca possa votar. Assim sendo, é forçoso que as acções aceites em garantia pela sociedade, no caso de se convencionar o exercício do direito de voto por parte do credor, tenham o seu direito ao voto suspenso* (embora o Autor sugira, *de iure condendo*, a suspensão do direito de voto em qualquer situação de aceitação em garantia das acções, isto é, mesmo que o direito de voto não seja conferido ao credor). Noutra ordem de considerações, não será necessária uma deliberação da assembleia geral autorizando a aceitação de tal garantia, solução esta justificada pelo facto de a aceitação em garantia não ser uma aquisição e, por outro lado, de o penhor apenas em casos excepcionais conduzir à aquisição das acções por parte do credor - casos estes em que a autorização da assembleia geral é exigida – uma vez que na maioria das situações não será a sociedade credora a adquirir os bens empenhados (o Autor citado critica esta norma, alegando que a aceitação em garantia implica que um lote de acções permaneça subtraído à circulação, ou seja, os direitos de voto podem ficar suspensos, assim originando o aumento do peso proporcional das restantes acções: por isso, sustenta que a necessidade de prévia deliberação da assembleia geral teria a vantagem de permitir que todos os sócios se

---

pronunciasses e fossem informados do penhor de acções e do montante das acções subtraídas à negociação).

<sup>2530</sup> No direito italiano e segundo Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 134 e segs., o art.º 2358.º do CCI proíbe que a sociedade possa aceitar em penhor as próprias acções, facto que coloca dúvida quanto à subsistência da garantia quando, após a constituição do penhor, as acções oneradas se tornem propriedade da própria sociedade em resultado de uma fusão em que a sociedade emitente seja incorporaste (por exemplo se a sociedade A, titular de um crédito para com o cliente X, garantido por acções da sociedade B e esta vem a ser incorporada pela sociedade A; ou se a sociedade A incorpora a sociedade B, sendo esta última titular de um crédito garantido por acções da sociedade A). De acordo com estas duas Autoras, a doutrina divide-se entre os que afirmam a aplicabilidade da proibição legal unicamente aos casos de aceitação voluntária do penhor de acções próprias (e não “*all’acquisto determinatosi ex lege o per effetto di una più ampia vicenda acquisitiva, come ad esempio una fusione*”, uma vez que neste último negócio “*la delibera societaria di fusione è diretta solo a realizzare questa operazione mentre il concambio delle azioni e il trasferimento della garanzia pignoratizia sui nuovi titoli, così come la successione nel credito garantito da pegno sulle azioni incorporante, sono effetti automatici ed accidentali dell’operazione di incorporazione e, come tali, non volontari*”) e aqueles que, ao invés, entendem a proibição em termos absolutos (ou seja, aplicável “*ad ogni ipotesi in cui la società emittente sia titolare di un diritto di garanzia sulle proprie azioni, indipendentemente dalla causa di ciò, cosicché la società incorporante che subentra nel pegno avente ad oggetto le proprie azioni dovrebbe restituire al terzo le azioni ormai libere da vincoli, e perciò possedute senza titolo*”). Não obstante o exposto, as Autoras admitem a aceitação em garantia, por parte da sociedade controlada, de acções da sociedade controlante (argumentando que “*la mera circostanza che una società sia controllata da un’altra non significa che la controllata, in quanto tale, agisca come interposta persona della controlante*”). Por seu turno Stefano Poli, ob. cit., pág. 305 e segs., realça que o art.º 2357-ter estabelece a suspensão do direito de voto relativamente às acções próprias, restrição esta que deve valer igualmente em caso de constituição de penhor sobre tais acções (e, portanto, mesmo que o direito de voto caiba ao credor), bem como na eventualidade de dação em penhor de acções da sociedade controlada a favor da sociedade controlante (cfr. art.º 2359-bis), porquanto os interesses societários subjacentes à tal proibição (evitar que os administradores possam colocar em marcha os chamados “*managings control*” e apoderarem-se da maioria em sede de assembleia geral) deverão prevalecer sobre os interesses patrimoniais do credor (os quais encontram tutela nas regras gerais do penhor, *maxime* na exigência de substituição ou reforço da garantia), mesmo que o vínculo pignoratício seja anterior à aquisição dos títulos por parte do emitente (por último, o Autor alude ainda ao alargamento ao credor pignoratício da suspensão do direito de voto prevista para as participações recíprocas de sociedades cotadas que superem os montantes legalmente fixados, mesmo que na ausência de uma relação de controlo entre ambas as sociedades, uma vez que o que se pretende sancionar são “*i rischi di annacquamento patrimoniale e, soprattutto, le interferenze (meglio: le distorsioni) che si vengono a creare nel rapporto fra la compagine sociale ed i gestori quale conseguenza dell’incrocio azionario*”). No direito espanhol, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 653 e segs., anuncia que o art.º 80.º da LSA inibe a sociedade de aceitar como garantia as suas próprias acções (ou as emitidas por uma sociedade dominante) nos mesmos termos vigentes para a aquisição das mesmas, ou seja, é necessária a autorização da assembleia geral anterior à aceitação do penhor (indicando a modalidade da operação, o número máximo de acções que se aceitam em penhor, a duração da autorização e o integral reembolso das acções empenhadas), o valor nominal das acções aceites em penhor, somadas as detidas pela sociedade e pelas suas filiais (seja a título de propriedade ou por efeito de penhores anteriormente constituídos), não pode exceder 10% do capital social (na opinião do Autor – vide Prenda cit., pág. 84, este limite refere-se ao capital social da entidade que aceita em garantia, “*salvo en el supuesto excepcional de que al pretender aceptar en prenda acciones de la sociedad dominante, el capital social de ésta sea inferior al de la acreedora pignoratizia, en cuyo caso dicho capital constituiría el límite del cómputo*”) ou de 5% (no caso de acções admitidas a negociação), deverá ser criada uma reserva especial para contra-segurar o valor das acções próprias (sem que a criação desta reserva implique diminuição do capital social ou das reservas, legal ou estatutariamente, indisponíveis e devendo essa reserva criar-se simultaneamente com a constituição do penhor) e não poderão ser aceites em garantia acções próprias não integralmente desembolsadas (requisito este criticado pelo Autor – cfr. Prenda cit., pág. 86 – argumentando que a sua justificação – evitar a liberação, por confusão, do pagamento dos dividendos passivos pendentes por parte de alguns accionistas – não colhe, porquanto o mesmo sucederá em sede de execução da garantia se não houver interessados na segunda licitação do bem; também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 267 e 268, verbera esta exigência legal no momento da constituição da garantia - afirmando que a obrigação de liquidar os dividendos passivos recai sobre o sócio devedor, e não sobre a sociedade credora – mas admite que a mesma faça sentido em sede de

preservação da integridade do capital social<sup>2531</sup> e com a incidência negativa de tais negócios na estrutura financeira da sociedade, embora pareça que a proibição só alcance

---

execução da garantia, pois aí existe o risco da aceitação por parte da sociedade dessas mesmas acções em caso de falta de interessados: ainda assim, o Autor entende que nula será a adjudicação, não o contrato de garantia). Existem, todavia, casos em que a aquisição (e, por conseguinte, a oneração) de acções próprias é consentida (art.º 77.º da LSA), de entre os quais avultam a execução de um acordo de redução do capital social aprovado em assembleia geral, quando as acções façam parte de um património adquirido a título universal e quando se encontrem integralmente liberadas e sejam adquiridas a título gratuito (Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 268 e 269, entende que uma garantia é onerosa quando constitua condição *sine qua non* para a concessão do crédito a assegurar, e será gratuita nos casos “*en que su constitución sea autónoma o independiente de la concesión del crédito, como ocurre cuando a posteriori se garantiza una obligación preexistente. Una garantía será gratuita para el garantizado cuando éste no ha pagada nada por ella, no arriesgando en esa operación. Esto explica que la adquisición de acciones a título gratuito sea libre, pues la sociedad no realiza disposición alguna a cambio de esas acciones, y en el caso de aceptación en garantía su constitución será libre siempre que no comprometa el patrimonio de la sociedad en esa garantía*”) e as inseridas no âmbito da actividade ordinárias das entidades bancárias e de outras entidades de crédito (art.º 80.º, n.º 2, da LSA, preceito este cuja *ratio*, segundo Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 270, repousa no facto de estas sociedades serem possuidoras de um vasto leque de accionistas – que, ademais, normalmente são consumidores dos seus produtos financeiros – pelo que o crédito é-lhes concedido mais na condição de clientes que de sócios, para além de não ser de crer que algum dos accionistas se pretenda livrar da condição de sócio por esta visa, sendo certo que o pode fazer através de uma simples ordem de venda em bolsa). Mesmo que respeitados estes limites, uma vez aceites em penhor acções próprias, ficam suspensos os direitos administrativos - incluindo o direito de voto - inerentes a tais títulos, sendo os direitos económicos atribuídos proporcionalmente às restantes acções – cfr. art.º 79.º da LSA. Para impedir a ilusão da proibição, Ballarín Marcial, *ob. cit.*, pág. 213, equipara à aceitação pela sociedade a aceitação por interposta pessoa, bem como a aceitação em garantia de acções de uma sociedade dominante). Em caso de infracção destas normas, a sanção administrativa é uma coima (cujo valor pode ascender ao valor nominal das acções aceites em garantia, sendo responsáveis pelo seu pagamento os administradores da sociedade infractora) e, quanto ao negócio em si, a lei não indica qual a cominação (Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 88 – propende para a nulidade, tendo em conta tratar-se de um negócio contrário à lei, até porque “*al continuar siendo el pignorante dueño de la cosa, no será aplicable la obligación de enajenar y se aplicaría, en principio, la normativa sobre ineficacia de los negocios contrarios a la Ley*”, enquanto Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 272, restringe essa nulidade à garantia – não afectando o crédito – embora, *de lege ferenda*, proponha o vencimento automático da obrigação garantida, pois desse modo “*la sociedad recuperaría el importe del crédito, o en su defecto, procedería a la ejecución de la garantía – transmisión forzosa de la acción -, pudiendo reclamar el resto contra su antiguo y ya ex socio*”). Relativamente às sociedades de responsabilidade limitada, a lei é bem mais restritiva (cfr. art.º 40.º, n.º 4, da LSRL) ao nem sequer permitir a sua dação em penhor nos casos em que se admite a sua aquisição (não obstante, o Autor admite essa possibilidade sempre que se trate de garantir operações permitidas pelo n.º 1 do mesmo art.º 40.º, com a aplicação analógicas das normas vertidas para as sociedades anónimas, nomeadamente no art.º 79.º da LSA), sendo esta infracção punida com multa e com a nulidade do negócio constitutivo da garantia (o Autor, in *Prenda cit.*, pág. 81, critica esta diferença de tratamento entre os dois tipos de sociedades, tendo em conta que ambas são sociedades de responsabilidade limitada). Em face do direito francês, Dominique Doise, *ob. cit.*, pág. 44, nota 39, ensina que o penhor constituído sobre acções de uma sociedade detidas por uma outra sociedade que, posteriormente, absorverá a primeira, se extinguirá sempre que essa absorção se realize através de fusão (uma vez que não se pode transferir para os activos da sociedade absorvida, nem para as acções da sociedade absorvente).

<sup>2531</sup> Considera ser esta a principal (e porventura única) razão de ser da proibição Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 257 a 261, rejeitando que a mesma resida na necessidade de evitar que possa ser contornada a proibição de adquirir (pois só em casos muito remotos – depois da realização de duas hastas públicas que tenham ficado desertas e, mesmo assim, a sociedade não tem o dever de as adquirir - existe a possibilidade de o credor-sociedade vir a adquirir tais acções e, para o conjurar este perigo, “*bastaría con especificar que la prohibición de adquirir el propio capital se extiende también a estos supuestos*”) ou na influência indirecta e nefasta que a *fattispecie* poderia ter na gestão da sociedade (traduzida no facto de a sociedade credora – e, por consequência, os seus administradores – poderem exercer o direito de voto correspondente às acções oneradas, seja porque o título constitutivo da garantia lhe confere directamente essa faculdade, seja influenciando o sentido de voto do sócio devedor: todavia, “*este razonamiento por sí solo no es suficiente para prohibir estos negocios pues se desactivaría fácilmente con la simple*

as garantias voluntariamente aceites<sup>2532</sup> e se coloquem diversas interrogações quando estejamos perante um penhor rotativo ou *omnibus*.<sup>2533</sup>

*suspensión del ejercicio del derecho de voto por parte de la sociedad emisora*”). Nesta conformidade, a verdadeira *ratio* da limitação legal reside no facto de “*las acciones propias poseídas en concepto de garantía no son bienes patrimoniales consistentes para asegurar una obligación crediticia frente a la propia sociedad emisora, por la falta de valor patrimonial de las propias acciones y su incapacidad para formar el capital. En cierto sentido equivaldría a que la sociedad se asegurase a sí misma (...). La sociedad corre el riesgo de no poder ver satisfecho plenamente el crédito y consecuentemente reintegrar su capital con cargo a la prenda, pues su valor puede haber disminuido notablemente. Incluso podría darse el supuesto de que la sociedad restituya sus aportaciones a los socios mediante la concesión a éstos de un crédito de difícil devolución garantizado con acciones que, debido a la salida de fondos del patrimonio societario, han perdido valor*” (o Autor refuta a posição de alguma doutrina que recusa ser este factor suficiente para justificar a proibição – com o argumento que nada impediria a sociedade de realizar a mesma operação sem qualquer garantia, o que seria ainda mais prejudicial para a integridade do capital social -, contrapondo que a proibição se justifica para evitar “*que la sociedad emprenda operaciones arriesgadas que de otra manera no emprendería en la confianza de la garantía que le proporcionan sus propias acciones*”). Em suma, “*La aceptación en garantía de las acciones propias implica que, intencionalmente o no, la sociedad asuma el riesgo económico de la posible separación de un socio, puesto que la pignoración de acciones propias conlleva una restitución de aportaciones a cargo del patrimonio social en eventual perjuicio de la integridad del capital (...). Si el socio incumple y la sociedad procede a ejecutar esas acciones existe un riesgo a que esas acciones no lleguen a cubrir el montante del crédito (...) permaneciendo en crédito de la sociedad ante el socio deudor por la diferencia, y que en caso de resultar éste insolvente, la sociedad correrá con dicho riesgo. De este modo se puede argüir que si la sociedad acepta sus propias acciones en garantía, y no otros bienes del socio, con ello está, si no negociando la separación del socio, sí al menos anticipándola y aceptándola, con peligro en todo caso para la integridad económico-administrativa del capital*”. Porém, Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 79 e 80, ressalva que, quanto à primeira justificação, a ela se pode contrapor que “*se las acciones propias obtenidas son mala garantía para la sociedad (...) menos garantía tendrá la sociedad si concede crédito sin ellas*”: em suma, a *ratio* da proibição resulta da necessidade de “*evitar que a través de procedimientos indirectos se consiga eludir la normativa sobre acciones propias, para asegurar frente a los acreedores de la sociedad y otros terceros, la integridad del capital social, si bien es cierto que la eventualidad de que se integren las acciones en el patrimonio de la sociedad en ejecución de la prenda es más lejana*”.

<sup>2532</sup> Neste sentido, Mejias Gomez, La prenda cit., págs. 81 e 82, admitindo, por isso, a aceitação de acções independentemente da vontade da sociedade (por exemplo no seguimento de aquisição ou adjudicação judicial, recebendo as acções próprias como consequência do incumprimento de uma obrigação), assim como as garantias sobre acções próprias que se recebam no âmbito de um património adquirido a título universal (por exemplo, assumido pela sociedade a título de fusão ou cisão). Pelo contrário a proibição abrangerá, quer a aquisição negocial por parte da sociedade de um crédito garantido com um penhor de acções próprias, bem como a aceitação de acções próprias através de interposta pessoa - quanto a este último aspecto, o art.º 88.º da LSA equipara a aceitação por interposta pessoa à aceitação pela própria sociedade – mas não o penhor enquadrado nas operações efectuadas no âmbito das actividades ordinárias dos bancos e de outras entidades de crédito. Segundo Ballarín Marcial, ob. cit., págs. 212 e 213, a proibição não alcança “*la garantía ex lege, ni a la que va inserta en un acto más amplio, como una herancia, ni (...) debe extenderse a la cesión de crédito así garantizado*”, nem tão pouco quando o penhor houver sido constituído a título gratuito (isto é, “*cuando se conceda independiente del crédito surgido con anterioridad*”, bem como em caso de “*adquisición de acciones gravadas con prenda por virtud del ejercicio de un derecho de preferente adquisición establecido en los Estatutos siempre que según ellos deba revenderlas a los socios dentro de un plazo determinado*”, pois em tal circunstancialismo não ocorrerá diminuição da integridade patrimonial). Também Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 262 e 263, sustenta que a proibição legal não abrange as garantias legais, embora advirta para a necessidade de analisar os processos dentro dos quais se verifica a aquisição da garantia (por exemplo, no caso de a sociedade adquirir, através de cessão, um crédito garantido com penhor sobre acções dessa mesma sociedade, não restam dúvidas que a aquisição da garantia se deu *ope legis*, mas “*el proceso en su conjunto es negocial, por lo que la norma prohibitiva debe ser aplicada*”).

<sup>2533</sup> Pois, como salienta Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 265, em caso de extensão da garantia a outros bens do devedor que venham, no futuro, a ser detidos pelo credor pode vir a suceder que “*la sociedad resulta poseedora de acciones propias y eventualmente puede convertirse en acreedora pignoraticia de sus acciones al extenderse la prenda*”, embora, como a concessão de crédito não se

É, ainda, discutível a empenhabilidade de parte das participações sociais detidas pelo sócio empenhante (seja originariamente, seja na sequência de uma divisão das participações originárias),<sup>2534</sup> não vislumbrando nenhum obstáculo quando a generalidade dos direitos sociais correspondentes às participações oneradas seja concedida ao sócio, podendo as objecções surgir na hipótese de repartição daqueles direitos entre o sócio e o credor ou de atribuição exclusiva a este último – todavia, mesmo neste último circunstancialismo e na medida em que se admite que, relativamente à mesma participação, se repartam os direitos sociais a ela inerentes, por maioria de razão se deverá consentir que apenas algumas das ditas participações sejam oneradas e outras não.

Dúvidas também se levantam acerca da colocação em penhor de participações sociais, em especial de acções, relativas a sociedades cujo processo de formação se não tenha completado<sup>2535</sup> (nomeadamente sobre acções de sociedades não inscritas no registo comercial ou emitidas na sequência de um aumento de capital não anotado naquele mesmo registo).<sup>2536</sup>

---

efectuou em função de tais acções, “*Lo deseable es que la garantía se extienda o se sustituya – si es rotativa – a cualesquiera otros bienes de que disponga del deudor, y sólo cuando no queden más bienes que estas acciones propias, se procederá a extender la prenda como última medida*”.

<sup>2534</sup> A propósito das quotas, Raúl Ventura, Divisão de quota, in O direito, ano 98, n.º 2 (Abr.-Jun. 1966), pág. 97, nega que seja permitido ao sócio dividir a sua quota em duas ou mais para fazer incidir sobre uma ou mais das novas quotas o penhor - tendo em conta a divisão apenas pode ocorrer por força da transmissão das quotas – pois, de outro modo, passariam a existir várias quotas na titularidade do sócio devedor - naturalmente que, ocorrendo a execução do penhor, poderá verificar-se uma transmissão e esta originará o efeito divisório (todavia, o Autor admite, ao menos implicitamente, o penhor sobre uma parte da quota). No direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 198 a 202, admite que, em caso de divisão das acções da sociedade por decisão societária, o sócio devedor possa libertar do ónus um número de acções que excedam o valor das inicialmente empenhadas, desde que tal tenha sido expressamente acordado pelas partes (desta forma se consagrando uma excepção ao princípio da indivisibilidade da garantia e um afastamento da regra da indivisibilidade da acção, uma vez que as participações primogénitas sofreram uma transformação numa pluralidade de novas). Por outro lado, este mesmo Autor nega a viabilidade de um endosso parcial e, como alternativa, consente que o sócio detentor de uma multiplicidade de acções e que pretenda empenhar apenas algumas delas solicite à sociedade e obtenha a quantidade de títulos solicitada, assim produzindo um fraccionamento do título originário.

<sup>2535</sup> Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., págs. 50 a 52, apesar de salientar a natureza não constitutiva do registo comercial, apenas admite a celebração de um contrato-promessa de penhor de acções (pois o contrato definitivo exige a entrega das acções tituladas ou o registo das escriturais), não obstante a inviabilidade do recurso, em caso de incumprimento, à execução específica. Quando muito, concebe a celebração de um penhor de direitos, tendo por objecto o poder do sócio exigir da sociedade, consoante o caso, a emissão do título ou o seu registo em conta (para cuja constituição se deve exigir a notificação à sociedade, ficando esta, a partir desse momento obrigada a entregar os títulos ao credor no momento da emissão – tratando-se de valores titulados - ou, aquando do registo das acções, registar também o penhor – no caso dos valores escriturais. Uma vez entregues as acções ao credor pignoratício ou efectuado o seu registo, o penhor passa a incidir sobre as próprias acções). De acordo com o direito espanhol, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 142 e segs., entende que, apesar do carácter constitutivo do registo da sociedade e dos argumentos normalmente invocados contra a empenhabilidade das acções neste momento (a segurança do tráfico, a inexistência da acção antes do registo e necessidade de impedir a especulação sobre uma participação de existência incerta), será de aceitar tal possibilidade, embora a condicione ao consentimento dos demais sócios, concluindo que “*Sí la sociedad se inscribe, el objecto recaerá directamente sobre las acciones*”.

<sup>2536</sup> No direito espanhol Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 72 e segs., dá conta que o entendimento dominante aponta no sentido da qualificação deste tipo de acções como bens fora do comércio (uma vez que a sociedade ainda não detém personalidade jurídica própria), enquanto não se efectuar o registo, excluindo assim a sua transmissão plena ou limitada (com o argumento que, se tal fosse consentido, poderia não estar assegurado o desembolso das acções subscritas e com a necessidade de evitar especulações acerca do valor das acções no momento da constituição da sociedade), até porque o art.º 62.º da LSA proíbe a entrega ou transmissão das acções antes do registo – esta posição é igualmente

Esta interrogação entronca noutra, mais vasta, respeitante à susceptibilidade de negócios jurídicos sobre as participações sociais antes do registo do contrato de sociedade,<sup>2537</sup> embora não deixe de relevar para o caso de, mesmo após o registo daquele contrato, os títulos não serem emitidos ou não se proceder ao registo das acções escriturais.<sup>2538</sup>

Problemas acrescidos surgem quando se pretenda constituir uma garantia de natureza pignoratícia sobre títulos inexistentes ou ainda não emitidos,<sup>2539</sup> distinguindo

---

defensável em face dos dados normativos da ordem jurídica lusa, porquanto o art.º 5.º do CSC condiciona a atribuição de personalidade jurídica à sociedade à inscrição do contrato de sociedade no registo. Pelo contrário, Ignacio Arroyo e José Miguel Embid, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, 2.ª Edição, Volume I, Tecnos, 2009, pág. 670, defendem que “*hasta que las acciones se representen existe un derecho no incorporado, ni en los títulos, ni en la cuenta. De ahí se desprende que, en este caso, y a pesar del silencio de la Ley, la prenda recaerá sobre la acción como expoente del derecho de la participación social*” (e, por analogia com o que sucede para a transmissão de acções representadas – as quais, nos termos do art.º 56.º, n.º 1, da LSA, se submete ao regime da cessão de créditos – o mesmo deverá suceder com a constituição de penhor sobre as mesmas, pelo que “*cabe sustituir la entrega de las acciones por la notificación a la sociedad (...) una vez que las acciones se representen efectivamente, el acreedor estará legitimado para reclamar a la sociedad la entrega de los títulos, o, en el caso de anotaciones en cuenta, para la solicitar de las entidades correspondientes la inscripción de su derecho en la cuenta*”) – em termos muito aproximados, Ballarín Marcial, ob. cit., pág. 198.

<sup>2537</sup> A este respeito, o n.º 6 do art.º 304.º do CSC, dispõe que os títulos provisórios ou definitivos não podem ser emitidos ou negociados antes da inscrição definitiva do contrato de sociedade (ou do aumento de capital) no registo comercial e, para as acções escriturais, o art.º 47.º do CVM estabelece que a inscrição dos valores mobiliários exige o prévio cumprimento das formalidades próprias para a criação de cada tipo de valor, incluindo as relativas ao registo comercial. Com base nestas premissas, Soveral Martins, ob. cit., pág. 197 e segs., entende que a lei proíbe a emissão e a negociação dos títulos antes da inscrição do contrato no registo e, para as acções escriturais, não se consente o registo das mesmas antes do registo do contrato (uma vez que, até ao registo do contrato, não existe verdadeiramente sociedade – o registo é constitutivo – do mesmo modo que os títulos também não existirão antes desse momento e, no que toca às acções escriturais, se não se pode efectuar o registo, não se poderá realizar a transmissão dos mesmos valores), embora o Autor sublinhe que a citada norma do CSC interdita unicamente a negociação dos títulos antes do registo do contrato, mas, uma vez que depois da escritura já existem sociedades, sócios e participações sociais, admite “*a transmissão entre vivos da participação social depois do acto constitutivo e antes de realizado o registo*”, sem necessidade de alteração do pacto social (posição corroborada pelo art.º 274.º do CSC, ao determinar que a qualidade de sócio surge com o contrato de sociedade – o mesmo valendo para as acções escriturais, de modo que a qualidade de sócio também não depende do registo em conta, mas apenas da outorga do contrato de sociedade - embora o art.º 37.º, n.º 2, aplicável a qualquer tipo de sociedade, sujeite tais negócios ao consentimento unânime dos sócios).

<sup>2538</sup> Soveral Martins, ob. cit., pág. 211 e segs., sublinha que tal se pode ficar a dever a negligência ou dolo (para evitar os custos de emissão ou de registo ou para dificultar a transmissão das participações). De qualquer forma, antes dessa emissão ou registo, o seu titular pode pretender transmitir as participações sociais (apesar de, para as acções tituladas, o art.º 304.º, n.º 3, do CSC, estabelecer que os títulos definitivos deverão ser entregues aos accionistas nos seis meses seguintes ao registo do contrato de sociedade e, não obstante a possibilidade de a sociedade entregar aos sócios um título provisório nominativo que substitui, para todos os efeitos, o título definitivo, enquanto este não for emitido), discutindo-se como se processará tal transmissão, sustentando uns a aplicação das regras da cessão da posição contratual, outros as da cessão de créditos e outros o regime previsto para as sociedades por quotas (aderindo o Autor a esta última posição, concluindo que, por isso, a transmissão das participações estará sujeita à comunicação à própria sociedade, embora não admita a existência da necessidade de consentimento da sociedade, atento o princípio da livre transmissibilidade das acções).

<sup>2539</sup> Para Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 46 e segs., “*L’inesistenza del certificato nella sua cartacea solleva dunque molteplici problemi, anzitutto se sia possibile attuare il vincolo pignoratizio prima della materiale emissione del titolo e, conseguentemente, quello della definizione dell’oggetto del pegno, necessaria per stabilire la disciplina da applicare alla fattispecie*”, admitindo que a garantia se possa constituir através do recurso a duas modalidades diversas, o penhor de créditos (assumindo a entidade credora, no âmbito da relação de mandato e caso os bens se encontrem sujeitos a gestão centralizada, a veste de depositária por conta do devedor, tendo este um direito à restituição do título ou ao seu contravalor no momento do vencimento da dívida, sendo este o objecto do penhor de créditos, acrescentando

alguns consoante os títulos se destinassem ou não a ser emitidos no futuro,<sup>2540</sup> embora em ambos os casos estejamos perante hipóteses em que o em que o objecto da garantia

---

que cumpriria distinguir consoante os títulos em questão venham a ganhar existência material – caso em que será necessário constituir o penhor, nos termos gerais da lei civil - ou, pelo contrário, tal não aconteça – caso em que o penhor permaneceria eficaz, sendo embora duvidosa a possibilidade de transferência, sem efeitos novatórios, do objecto para o contra-valor dos títulos) ou de direitos (do direito do credor à emissão dos títulos, exercitável contra o emitente, salvo quando os valores sejam alvo de gestão centralizada – uma vez que, nessa hipótese, o titular do direito a obter os títulos é o gestor - caso em que o penhor incidirá sobre o direito do gestor a obter os títulos ou o seu contravalor), embora qualquer delas enfrente algumas críticas (quanto ao penhor de créditos, “*appare difficilmente individuabile l’oggetto del credito vantato dal mandante nei confronti della banca mandataria, una volta che questa ultima abbia eseguito il mandato sottoscrivendo i titoli per conto del cliente (...) perchè, come detto, i titoli stessi non sono entrati nel patrimonio del mandatario, il mandante non potrà vantare nei confronti di costui alcun diritto fino al momento in cui i certificati non saranno materialmente stampati ovvero non si sarà reso disponibile il relativo controvalore, a seuito della scadenza degli stessi*”, apenas podendo identificar-se um direito – traduzido na restituição do certificado provisório - quando o credor não cumpra o mandato ou, em alternativa, caso se configure tal direito como objecto do penhor de créditos o direito face ao emitente à entrega de coisas fungíveis, especialmente quando o credor actuasse em nome próprio “*poiché dell’acquisto di un credito, al pari dell’acquisto di cose mobili, anche se compiuto dal mandatario in nome proprio, se ne può avvantaggiare il mandante a seguito di ritrasferimento automatico oppure direttamente*”). De qualquer modo, remata o mesmo Autor, a configuração do penhor de títulos não emitidos poderá ser útil em matéria de penhor de quotas de sociedades (sendo necessária a inscrição no livro dos sócios - sendo duvidoso se tal inscrição será suficiente para o surgimento da preferência ou, pelo contrário, será ainda mister dar cumprimento às formalidades postuladas pelo art.º 2787.º, n.º 3, do CCI – de modo que “*il possesso della quota si ottiene attraverso l’iscrizione nel libro dei soci. La stessa regola potrebbe applicarsi anche per soddisfare il requisito dello spossessamento proprio del pegno*”, destarte consentindo que a constituição de ónus sobre determinados bens “*pur rimanendo il creditore privo della loro disponibilità materiale, ogni volta che sia possibile dar corpo ad una figura di possesso collegata ad annotazioni del vincoli reali su appositi registi*”) ou de participação em fundos comuns. Depois da reforma do direito societário italiano de 2003, nomeadamente com a nova redacção do art.º 2355.º do CCI (de acordo com a qual, em caso de não emissão das acções, a sua transferência apenas se torna eficaz perante a sociedade a partir da data da respectiva inscrição no livro dos sócios), Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 140 e 141, aceitam que tal inscrição é condição, não apenas de oponibilidade à sociedade emitente, mas também *inter partes* (uma vez que “*in assenza di uno spossessamento sia materiale che giuridico del bene oppignorato, non possa dirsi concluso alcun valido negozio di pegno (...) e lo spossessamento giuridico può ben attuarsi attraverso l’iscrizione nel libro dei soci*”, embora ressalvando que “*In caso di successiva distribuzione dei titoli, però, l’iscrizione nel libro dei soci diviene insufficiente a dare notizia ai terzi e perciò il vincolo diviene inefficace se non viene annotato sui titoli*”).

<sup>2540</sup> De acordo com Stefano Ambrosini, ob. cit., pág. 308 e segs., é necessário distinguir, relativamente aos títulos não emitidos no momento da constituição da garantia, consoante os mesmos sejam destinados a ser emitidos no futuro ou, pelo contrário, não se preveja tal futura emissão, mas entende que a figura que melhor se adapta a qualquer das duas hipóteses é a do penhor irregular de coisa futura (o Autor rejeita a qualificação da *fattispecie* como penhor de créditos – tendo por objecto, precisamente, a obrigação de entrega dos títulos - alegando que, mesmo quando exista um mandato do devedor ao credor para a aquisição de determinados títulos que posteriormente seriam abrangidos pelo penhor, o penhor não poderá ter como objecto o direito à entrega de coisas certas e determinadas “*in quanto si sortirebbe l’effetto di costituire un pegno su mobili in forme diverse da quelle stabilite imperativamente dagli artt. 2786 e 2787 c.c.; mentre anche nel caso in cui il diritto alla consegna si riferisse a cose fungibili, l’efficacia della prelazione sarebbe comunque impedita dall’assenza di un presupposto indefettibile quale lo spossessamento da parte del debitore oppignorato, avendo il pegno ad oggetto, nella sostanza, la cosa e non il credito*”). De acordo com esta posição, “*consistendo tale figura, in pratica, in un trasferimento di proprietà del bene, non si vede perché non possa trattarsi di un bene non ancora venuto ad esistenza, similmente alla vendita di cosa futura*”, até porque o penhor irregular origina o surgimento de um contra-crédito para efeitos de compensação e “*siccome la compensazione opera quando il credito viene a scadenza, è solo in tal momento, e non prima, che rileva la necessaria esistenza della cosa in rerum natura*”. Em termos semelhantes, Mia Callegari, ob. cit., pág. 112 e segs., nos casos em que os títulos não se encontrem emitidos no momento da constituição da garantia, mas sejam susceptíveis de futura materialização (ou, ao menos, de uma futura possível emissão titulada), refere que a jurisprudência e a doutrina dominantes consideram insusceptível de ser qualificada como penhor de coisas (tendo em conta



não existe no momento da constituição da mesma, por força da ausência de representação das participações a empenhar:<sup>2541</sup> em exemplo particular, em que já existem títulos, mas estes são provisórios, diz respeito às acções tituladas provisórias.<sup>2542</sup>

---

a impossibilidade de identificar uma “*res*” e, por outro lado, de não ser vislumbrável um bem susceptível de posse), oscilando as posições maioritárias entre o enquadramento da *fattispecie* no penhor de créditos para com o mandatário (tendo como objecto o direito à entrega dos documentos ou do seu contravalor) ou no penhor irregular de coisa futura (produzindo-se a efectiva constituição da garantia apenas no momento do surgimento da coisa e da sua entrega ao credor, do mesmo modo que apenas nessa data se poderiam cumprir as formalidades de identificação do objecto do penhor legalmente exigidas).

<sup>2541</sup> No direito espanhol, Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 151 e segs., noticia que o recurso à figura das acções não documentadas é comum nas sociedades fechadas (e, em geral, em todas as sociedades, uma vez que estas não têm o dever de emitir e entregar as acções, a menos que os sócios o solicitem) e admite a sua empenhabilidade “*de acuerdo con las reglas generales de la cesión de créditos en garantía, prescindíéndose de este modo de la documentación de las acciones*” (aliás, a própria lei reconhece a viabilidade deste negócio, ao estabelecer, no art.º 57.º, n.º 2, da LSA que “*cuando los títulos no hayan sido impresos y entregados, el acreedor pignoratício tendrá derecho a solicitar y obtener de la sociedad, una vez inscrito el derecho real, una certificación de la inscripción de su derecho en le libro registro de acciones nominativas*” e, também, no art.º 55.º da mesma lei que estipula que a transmissão das acções não documentadas se produzirá de acordo com as normas da cessão de créditos). Todavia, o Autor realça a necessidade de adaptar o regime da cessão ao penhor - tendo em conta que este constitui uma cessão limitada - considerando que a notificação da sociedade emitente não constitui requisito de validade ou de oponibilidade a outros terceiros que não seja aquela sociedade, sendo antes uma mera faculdade que assiste ao credor pignoratício (que terá interesse em fazê-lo, no caso de acções nominativas, para inscrever a garantia no livro da sociedade - e, desse modo, impedir o sócio do exercício dos direitos sociais - e, para as acções ao portador e apesar da inexistência de tal livro, a notificação será igualmente necessária para obter esse efeito). Se e quando as acções venham a ser documentadas em títulos, o objecto da garantia não se alterará (continuando a ser a participação social), mas apenas a forma, tendo o sócio o direito a exigir da sociedade a entrega do título definitivo para, posteriormente, o remeter ao credor (tendo este o direito a exigir-lo do sócio e, para evitar que o sócio entregue o título a terceiro, deverá o credor pignoratício tomar determinadas precauções, como sejam “*presentándose ambos ante la sociedad u obteniendo representación del socio para exigir el ejercicio de ese derecho*”).

<sup>2542</sup> Admite a empenhabilidade destas últimas hipóteses Tiago Soares da Fonseca, *ob. cit.*, pág. 53, considerando que, mesmo provisórias, já constituem valores mobiliários (tendo em conta também que, nos termos do n.º 2 do art.º 304.º do CSC, estes títulos substituem, para todos os efeitos, os títulos definitivos, enquanto estes não forem emitidos. Para além disso, estes títulos terão um período de vida diminuto, tendo em conta que, nos termos do n.º 3 do art.º 304.º, os títulos definitivos deverão ser entregues num prazo de 6 meses após o registo do contrato de sociedade). No mesmo sentido para o direito espanhol, vide Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, págs. 318 e 319 (invocando o argumento de maioria de razão, na medida em que a lei admite expressamente a constituição de direito reais limitados sobre acções não documentadas) e Ballarín Marcial, *ob. cit.*, págs. 199 e 200 (configurando-o como um penhor de créditos, cujo objecto seria a emissão, por parte da sociedade, dos títulos definitivos). De la Santa García, *ob. cit.*, pág. 110 e segs., distingue entre a hipótese de penhor de participações não documentadas, sem que existam sequer títulos provisórios ou certificados de inscrição (sustentando, com base no art.º 57.º, n.º 2, da LSA - de acordo com o qual em caso de não emissão e não entrega dos títulos ao credor pignoratício, este tem direito a obter da sociedade um comprovativo da inscrição do seu direito no livro de registo das acções nominativas - a admissibilidade de um penhor nestas circunstâncias, servindo o preceito em questão como justificação para a ausência do desapossamento do constituinte, sendo este substituído pela notificação do advento da garantia ao devedor. Todavia, o Autor esclarece que a licitude de tal negócio se encontra condicionada à prévia inscrição no registo comercial da escritura da qual brotam as participações sociais a onerar, uma vez que o registo assume papel constitutivo - até então teremos meros projectos de participações - e o ordenamento espanhol não admite o penhor de bens futuros: quando muito, admite “*una prenda de créditos sobre los derechos propios del suscriptor derivados de esas “acciones en potencia” y posteriormente sustituirse por una prenda sobre las acciones, preo esto conllavaria la necesidad de realizar dos negocios jurídicos*”. Esta garantia pode configurar-se como um penhor de créditos, recaindo sobre um crédito e não sobre um título material, formalizando-se através de uma notificação à sociedade, seguida da inscrição no livro da sociedade ou, em alternativa, como uma cessão de créditos) e a hipótese de penhor sobre tais documentos provisórios

Por outro lado e mesmo que se admita a sua oneração, a ausência de um suporte material presente faz nascer a dúvida acerca da natureza pignoratícia da garantia.<sup>2543</sup>

Finalmente, a existência de participações sociais com prestações acessórias suscita igualmente dúvidas quanto à respectiva oneração,<sup>2544</sup> o mesmo sucedendo com aquelas que se encontrem numa situação de contitularidade - neste último caso, a ausência de regulamentação específica para as participações sociais implica, salvo melhor juízo, a aplicação do regime ditado para o penhor de bens em regime de compropriedade.<sup>2545</sup>

---

(pois, segundo a generalidade da doutrina, são títulos-valor, de modo que a sua empenhabilidade não deve oferecer dúvidas e, aquando da emissão dos títulos definitivos, serão substituídos por estes: todavia, como os títulos provisórios são obrigatoriamente nominativos, será imprescindível a sua inscrição no livro de registo de tais acções da sociedade emitente, do mesmo modo que aí terá que ser averbada a substituição pelos títulos definitivos). Nesta última hipótese, cumpre ainda distinguir consoante as participações se destinem a vir a ser tituladas (caso em que o penhor não se poderá constituir por endosso, mas apenas através da entrega do documento provisório seguida da inscrição no livro societário, tendo o credor tem direito a que a sociedade emita um certificado atestando que o credor detém um direito inscrito no livro social) ou escriturais (caso em que parece mais difícil admitir possibilidade, pois, como destaca Veiga Copo, *La prenda cit.*, pág. 196, tal possibilidade acarretaria problemas práticos no momento da posterior inscrição, para além do inconveniente da não eliminação do papel e de, desse modo, se violarem os estatutos sociais que prevêm a representação das acções de modo escritural). Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 164, por seu turno, duvida que seja possível constituir um penhor antes da emissão material do título, uma vez que não é ainda possível determinar o objecto do penhor e, por isso, a disciplina aplicável.

<sup>2543</sup> Hardel, *ob. cit.*, pág. 87 e segs., considera não estarmos perante um penhor, mas antes diante de uma simples promessa, “*d’un contrat synallagmatique passé entre le prêteur e l’emprunteur. Par ce contrat ce dernier donne au créancier, en échange de l’avance consentie, une promesse d’affecter à son remboursement une certaine quantité de titres, bien que ceux-ci ne soient pas encore émis. La mise en possession n’est opérée que pour conférer un droit de rétention sur la chose, jusqu’au jour où celle-ci, ayant une valeur propre, constituera une gage certain*”.

<sup>2544</sup> Na ausência de norma expressa, a este respeito (quer quanto à legitimidade de oneração, quer quanto à constituição da garantia), na nossa legislação (a qual se limita a prever a possibilidade de o contrato de sociedade impor, a todos ou a alguns dos sócios, a obrigação de efectuarem prestações acessórias – cfr. art.ºs 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1, do CSC, respectivamente para as sociedades por quotas e anónimas), a sua oneração obedecerá ao exposto para a generalidade das participações sociais (com a ressalva de, no caso das acções com participações acessórias, estas deverem obrigatoriamente assumir forma nominativa – art.º 299.º, n.º 2, alínea c), do CSC). Em face do direito espanhol, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, págs. 94 e 95, considera ser necessário o consentimento da sociedade de responsabilidade limitada para a transmissão de qualquer participação desta índole (pelo que será necessária a comunicação à sociedade da constituição da garantia). Nas sociedades anónimas, a regra também é a da necessidade de consentimento da sociedade, muito embora se admita que o pacto social dispense tal autorização (quando exista essa necessidade de autorização, o Autor sustenta que a mesma não será discricionária, devendo os estatutos tipificar as causas de recusa): de qualquer modo, a prestação acessória vincula, não a concreta pessoa do sócio, mas o titular das acções, o que torna impossível a transmissão das prestações desacompanhadas da acção. Nesta conformidade, “*la existencia de restricciones sobre acciones vinculadas a la existencia de prestaciones accesorias no impide la prenda sobre las mismas*”, embora, em caso de acções nominativas, seja necessária a inscrição do penhor no livro de registo dos sócios. De la Santa Garcia, *Prenda de valores cit.*, págs. 118 e 119, distingue entre as acções (caso em que as mesmas deverão assumir a forma nominativa – art.º 52.º da LSA – mas poderão ser livremente empenháveis, embora a respectiva transmissão fique condicionada, salvo norma em contrário dos estatutos, a autorização da sociedade – art.ºs 63.º e 65.º da LSA) e as quotas (caso em que a transmissão *inter vivos* de quaisquer destas participações – art.º 24.º LSRL – carece de autorização da assembleia geral da sociedade).

<sup>2545</sup> Nos termos do qual, se o comproprietário pretender onerar apenas a sua quota parte deverá obter o consentimento dos restantes condóminos em possuir em nome do credor pignoratício (ou, em alternativa, entregar a posse do bem a algum daqueles, ficando estes afectados pela constituição da garantia unicamente no que concerne à parte adjudicada ao sócio na divisão que ocorra após a extinção da contitularidade) ou, ao invés, desejar constituir um penhor sobre a totalidade da acção (caso em que será necessário o consentimento de todos os consortes) – em termos análogos para o direito espanhol, vide Mejias Gomez, *La prenda cit.*, págs. 101 a 103. Outros obstáculos à dação em penhor deste tipo de bens

Ainda no domínio societário merece referência autónoma o regime especial consagrado para o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, o qual consente a oneração pignoratícia do próprio estabelecimento, aligeirando os requisitos tradicionais de constituição desta garantia.

Assim, nos termos do n.º 1 do art.º 21.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, este penhor não implica o desapossamento do devedor a consequente entrega do estabelecimento ao credor, devendo o negócio de constituição da garantia ser reduzido a escrito e inscrito no registo (apenas produzindo efeitos a partir da data do cumprimento desta última formalidade)<sup>2546</sup> – cfr. art.º 16.º, n.ºs 1 e 2, por remissão do art.º 21.º, n.º 2.

#### 1.2.8.6 - Outros regimes especiais

Digno de menção é também o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 42825, de 29 de Fevereiro de 1960, ao admitir a constituição de penhor sem desapossamento sobre bens móveis e utensílios dos estabelecimentos hoteleiros prestados em garantia de empréstimos garantidos pelo então designado Fundo de Turismo (ou por este caucionados).<sup>2547</sup>

A terminar, cumpre registar a regulamentação legal autónoma de colocação em penhor de bens de algum modo conexos com a actividade societária.

O Decreto-Lei n.º 375/07, de 8 de Novembro, vem, no seu art.º 17.º, n.º 5, determinar que o penhor sobre as unidades de participação em fundos de capital de risco obedece aos mesmos requisitos previstos para a respectiva transmissão entre vivos isto é e na medida em que tais unidades assumem obrigatoriamente carácter nominativo, ao regime previsto para a transmissão de valores que assumam tal configuração.

Obedecem igualmente a um regime específico (cfr. Decreto-Lei n.º 211/98, de 16 de Julho, republicado pelo Decreto-Lei n.º 309-A/2007, de 7 de Setembro) as garantias prestadas no âmbito da actividade das sociedades de garantia mútua, não apenas as prestadas pelo accionista promotor em benefício da própria sociedade (art.º 2.º, n.ºs 2 e 8 e 3.º, n.º 6, nos termos dos quais sempre que o accionista promotor afecte à linha de crédito uma parte da sua participação no capital social da sociedade de garantia mútua, será constituído um penhor sobre a mesma, em benefício da sociedade de garantia mútua - como contrapartida da garantia prestada por essa sociedade - em número de acções e nos termos que venham a ser fixados pelo conselho geral do Fundo de Contragarantia Mútuo, ficando o respectivo direito de voto suspenso), mas também o

---

poderão advir do pacto social (impedindo o penhor sobre quotas de acções) e até de pactos entre os comproprietários (nomeadamente pactos de indivisão, os quais, contudo, têm eficácia meramente obrigacional e, por isso, não são oponíveis ao credor pignoratício).

<sup>2546</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 262 (acrescentando que a própria transferência do estabelecimento se encontra sujeito a registo).

<sup>2547</sup> Cfr. Salvador da Costa, *ob. cit.*, pág. 34. Nos termos do art.º 1.º deste diploma, o Fundo pode dispensar a entrega dos bens onerados, sempre que os referidos bens sejam necessários à continuação da actividade dos respectivos estabelecimentos hoteleiros, caso em que os mesmos permanecerão em poder do empenhante, o qual se tornará depositário dos mesmos - ou, tratando-se de possa colectiva, tal incumbência passa a caber aos respectivos administradores ou representantes legais - (art.º 2.º), sujeitos à aplicação das penas previstas para o crime de furto na eventualidade de alienarem, modificarem, destruírem ou descaminharem os objectos dados em penhor, sem autorização escrita da comissão administrativa do Fundo de Turismo, ou de os empenharem novamente sem que no novo contrato se declare expressamente a existência do penhor ou dos penhores anteriores (art.º 3.º). O negócio de constituição da garantia, porém, devera constar de documento autêntico ou de documento autenticado e os seus efeitos contar-se-ão da data do documento, no primeiro caso, e da data do reconhecimento autêntico, no segundo (art.º 2.º, §2).

penhor constituído, pelos sujeitos beneficiários, em favor das mesmas sociedades como contra-garantia das garantias por estas prestadas (art.º 10.º, n.º 2, de acordo com o qual o penhor incide sobre as acções do beneficiário cuja titularidade seja exigida como condição de obtenção da garantia prestada pela sociedade de garantia mútua,<sup>2548</sup> vigorando entre o momento da concessão da garantia por esta última e a respectiva extinção, sendo que durante todo esse período não poderão as participações empenhadas, salvo casos excepcionais, ser objecto de transmissão).<sup>2549</sup>

Particularmente relevante é o modo de execução de tais garantias pois, na primeira hipótese, a sociedade credora pode adjudicar a si mesma o objecto empenhado pelo respectivo valor nominal ou, em alternativa, vendê-las extrajudicialmente (art.º 2.º, n.º 8) ou, na segunda hipótese e independentemente de convenção nesse sentido entre a sociedade de garantia mútua e o accionista beneficiário faltoso, poderão as acções objecto do penhor ser adjudicadas à sociedade de garantia ou ser vendidas extrajudicialmente (art.º 11.º, n.º 2).

### 1.2.9 - Ordenamentos com relação mais próxima com o português

É curioso que ordenamentos sob a influência cultural, directa ou indirecta, do nosso País se encontram mais abertos à consagração, não apenas pontual, de verdadeiras garantias reais mobiliárias não possessórias.

É o que sucede, por exemplo, com o direito macaense<sup>2550</sup> e, sobretudo, com o direito brasileiro, no qual a tradicional aversão aos negócios fiduciários não obstou ao

---

<sup>2548</sup> Quer a intransmissibilidade, quer a constituição deste penhor encontram-se sujeitas a averbamento nas contas de registo ou de depósito em que as acções da sociedade de garantia mútua objecto daquela limitação e daquele ónus se encontrem registadas ou depositadas – art.º 10.º, n.º 3 – e os casos excepcionais em que é permitida a transmissão das acções empenhadas devem constar do contrato de sociedade (art.º 13.º, n.º 1, alínea e)).

<sup>2549</sup> De acordo com o art.º 14.º, n.ºs 2 e 4, a transmissão (segundo o n.º 8 do mesmo preceito, este regime vigora para o penhor, com as devidas adaptações) de acções de accionistas beneficiários ou de accionistas promotores para novos accionistas beneficiários ficará obrigatoriamente sujeita ao consentimento da sociedade de garantia mútua, a conceder pelo respectivo órgão de administração: porém, esta recusa apenas pode ser fundamentada na não verificação, em relação à entidade para a qual se pretendem transmitir as acções, de algum dos requisitos dos quais os estatutos da sociedade de garantia mútua faça depender a possibilidade de subscrever ou, a outro título, adquirir acções na qualidade de accionista beneficiário (art.ºs 14.º, n.º 5) e, caso tal consentimento seja recusado, a sociedade de garantia mútua fica obrigada a, no prazo de 90 dias contado da data da recusa do consentimento, adquirir ou fazer adquirir por terceiro as acções pelo seu valor nominal (art.º 14.º, n.ºs 6 e 7). Quer os casos em que a constituição de penhor e de usufruto sobre acções fique sujeita ao consentimento da sociedade, quer aqueles em que o órgão de administração da sociedade de garantia mútua pode recusar o consentimento para a transmissão de acções e para a constituição de penhor, devem constar do contrato de sociedade (art.º 13.º, n.º 1, alíneas c) e d)). Por outro lado, não podem ser transmitidas acções de accionistas beneficiários para accionistas promotores ou para novos accionistas promotores (art.º 14.º, n.º 3).

<sup>2550</sup> Por exemplo, o Código Comercial de Macau admite a constituição de um penhor mercantil sem desapossamento, quando incida sobre bem afecto ao exercício de uma empresa, acrescentando ainda que constituição de penhor mercantil sobre bem cuja utilização seja imprescindível ao exercício da empresa assumirá sempre esta modalidade (art.º 912.º - interpretando este preceito, Zhao Yi, ob. cit., pág. 100, entende que, “*Se se tratar de bens não imprescindíveis, as partes podem escolher a forma de penhor com ou sem desapossamento, caso contrário o penhor deve ser feito com desapossamento*”). Este penhor sem desapossamento deve, sob pena de nulidade, ser celebrado por escrito – contendo a identificação do empenhador, a identificação dos bens empenhados, o local onde estes se encontram, o montante da dívida ou de elementos que permitam a sua determinação e o local e data de pagamento – com reconhecimento presencial das assinaturas dos contraentes, sendo posteriormente inscrito no registo (art.º 915.º). Por fim, cumpre salientar que o proprietário dos bens empenhados será considerado, relativamente ao direito pignoratício, como possuidor em nome alheio, incorrendo na responsabilidade própria dos fiéis

reconhecimento da alienação<sup>2551</sup> e da cessão fiduciária em garantia,<sup>2552</sup> para além de este mesmo sistema admitir, desde há longo tempo,<sup>2553</sup> penhores sem desapossamento,<sup>2554</sup> nomeadamente o penhor rural,<sup>2555</sup> mercantil e industrial<sup>2556</sup> ou

---

depositários se alienar, modificar, destruir ou desviar o bem sem consentimento escrito do credor pignoratício, e bem assim, se o empenhar de novo sem que no novo contrato se mencione, de modo expresso, a existência do penhor ou penhores anteriores que, em qualquer caso, preferem por ordem de datas (art.º 916.º, acrescentando o n.º 2 desta norma que, no caso de os bens em questão pertencerem a uma pessoa colectiva, as sanções aplicam-se a quem tenha a respectiva administração).

<sup>2551</sup> Pela primeira vez através da Lei n.º 4728, de 14 de Julho de 1965, mais concretamente no seu art.º 66.º (que rezava assim: “a alienação fiduciária em garantia se transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indirecta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efectiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor directo e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”). De acordo com Almeida Costa, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – notas de direito comparado*, in *Direito e Justiça*, n.º 1 (1980), pág. 49 e segs., os principais traços desta figura são a exclusão do seu âmbito dos bens consumíveis, o carácter acessório da alienação face ao crédito que garantem, a transmissão da propriedade por parte do devedor (que, não obstante, conserva a sua posse directa e fruição), embora com carácter resolúvel (mormente em caso de cumprimento da obrigação garantida). Todavia, o recente Código Civil veio proibir que o credor fiduciário se possa apropriar, *ipso iure*, do bem onerado, impondo antes a obrigação de o alienar, judicial ou extrajudicialmente (cfr. art.º 1364.º).

<sup>2552</sup> Esta última encontrou consagração na Lei n.º 4864, de 29 de Novembro de 1965, definindo Almeida Costa, *Alienação fiduciária cit.*, pág. 52, este negócio como aquele através do qual “os direitos do adquirente (...) são cedidos em garantia à entidade financiadora, continuando o cedente a exercê-los em nome do cessionário e apresentando-se defeso o pacto comissório”, concluindo que o regime é semelhante ao da alienação fiduciária em garantia.

<sup>2553</sup> Ismael Acevedo y Criado, *ob. cit.*, pág. 23 e segs., anuncia que já o Código Civil Brasileiro de 1916 autorizava a constituição de um penhor agrícola sem desapossamento (art.º 781.º e segs.), tendo diversas leis posteriores alargado o leque de bens objecto de garantias sem desapossamento (em especial a o Decreto-Lei n.º 1271, de 16 de Março de 1939, relativo ao penhor de máquinas e utensílios usados na indústria).

<sup>2554</sup> Já consagrados no Código Civil de 1916 e que encontram igualmente acolhimento no actual Código Civil, nos termos do qual no penhor rural (que, por sua vez, se subdivide em agrário e pecuário), no penhor industrial, no penhor mercantil e no penhor de veículos automóveis, os bens onerados permanecem em poder do constituinte - cfr. art.º 1431.º (de acordo com Sílvio Rodrigues, *ob. cit.*, pág. 354, partindo do modelo do penhor legal, foram criadas outras garantias não possessórias em determinados âmbitos, tais como os incidentes sobre máquinas e aparelhos utilizados na indústria, a suinicultura, a indústria do pescado, a indústria do sal, a indústria da carne e dos derivados e os estabelecimentos de ensino). Para além do desvio ao regime tradicional decorrente da ausência de desapossamento (justificado pela circunstância de o penhor tradicional “exigir a tradição do objecto da garantia o fazia incompatível com as necessidades práticas da agricultura”, embora advirta que “ao credor é deferida a posse indirecta, a posse jurídica, enquanto o devedor conserva a posse directa, a posse de fato, a detenção física”), Sílvio Rodrigues, *ob. cit.*, pág. 370, alude ainda à derrogação de dois outros aspectos do regime geral do penhor, a saber, a circunstância de recair sobre bens - culturas e animais - considerados como imóveis por acessão, o que é atestado pela circunstância de a garantia ser inscrita no registo dos bens imobiliários (o que conduz alguns Autores a atribuir natureza hipotecária a esta garantia) e, por outro lado, a possibilidade de a garantia incidir sobre bens futuros, *maxime* sobre colheitas em formação (inviável, no regime tradicional do penhor, em razão da necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro). Atentos os maiores riscos para o credor desta modalidade de penhor, a lei estabelece sanções penais para o empenhante, caso este desvie, abandone ou não entregue o bem ao credor (art.º 625.º do CCB, atendendo à equiparação da posição do constituinte da garantia e do depositário, sendo a situação do depositário infiel a única excepção à regra da interdição da prisão por dívidas - cfr. art.º 5.º da Constituição Brasileira), opinando Washington de Barros Monteiro, *ob. cit.*, pág. 358, que “Para se decretar a prisão civil, não há de se cogitar ter ou não o devedor, depositário dos bens, que os desviou, procedido ou não com dolo ou malícia”. Para além disso, a lei n.º 10931, de 2 de Agosto de 2004, consente que, em garantia de créditos bancários, possam ser onerados quaisquer bens (corpóreos ou incorpóreos, presentes ou futuros, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou não), abrangendo os seus acessórios (como os frutos, valorizações e acessões físicas, intelectuais, industriais ou naturais) – Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 225 a 229.

<sup>2555</sup> No caso de penhor rural (que compreende o penhor agrícola e o penhor pecuário), estabelece o art.º 1438.º que a garantia se constitui através de instrumento público ou particular, posteriormente inscrito no registo dos bens imóveis do local da situação dos bens (com uma duração de três ou quatro anos – para o penhor agrícola ou pecuário, respectivamente, prazo estes justificados por Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 370 e 371, por serem coincidentes com o ciclo das diversas culturas e da criação de gado – renováveis uma única vez por igual período, embora a garantia subsista enquanto subsistirem os bens onerados; quando o devedor prometa pagar a dívida em dinheiro, deverá emitir, a favor do credor, uma cédula pignoratícia, isto é, um documento fornecido pelo registo comprovado o averbamento do contrato de penhor – e os seus elementos fundamentais – que pode circular, por via de endosso, no mercado como qualquer título negociável, de modo que os direitos contidos na cédula são reconhecidos ao seu portador – Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 349) e, se o prédio se encontrasse previamente hipotecado, o penhor rural constituir-se-á sem necessidade de consentimento do credor hipotecário (conforme sustenta Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 371 e 372, esta dispensa assenta no facto de “*enquanto não vencida a hipoteca, iniciada sua execução, o devedor tem direito aos frutos, uma vez que está na posse no imóvel, podendo, pois, empenhá-los, se assim lhe convier*”), mas não prejudica a preferência deste, nem restringe a extensão da hipoteca no momento da respectiva execução (art.º 1440.º - isto significa, de acordo com Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 371 e 372 e tendo em conta que a hipoteca abrange as melhorias, acessões e construções do imóvel, que “*permanecerá o credor hipotecário com preferência em relação ao credor pignoratício, desde que a hipoteca tenha sido registrada anteriormente ao registo do penhor. Do contrário, isto é, caso o registo do penhor anteceda ao registo o ónus hipotecário, o penhor preferirá à hipoteca quanto aos frutos dados em garantia e resultantes dos bens hipotecados*): porém e apesar da ausência de desapossamento, ao credor assiste o direito de verificar o estado das coisas empenhadas, inspeccionando-as directamente ou através de alguém da sua confiança (art.º 1441.º). No caso específico do penhor agrícola, este pode incidir sobre máquinas e instrumentos agrícolas, colheitas pendentes ou em vias de formação, frutos armazenados, lenha cortada, carvão vegetal ou animais ao serviço ordinário da exploração agrícola, merecendo especial referência a possibilidade de a garantia incidir sobre colheitas pendentes ou em vias de formação (art.º 1442.º, II) e, caso esta colheita se perca ou seja insuficiente para garantir o crédito, o penhor abrangerá também a colheita imediatamente seguinte (art.º 1443.º, acrescentando que, caso o credor pignoratício não financie esta nova safra, o devedor poderá constituir um novo penhor sobre esta a favor de outrem em quantia máxima igual à do primeiro penhor, tendo esta segunda garantia preferência sobre a primeira, a qual se cingirá a um eventual excesso apurado na colheita seguinte – comentando este regime, Silvío Rodrigues, ob. cit., pág. 374, diz “*Tal solução talvez seja injusta para o financiador da safra frustrada, que, a despeito da anterioridade do seu crédito, é preferido, no resgate, pelo financiador da safra nova. Mas ela atende mais ao interesse social, pois, se a lei negasse a vantagem da preferência ao novo credor, este não se disporia a fazer o financiamento, o que resultaria em prejuízo para a produção nacional*”. Já Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 376, critica a circunstância de o primeiro credor ou o devedor não terem que notificar o segundo credor da existência de uma garantia anterior àquela que se visa constituir, enquanto Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 569, admite que este regime possa ser derogado por vontade das partes). Já quanto ao penhor pecuário, este pode incidir sobre os animais que integram a actividade pastoril, agrícola ou de lacticínios (art.º 1444.º), cumprindo destacar a impossibilidade de o constituinte alienar os bens onerados sem o consentimento do credor pignoratício (cfr. art.º 1445.º, nos termos do qual quando o empenhante pretenda alienar o bem ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, este poderá requerer o depósito do bem sob a guarda de um terceiro ou exigir o pagamento imediato da dívida), assim como o efeito sub-rogatório da garantia (mais concretamente e nos termos do art.º 1446.º, os animais da mesma espécie, adquiridos para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor, sendo aliás este efeito presumido, embora não produza efeitos relativamente a terceiros se não constar de menção adicional no respectivo contrato, seguida de averbamento no competente registo - Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 378 e 379, salienta que “*A substituição prevista neste artigo refere-se exclusivamente aos animais mortos. Portanto, não se estende aos animais alienados com autorização do credor, pois, com relação a estes, observar-se-á o que foi combinado pelas partes*” e, pese embora o silêncio do legislador, “*no que se refere às crias dos animais empenhados, entende-se que estas se incorporam ao penhor, garantindo, pois, o pagamento da dívida*”): para além disso, Silvío Rodrigues, ob. cit., pág. 375, alerta para a necessidade e individualização pormenorizada dos animais onerados (com indicação da respectiva denominação comum ou científica, raça, marca, sinal ou nome), a fim de proteger terceiros.

<sup>2556</sup> Nos termos do art.º 1448.º, este penhor constitui-se do mesmo modo que o penhor rural (com excepção do facto de a emissão da cédula pignoratícia ser facultativa), tendo o credor um direito de inspecção análogo (art.º 1450.º) e impendendo sobre o devedor a mesma proibição de alienação dos bens

sobre veículo automóvel,<sup>2557</sup> estabelecendo mesmo a lei um procedimento de execução específico para estas garantias pignoratícias não possessórias.<sup>2558</sup>

### 1.2.10 - Harmonização internacional das garantias mobiliárias

Este percurso pelas soluções normativas adoptadas nos vários ordenamentos no que às garantias mobiliárias diz respeito – e, especificamente, no que concerne ao penhor e à natureza imperativa do desapossamento do empenhante - permite constatar uma diversidade,<sup>2559</sup> tornando uma tarefa hercúlea a harmonização ou coordenação internacional nesta sede.<sup>2560</sup>

---

onerados sem o consentimento do credor pignoratício (com a agravante de, no penhor industrial e mercantil, o consentimento do credor ser também necessário para a alteração dos bens e para a alteração da sua localização) e, se o fizer, deverá repor outros da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor (cfr. art.º 1449.º). Quanto ao seu objecto, este penhor pode recair sobre máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios e sem eles; sobre animais utilizados na indústria; sobre sal e bens destinados à exploração das salinas; sobre produtos de suinicultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivadas e sobre matérias-primas e produtos industrializados (art.º 1447.º). Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 388, considera que este penhor se distingue do civil em razão da natureza, civil ou comercial, da obrigação garantida (acrescentando que o penhor em armazéns gerais e dos estabelecimentos de empréstimos sobre penhores constituem duas modalidades especiais de penhor industrial ou mercantil), embora Sílvio Salvo Venosa, ob. cit., pág. 572, desvalorize tal diferença, porquanto o regime aplicável a qualquer das modalidades – civil e comercial – é, actualmente, bastante similar, sobretudo a partir do momento em que o penhor civil passou a admitir a ausência de desapossamento quando recaia sobre certos bens.

<sup>2557</sup> Esta garantia não difere significativamente das demais quanto ao modo de constituição (excepto no que tange à necessidade de anotação da garantia no registo de propriedade do veículo – cfr. art.º 1461.º - facto este que, como bem nota Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág., 352, faz com que os terceiros tenham “*meios de saber que se encontra empenhado ao adquirir o veículo, ou efectuar qualquer negócio que o tenha por objecto, à simples inspeção ocular do documento, sem necessidade de recorrer à certidão passada pelos cartórios*”), ao direito de inspeção outorgado ao credor (art.º 1464.º), mas apresenta a especialidade de o penhor apenas poder nascer se a viatura houver sido previamente assegurada contra furto, avaria, perecimento e danos provocados a terceiros (art.º 1463.º), bem como de a alienação ou modificação do veículo sem prévia comunicação ao credor importar o vencimento imediato da obrigação (art.º 1465.º) e, ainda, de a garantia apenas poder ter uma duração máxima inicial de 2 anos, prorrogável por mais 2 (art.º 1466.º). Quanto ao seu objecto, podem ser empenhados quaisquer veículos (cfr. art.º 1461.º), embora Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 390, restrinja o seu âmbito aos veículos automotores de passageiros colectivos (autocarros, táxis, etc.) e particulares (carros e outros utilitários de passeio) ou de carga (camiões e afins), enquanto Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 352, alarga o âmbito objectivo desta de modo a abarcar qualquer veículo destinado ao transporte de pessoas ou bens, automatizado, a tracção animal ou não dotado de auto propulsão (desde que identificados através do seu tipo, marca, cor, destino e número de série).

<sup>2558</sup> Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 379 e 380, embora aluda às interrogações acerca da eventual revogação deste regime por força da posterior aprovação do Código de Processo Civil, esclarece que este procedimento se inicia com a apresentação da petição inicial por parte do credor (instruída com uma via do contrato de penhor), prossegue com a citação do devedor para, no prazo de 48 horas, efectuar o pagamento da quantia exequenda ou depositar os bens onerados: caso não o faça, o juiz poderá ordenar o sequestro desta e a prisão do devedor, determinando a venda do bem.

<sup>2559</sup> Foca este aspecto, Christian Mouly, *La publicité des suretes reelles mobilières*, in *European Review of Private Law* n.º 6 (1998), págs. 51 e segs., traçando o seguinte cenário a nível europeu: um cada vez menor uso do penhor tradicional (em razão da exigência de desapossamento) e um recurso cada vez mais frequente às garantias sem desapossamento. Todavia, enumera um aspecto negativo comum a todas as garantias reais, qual seja o facto de serem mal conhecidas dos outros credores (especialmente se o devedor não residir no mesmo País do credor ou daquele cuja lei é aplicável ao contrato), ainda que exista um sistema de publicidade organizada por entidades administrativas, tendo em conta a dificuldade de consulta destas publicidades administrativas, mesma quando acessíveis *on line* a partir de qualquer computador, circunstância que está na base do sucesso das empresas que se dedicam a fornecer informações acerca da solvabilidade de outras empresas (perante este cenário, o Autor sugere uma

De qualquer modo e em termos porventura redutores, poderemos contrapor, a nível mundial, a concepção anglo-saxónica e a latino-continental,<sup>2561</sup> parecendo que a

---

melhoria do sistema de publicidade, propondo que a mesma deva conter informação relativa à existência das garantias, aos montantes garantidos e aos bens onerados, a hierarquia entre as diversas garantias de acordo com a ordem de inscrição e a exclusão das garantias não publicadas do concurso de credores - sem prejuízo, quanto a este último aspecto, da existência destas garantias e da sua possível oponibilidade aos credores quirografários). Em termos aproximados e numa perspectiva mundial, Carlos De Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 22 e 53 e segs., falam de três gerações de garantias mobiliárias: uma tradicional, correspondente ao penhor comum, erigindo o desapossamento como *conditio sine qua non* para a perfeição da garantia e rejeitando a tradição simbólica e o constituto possessório (complementada pela regra da posse vale título, destinada a suprir o carácter equívoco da publicidade da garantia); uma segunda, que se foi impondo paulatinamente e à medida que foram sendo detectadas as insuficiências económicas do desapossamento possessório, caracterizada pelo surgimento de penhores sem desapossamento (deixando, em consequência, a *traditio* de ser elemento essencial do tipo contratual do penhor, mas meramente instrumental relativamente à necessidade de assegurar a indisponibilidade do bem empenhado por parte do devedor); e, finalmente, partindo da excepcionalidade e do âmbito de aplicação restrito dos penhores sem desapossamento de segunda geração, uma terceira etapa caracterizada pela generalização deste tipo de garantia e, paralelamente, pelo uso da propriedade com fins de garantia (fruto, sobretudo, do maior papel atribuído à autonomia privada).

<sup>2560</sup> Cassandra Sulpasso, Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari, in Rivista di Diritto Civile, Ano 41, n.º 4 (Jul/Ago 1995), pág. 567 e segs., enumera três razões para o insucesso das tentativas até agora encetadas: a falta de clareza dos objectivos a alcançar; a dificuldade em escolher um modelo que sirva de base para a disciplina uniforme; e o carácter incompleto dos vários ordenamentos. Esta harmonização impõe-se em razão da crescente internacionalização da economia e da consequente transferência dos bens de uns países para outros (nomeadamente em caso de constituição de uma garantia sem desapossamento, há que reconhecer o direito do credor quando o bem seja transferido para outro Estado diverso daquele onde se encontrava no momento da constituição da garantia). Apesar da falta de êxito das tentativas até agora efectuadas, a Autora considera que as mesmas representam “*una fonte preziosa di esperienza accumulata per i lavori attualmente in corso presso l’Unidroit ed altre organizzazioni e per quelli che, in seguito, potranno ampliarne la portata*”, embora tal tarefa pressuponha a necessidade de uma profunda análise comparatística. Notícia igualmente estas dificuldades Nicola Cipriani, Patto comissorio e patto marciano: proporzionalità e legittimità delle garanzie, Edizione Scientifiche Italiane, 2000, pág. 225 e segs. (“*non si possono negare le difficoltà oggettive di queste operazioni di uniformazione legislativa, che appiano sovente settoriali e disorganiche*”, embora demonstrando algum optimismo face ao futuro do direito europeu dos contratos). Mais céptico é Olivencia Ruiz, ob. cit., pág. 54, para quem “*El tema de las garantías mobiliarias envuelve una serie de cuestiones, de Derecho patrimonial, registral y concursal, en las que la diversidad de los sistemas nacionales resulta de muy difícil reconducción a fórmulas armonizadoras siempre más idóneas en el ámbito de los negocios jurídicos que en el de los derechos reales*”.

<sup>2561</sup> Aludem a esta contraposição, Carlos De Cores e Enrico Gabrielli, ob. cit., págs. 18, 19 e 63 e segs., indicando que o modelo anglo-saxónico abrange também a vertente germânica (compreendendo os países de *common law* – Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Índia e países africanos ex-colónias inglesas - e os seguidores da vertente germânica, como a Alemanha, Holanda, Suíça e Áustria) e que o modelo latino-americano vigora em França, Itália, Espanha e na maioria dos países da América Latina. Este último modelo caracteriza-se pelo carácter absoluto do direito de propriedade (sendo as suas limitações excepcionais), pela unidade e indivisibilidade do património (que tem como corolários o facto de toda a pessoa ter um património e de não haver patrimónios sem pessoas), pela vigência da *par conditio creditorum* e da estrita legalidade das causas de preferência (constituindo estas uma excepção àquele), pelo *numerus clausus* dos direitos reais (na dupla dimensão de proibição de criação de direitos reais atípicos e de modificação do regime legal dos tipificados na lei), pela concessão ao beneficiário das garantias dos poderes de preferência e de sequela (destarte permitindo excluir do leque das garantias o uso do direito de propriedade com fim de garantia, que não comungam destes atributos), pelos princípios da acessoriedade e da especialidade (este último vigente, quer para o crédito assegurado, quer para o quid onerado, sendo frequente a sua invocação para recusar a admissão do efeito sub-rogatório no domínio dos penhor flutuantes ou rotativos) e pela tendencial invalidade de formas de execução privadas ou extra-judiciais (com fundamento na necessidade de protecção do constituinte). Pelo contrário, o modelo anglo-saxónico assenta numa maior respeito pela autonomia privada (o que redundará numa maior adequação às necessidades da prática comercial), com a adopção de uma noção funcional de garantia (englobando, entre outras, o recurso à propriedade com fins de garantia), consentindo negócios abstractos e facilitando



tendência dos últimos anos aponta no sentido da progressiva preponderância da primeira.<sup>2562</sup>

Concorrem, em especial, para o insucesso das tentativas de harmonização até agora encetadas a diversa amplitude com que vigora a proibição das convenções comissórias,<sup>2563</sup> a circunstância de alguns ordenamentos se mostrarem mais propensos do que outros a aceitar garantias sem desapossamento<sup>2564</sup> ou a prescindir da necessidade de identificação concreta do objecto da garantia<sup>2565</sup> e de publicitação da garantia e, em termos mais gerais, de nem todos concederem o mesmo poder criativo à autonomia privada.<sup>2566</sup>

---

a execução da garantia (através do recurso a vias extra-judiciais). Chegada a hora de confrontar os dois sistemas, os Autores demonstram uma clara preferência por este último, especialmente pela maior abertura no que respeita à admissibilidade de penhores sobre universalidades (tendencialmente negado nos sistemas continentais, em razão da não aceitação da sub-rogação legal, nem da acessão, nem da transformação, pelo que nestes sistemas a garantia terá que ser constituída sobre os concretos bens que integram a universalidade) e sobre coisas futuras (fruto da imperatividade do desapossamento como condição de surgimento da garantia), pela aceitação do recurso à propriedade com fins de garantia e à flexibilização dos mecanismos de execução (até porque em alguns deles não vigora a proibição do pacto comissório).

<sup>2562</sup> Aponta nesta direcção Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 186, sobretudo em razão da adopção, por parte dos organismos internacionais, de conceitos e figuras típicas desses ordenamentos. Já Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 332 e segs., recusa que o sistema alemão possa servir de modelo, essencialmente por força da sua natureza oculta ou confidencial, totalmente contrária às exigências de segurança do comércio internacional (mas também pelo facto de ser um sistema utilizado em poucos países, apontando até o caso holandês, no qual uma recente reforma abandonou o sistema das alienações fiduciárias anteriormente vigentes, substituindo-o por um outro que consagra o penhor como única garantia mobiliária, afirmando-se ainda o princípio da publicidade das garantias), apontando o modelo da hipoteca mobiliária (inspirado no modelo do art.º 9.º do UCC americano) como o mais idóneo (não apenas por tal garantia ser reconhecida num número cada vez maior de países, mas também por consagrar uma única garantia – ao invés da multiplicidade actualmente existente -, dotada de publicidade, podendo mesmo prever-se que a inscrição no registo de um dos países a tornaria imediatamente oponível mesmo nos demais países)

<sup>2563</sup> Vide infra n.º 4 do Capítulo II.

<sup>2564</sup> Relativamente a este aspecto, a generalidade dos ordenamentos de *common law* admite as garantias sem desapossamento, enquanto nos sistemas de *civil law* tal possibilidade é excepcional (embora reconheça a existência de uma cada vez maior abertura, substituindo normalmente o desapossamento pelo registo). Cassandra Sulpasso, *ob. cit.*, pág. 570 e segs., demonstra claramente a sua preferência pelas garantias que prescindem do desapossamento do devedor, tendo em conta que “*normalmente i beni oggetto di garanzia sono necessari allo svolgimento dell’attività di impresa e che spesso si tratta di una categoria di beni soggetta a variazioni (...) da qui l’interesse per sistemi di garanzia che non implicino lo spossamento del debitore e che consentano l’estensione della garanzia a beni che entreranno nel patrimonio del debitore in un momento successivo (...) senza la necessita di un ulteriore atto di disposizione da parte del debitore, al momento dell’acquisto di nuovi beni*”

<sup>2565</sup> Cassandra Sulpasso, *ult. ob. e loc. cit.*, mostra-se novamente mais adepta das soluções dos sistemas de *common law*, nos quais se generalizou a previsão de garantias sobre bens – normalmente empresariais – sujeitos a variação, ao invés dos sistemas de *civil law*, nos quais tal possibilidade se encontra fortemente limitada pela necessidade de determinação – ou, pelo menos, determinabilidade – do objecto da garantia (cfr. Cassandra Sulpasso, *ult. ob. e loc. cit.*).

<sup>2566</sup> Novamente Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 19 (apontando como exemplo de um ordenamento mais fechado o italiano e de outro mais aberto o germânico), Cassandra Sulpasso, *ob. cit.*, pág. 372 e segs., (admitindo a existência de maiores entraves nos ordenamentos continentais de *civil law*, com excepção do alemão e acrescentando uma outra divergência atinente à vigência ou não do princípio posse vale título) e, especialmente, Mauro Bussani, *Los modelos de las garantías reales en civil y en common law. Una aproximación de derecho comparado*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 242 e segs., destacando como alguns princípios, considerados de ordem pública, como o *numerus clausus* ou da *par conditio creditorum*, influenciam decisivamente o regime legal, de modo que a lei de muitos países da Europa Continental prescreve a nulidade dos acordos que visem modificar o regime legal das garantias (problema que se

Noutra ordem de considerações, é de registar a circunstância de nem todos os sistemas admitirem o recurso ao direito de propriedade com funções de garantia,<sup>2567</sup> embora o panorama europeu a este respeito seja tudo menos claro<sup>2568</sup> - sendo até legítimo questionar se a utilização das garantias fiduciárias não poderá ser suprimida, apostando antes no reforço das garantias reais em sentido estrito, sobretudo as não possessórias<sup>2569</sup> - até porque a coexistência das garantias fiduciárias com outras mais convencionais gera a dúvida acerca da aplicação às primeiras das regras vertidas para estas últimas.<sup>2570</sup>

---

estende à fase de execução da garantia, impondo os ordenamentos mais formalistas procedimentos de execução morosos e em grande medida judicializados - admitindo apenas em casos restritos a alienação privada pelo credor - sempre inspirados pela proibição das convenções comissórias): ora, o resultado desta rigidez é a fuga dos operadores económicos para as garantias pessoais ou a busca contínua de novas instrumentos à margem das garantias tradicionais.

<sup>2567</sup> Como sejam os mecanismos fiduciários ou da reserva de propriedade (especialmente no ordenamento alemão) ou, em termos mais latos, de qualquer instrumento desde que se comprove ter sido utilizado com função de garantia (como sucede com o já mencionado art.º 9.º do UCC norte-americano e, em menor grau, pelo ordenamento alemão). Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 54 e segs., realça, por um lado, a similitude entre a concessão de uma garantia sem desapossamento e um acto de disposição da propriedade e, por outro, que a criação de obstáculos à constituição de garantias reais origina a utilização da transferência de propriedade com fins de garantia: ainda, assim, conclui que “*sotto il profilo funzionale quasi tutti i sistemi praticano almeno uno sdoppiamento di modalità di costituzione delle garanzie su beni che rimangono in proprietà al debitore e trasferimento o ritenzione della proprietà al creditore limitato però da patti rivolti a consentire l’acquisto del diritto al debitore non appena agli abbia assolto il debito*” (para além disso, a mesma destaca o facto de, não raras vezes, o constituinte da garantia necessitar de dispor dos bens onerados sem, porém, prejudicar os direitos do credor: ora, a solução será a de utilizar o produto da venda para pagamento do credor preferente, através da cessão a este último desse crédito, sem que a tal obste o princípio da acessoriedade das garantias reais). Já Rojo Ajuria, *Las garantías cit.*, págs. 721 e segs., contrapõe o ordenamento alemão, por um lado, e os direitos francês e italiano, por outro, observando que no primeiro a utilização da propriedade com fins de garantia é plenamente aceite, enquanto nos segundos ainda enfrenta muitas reticências (assegurando que no caso francês, se tem registado a criação, por leis avulsas, de algumas figuras que, embora com âmbito limitado, procederam ao reconhecimento do uso da propriedade com fins de garantia, ao passo que no direito italiano tal evolução enfrenta um obstáculo adicional resultante da recondução destes negócios ao âmbito das convenções comissórias).

<sup>2568</sup> Pierre Crocq, *Las propiedades garantía en Europa*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 167 e segs., dá conta de uma tendência no sentido da reparação da antiga figura romana da *fiducia cum creditore*, seja em virtude da ausência de garantia mobiliária não possessória (como sucede na Alemanha), seja em razão da pouca segurança que a regulamentação do penhor sem desapossamento proporciona (de que é exemplo o caso grego), seja pelas limitações à eficácia da garantia ditadas pelas leis concursais (como acontece em França), sendo o expoente máximo desse renascimento a recente reforma do Código de Napoleão (vide supra n.º 1.2.2 do Capítulo II). Todavia, este caminho está longe de ser universal, conforme se comprova pela evolução recente do direito holandês, que desde 1929 contempla a figura do penhor sem desapossamento, que posteriormente acolheu – ao menos a nível jurisprudencial – a garantia fiduciária e que, finalmente, com o Código Civil de 1992, proibiu esta última figura, regulando em termos gerais o penhor sem desapossamento.

<sup>2569</sup> Parece apontar neste caminho Pierre Crocq, *ob. cit.*, págs. 167 e 168.

<sup>2570</sup> Pierre Crocq, *ob. cit.*, pág. 168 e segs., subdivide a questão em duas, uma relativa às regras para a constituição da garantia (e, em especial, à publicidade) e outra respeitante à execução. Quanto à primeira, enquanto para as garantias tradicionais a regra é a submissão, em alternativa, ao desapossamento do devedor ou a uma formalidade publicitária substitutiva (v.g. registo), a constituição das garantias fiduciárias é normalmente sigilosa (como sucede com as garantias fiduciárias financeiras, com a cessão de crédito em garantia, com as transmissões em garantia de bens corpóreos – normalmente submetidas às regras vigentes para a cessão -, sendo a reserva de propriedade a única figura que, em alguns ordenamentos, se encontra sujeita a registo), embora o Autor advirta para um inversão desta tendência em diversos projectos de reforma, inspirados pelo sistema americano, designadamente em França (embora tal constatação não esteja totalmente de acordo com a não sujeição a registo da reserva de propriedade – bastando a sua redução a escrito, o que, conforme salientam Acnes et Crocq, *Les sûretés 2009 cit.*,

Por outro lado, as garantias fiduciárias colocam interrogações relativamente aos riscos, para o devedor, da atribuição do direito de propriedade ao credor<sup>2571</sup> e, paralelamente, para o credor, em razão da concessão da posse do bem ao devedor.<sup>2572</sup>

É relativamente à busca de uma solução que dispense a entrega dos bens onerados ao credor (ou a terceiro) que talvez mais se faça notar a discrepância entre as diversas legislações, sendo possível diagnosticar duas alternativas principais: por um lado, a instituição de um mecanismo publicitário (normalmente o registo); por outro, utilizando a propriedade com fins de garantia (usualmente sem publicitação do negócio).<sup>2573</sup>

Também no que concerne à possibilidade de alargamento da garantia que incida sobre determinados bens (como mercadorias destinadas a revenda<sup>2574</sup> ou a

---

significa que “*Le formalisme et la publicité de la clause sont réduits au minimum: au regard du droit commun, il suffit que cette clause ait été convenue par écrit (art. 2368, C. civ.)*” - coadunando-se melhor com a sujeição a registo da alienação fiduciária em garantia – cfr. art.º 2019.º, n.º 1, por remissão do art.º 2372-1) e em Inglaterra. Já no que concerne à execução da garantia, a principal questão relaciona-se com a violação, por parte das garantias fiduciárias, da proibição do pacto comissório, a que se fará alusão infra no n.º 4.3.5 do Capítulo II.

<sup>2571</sup> Segundo Pierre Crocq, ob. cit., pág. 172 e segs., o principal risco decorre do facto de, embora a propriedade do credor seja provisória (porquanto o devedor poderá cumprir a obrigação e recuperar a sua propriedade), existir a possibilidade de ceder o bem a terceiro ou ser o mesmo agredido pelos credores do credor fiduciário (ou até apreendido num procedimento falimentar eventualmente tentado contra este). Ora, a protecção do constituinte da garantia perante estes comportamentos radica no direito de retenção que lhe é reconhecido em caso de garantias sem desapossamento e, nas garantias com desapossamento, por uma de duas vias alternativas: ou através da dissociação entre a propriedade do valor – entregue ao credor – e a propriedade para efeitos de utilização do bem – conferida ao devedor (posição criticada pelo Autor por apenas ser aplicável às garantias fiduciárias e não à reserva de propriedade; por se traduzir numa nova garantia sem desapossamento, em contraste com o princípio da tipicidade dos direitos reais) ou, como o Autor entende ser preferível, mediante a qualificação da propriedade fiduciária como uma propriedade plena, limitada apenas por obrigações de natureza pessoal impostas ao credor em benefício do devedor (embora reconheça que, deste modo, o devedor ficará menos bem protegido, na medida em que carece de um direito real sobre o bem onerado oponível a terceiros, podendo a protecção ser assegurada através de uma intervenção legislativa determinando que os bens dados em garantia constituem um património autónomo, distinto do credor).

<sup>2572</sup> Para Pierre Crocq, ob. cit., págs. 174 a 176, os principais riscos são a transformação do bem ou a sua cessão a um terceiro de boa fé (este último é particularmente notório nos ordenamentos que adoptam a regra da posse vale título). No que ao primeiro risco diz respeito, importa, desde logo, determinar a partir de que nível de modificação se deverá considerar que o bem resultante da transformação não é o originário, sendo as respostas muito díspares nos diversos ordenamentos (por exemplo, a transformação de ovos em frangos é considerada na Holanda como dando origem a um bem novo, enquanto no direito escocês a passagem dos ovos a salmões não afecta a identidade do bem originariamente onerado, da mesma forma que sucede com a transformação das pernas de porco em presunto no direito italiano), mas cumpre sobretudo saber da licitude das cláusulas de extensão da propriedade do credor ao novo bem resultante da transformação (aceites e generalizadas no direito alemão, mas rejeitadas nos ordenamentos francês e inglês). No que atine ao perigo de alienação ou cessão do bem a terceiro por parte do devedor (e tendo em conta a regra da posse vale título), a protecção do credor pode ser assegurada através da possibilidade de cessão ao credor fiduciário do crédito sobre o preço da (re)venda, da extensão da reserva de propriedade sobre o crédito do preço de (re)venda ou da plena oponibilidade da reserva de propriedade aos terceiros adquirentes (para o que se exige um sistema de publicidade para esta reserva, que destruirá a boa fé do terceiro adquirente).

<sup>2573</sup> Dá conta desta dicotomia, Anna Veneziano, ob. cit., págs. 12 a 16, alegando que o primeiro modelo é particularmente idóneo para os bens de fácil identificação, enquanto o segundo se socorre de figuras como a reserva de propriedade, o leasing mobiliário, a alienação fiduciária em garantia e, no que se refere aos créditos de que seja titular o devedor, a cessão com fins de garantia.

<sup>2574</sup> No que a este particular diz respeito, a extensão pode operar, essencialmente, em três direcções diversas: ou sobre os bens adquiridos em substituição dos originariamente empenhados, ou sobre o produto da alienação destes ou sobre o resultado da respectiva transformação. Segundo Anna Veneziano, ob. cit., pág. 53 e segs., na primeira não se levantam problemas de maior (devendo ser admitida nos

transformação<sup>2575</sup> ou sobre um conjunto de créditos - neste último caso, recorrendo-se frequentemente a instrumentos alternativos ao penhor, como a cessão de créditos<sup>2576</sup> ou impondo o registo da garantia pignoratícia),<sup>2577</sup> as soluções não são uniformes.

---

mesmos termos em que o seja a constituição de penhor sobre bens fungíveis, em especial desde que se cumpram os requisitos de determinabilidade do objecto do contrato e se cumpram as formalidades necessária para o surgimento ou oponibilidade da garantia), mas as duas restantes parecem lograr pleno sucesso no direito alemão (em grande medida porque o regime da cessão de créditos neste ordenamento facilita a circulação destes direitos, ao dispensar a notificação ao terceiro devedor do crédito cedido), onde são muito usadas associadas às alienações em garantia ou, mais frequentemente, às vendas com reserva de propriedade, e no direito inglês (com base no instituto da *floating charge*), sendo aceites em termos mais restritivos no direito francês (no qual a legislação permite que a reserva de propriedade possa ser estendida aos créditos resultantes da revenda do bem, mas apenas no limite do preço que ainda não tenha sido pago pelo terceiro) e desconhecidas no ordenamento italiano (em cujo único sucedâneo afastado é o contrato estimatório, através do qual o receptor das mercadorias as recebe, tornando-se seu proprietário automaticamente no momento da revenda, sendo a parte não vendida restituída ao fornecedor).

<sup>2575</sup> Também este tipo de extensão se encontra especialmente difundida no direito alemão, associada a uma venda com reserva de propriedade (ou, mais raramente, de uma alienação em garantia), considerando-se que o adquirente efectua a transformação do bem por conta do vendedor, adquirindo este automaticamente a propriedade dos produtos transformados (sendo, ao invés, tal prolongamento desconhecido nos ordenamentos francês e italiano, com excepção, neste último, do penhor sobre presuntos). Contudo, este tipo de extensão pode redundar num excesso de garantia, uma vez que o vendedor se torna proprietário de todo o produto, ainda que apenas tenha contribuído com o valor da matéria prima: para evitar este abuso, as jurisprudências alemã e inglesa prevêm “*la costituzione di una comproprietà (Miteigentum) con il debitore, determinando le quote spettanti a ciascuno in ragione del rapporto tra il valore della materia prima e quello del prodotto finito*” (utilizando este mesmo critério para resolver o conflito entre diversos fornecedores cujas matérias primas tenham concorrido para a laboração do produto final) – sobre este assunto, vide Anna Veneziano, ob. cit., pág. 58 e segs..

<sup>2576</sup> Uma vez constatada a inaptidão do penhor para permitir a constituição em garantia deste conjunto de bens (em razão do excessivo formalismo - em particular a necessidade de notificação ao terceiro devedor do crédito onerado - e da necessidade de descrição analítica dos bens empenhados), surge como alternativa a cessão de créditos em garantia. Porém, também esta figura não se encontra isenta de escolhas (desde logo, nalguns ordenamentos, a sua própria admissibilidade), sobretudo naqueles países (como em Itália e em França, nos quais, para além disso, a necessidade de determinação do objecto do negócio e a tradicional aversão aos negócios fiduciários depõem no mesmo sentido) nos quais, à semelhança do penhor, se subordina a oponibilidade a terceiros da cessão à notificação do devedor cedido (o que requer o conhecimento antecipado dos detalhes do crédito que se pretende ceder, assim inviabilizando uma cessão global, na qual se verifique uma contínua substituição do capital circulante por novos créditos comerciais). Pelo contrário, naqueles ordenamentos (como o germânico) em que a notificação ao devedor cedido apenas tem como objectivo impedir o pagamento ao cedente com efeito liberatório, este instituto assume maior importância, não surpreendendo, por isso, que a figura assumia aí particular relevância, consentindo a cessão de créditos futuros (desde que estes sejam determináveis no momento do surgimento do próprio crédito) e mesmo a cessão global de créditos (a chamada *Globalzession*, isto é, a transferência fiduciária ao financiador da globalidade dos créditos de que o devedor seja titular, normalmente acompanhada da autorização ao cedente para a cobrança do mesmo, sendo a garantia invocável em caso de falência do devedor, podendo o credor fazer valer um direito de preferência sobre o valor da venda). Acerca deste assunto, vide Anna Veneziano, ob. cit., pág. 63 e segs., dando conta da admissibilidade da *Globalzession* igualmente nos direitos suíço e austríaco e, por outro lado, da diminuição da rigidez do regime de circulação dos créditos nos regimes de base romanística (operada particularmente em França com a *Loi Dailly* - nos termos da qual a cessão se torna plenamente válida e eficaz face a terceiros pela redacção de um documento assinado pelo cedente - e na Bélgica com a alteração do Código Civil) não foi suficiente para difundir a cessão global de créditos (no caso específico da *Loi Dailly*, porque uma interpretação restritiva da mesma conduz a excluir do âmbito de aplicação desse diploma os créditos futuros).

<sup>2577</sup> No direito holandês, embora a regra continue a ser a da redacção de um documento escrito acompanhada da notificação ao devedor do crédito empenhado - sendo esta última condição de validade da cessão, mesmo inter partes (o mesmo valendo para a cessão de créditos) - , admite-se como alternativa que a notificação possa ser substituída pela inscrição da garantia nos competentes registos (para o que se exige a especificação dos créditos cedidos ou empenhados). Mais longe ainda vão os ordenamentos inglês

Um aspecto particularmente delicado prende-se com a publicidade das garantias reais mobiliárias,<sup>2578</sup> ou melhor, com necessidade ou não de instituição de um regime destinado a tornar cognoscíveis estes ónus,<sup>2579</sup> parecendo que as vantagens inerentes à publicidade suplantam os inconvenientes que das mesma decorrem.<sup>2580</sup>

---

e norueguês: no primeiro, embora a garantia sobre créditos (nomeadamente de que sejam titulares empresas pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços) seja considerada válida entre as partes desde o momento da sua constituição, a respectiva oponibilidade a outros credores do cedente e a sucessivos cessionários é condicionado à inscrição no registo comercial (todavia, a data a ter em conta para a produção de tal efeito é a da constituição de garantia, ou seja, o credor dispõe de um período de tempo para proceder ao registo com efeito retroactivo ao momento da constituição; por outro lado, não raras vezes permite-se ao devedor cobrar os créditos onerados, de modo a consentir o uso na sua actividade comercial das somas arrecadadas); no segundo, estabelece-se que as empresas podem ceder ou empenhar um conjunto de créditos relativos à sua actividade, sem necessidade de indicação nominativa dos devedores cedidos, sendo que a garantia apenas se considera oponível a terceiros após a inscrição no registo de bens móveis do local da sede da empresa constituinte (porém, prevalecem sobre os credores garantidos inscritos os direitos de terceiros de boa fé titulares de um direito conflituante, mesmo que constituído em momento posterior ao registo, desde que notifique a cessão ou o penhor ao devedor cedido).

<sup>2578</sup> Como bem nota Mouly, *La publicité cit.*, pág. 69, “*Maintenir des régimes nationaux actuels de publicité et d’opposabilité des sûretés réelles mobilières revient à laisser des entreves juridiques importantes à la libre circulation des services financiers et du crédit*”, até porque, em seu entender, as reformas destinadas a melhorar a publicidade seriam de pequena amplitude e com poucos custos para os credores, não implicando quaisquer encargos para o Estado. Salientam este aspecto Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 18 (contrapondo os sistemas francês e alemão) e Mauro Bussani, *Los modelos cit.*, pág. 241 e segs. (destacando como a necessidade de publicidade não tem que comprometer a celeridade e eficiência do sistema de garantias – apontando como exemplo o ordenamento americano – e, paralelamente, que as garantias ocultas não serão, inexoravelmente, inimigas daquelas celeridade e eficácia, conforme se alcança do direito alemão).

<sup>2579</sup> Destacam este aspecto Cassandra Sulpasso, *ob. cit.*, pág. 372 e segs. (constatando que a publicitação é exigida pela generalidade dos ordenamentos – seja através do desapossamento ou do registo - mas excluída pelo sistema alemão) e, especialmente, Mouly, *La publicité cit.*, pág. 53 e segs.. Este último Autor, assegura que a necessidade de instauração de mecanismos publicitários se fez sentir em França a partir dos anos 60 do século passado (uma vez que, até então, a solvabilidade aparente do devedor praticamente correspondia à solvabilidade real), momento em que passaram a ser admitidos negócios ocultos como a reserva de propriedade e a cessão de créditos, para não falar do aumento exponencial das dívidas fiscais, previdenciais e salariais das empresas (estas últimas garantidas por privilégios totalmente desprovidos de publicidade, enquanto os créditos fiscais e previdenciais gozam de uma publicidade “*indignes de ce nom et dénuées d’efficacité*”). Como se não bastasse a existência de garantias que escapam ao crivo da publicidade, os registos que existem encontram-se dispersos e cada um abarca apenas um determinado tipo de garantia (o Autor enumera 9 entidades gestoras de registos destinados à inscrição de penhores e de hipotecas mobiliárias). No panorama europeu, as soluções oscilam entre sistema, como o inglês, mais favorável à publicidade (no qual todas as garantias não possessórias se encontram sujeitas a registo, com excepção da reserva de propriedade) e outros, como o alemão, mais avessos a ela (no qual as garantias mais usadas – reserva de propriedade e aquisições fiduciárias – são ocultas, solução aplaudida pelos credores – pois considerem que os custos associados à publicidade não compensam a possibilidade de tomar conhecimento das garantias alheias, uma vez que estas duas garantias excluem o concurso de credores - e até pelos devedores, invocando os entraves da publicidade para a fluência do comércio jurídico). Já o sistema americano é aquele mais abrangente no que à publicidade diz respeito, impondo a inscrição de todas as garantias (conceito esse que, como vimos, abrange qualquer instituto utilizado com esse fim) - com excepção dos (poucos) privilégios creditórios e dos penhores com desapossamento - num único registo de fácil acesso, gerido pelo Estado, inscrição essa que torna a garantia oponível a terceiros e determina o seu lugar no concurso de credores.

<sup>2580</sup> Mouly, *La publicité cit.*, pág. 54 e segs., depois de invocar os inconvenientes normalmente associados à publicidade, como sejam ao aumento dos custos que ela provoca (ao qual contrapõe que “*Il est plus facile au créancier qui vient d’obtenir une sûreté de publier cette sûreté qu’au créancier qui envisage d’octroyer un crédit de rechercher les sûretés et crédits qui existent déjà, en l’absence de publicité. Imposer au premier de contribuer à l’information en publiant sa sûreté est un coût de transaction moindre que de laisser au second le coût de recherche des sûretés occultes, ou le coût du risque d’être*

Não se descarta, porém, que a publicidade das garantias mobiliárias enfrenta diversas dificuldades, mormente no que concerne à informação a publicar,<sup>2581</sup> ao acesso a essa informação (parecendo que só um registo público, de livre consulta por parte dos interessados, será de molde a afastar liminarmente a boa fé de terceiros – traduzida na ignorância do direito do credor com garantia sobre bens móveis –, o que se torna especialmente relevante naqueles ordenamentos que acolhem a regra da posse vale título)<sup>2582</sup> e ao âmbito das garantias a submeter a tal formalidade,<sup>2583</sup> assumindo este último aspecto uma correlação inelutável com o conceito de garantia a adoptar.<sup>2584</sup>

---

*prime par cês sûretés*”), os efeitos perniciosos que decorrem do conhecimento da real situação do devedor e a não uniformização da publicidade nos diversos ordenamentos jurídicos, realça que as vantagens compensam largamente tais inconvenientes. Entre essas vantagens contam-se a diminuição dos custos de transacção por duas vias (seja por força do fácil conhecimento da situação do financiado que proporciona, seja em virtude da clareza da ordem dos créditos preferentes associada à publicidade) e a redução dos custos de procura de informação ou das perdas devidas a uma informação insuficiente. Neste quadro, o Autor propõe a instituição de uma publicidade “*légère et peu coûteuse*”, através do recurso a um sistema informático e de tele-transmissão de dados. Também Rojo Ajuria, *La unificación cit.*, pág. 81 e segs., defende a publicidade das garantias reais mas, partindo do exemplo do art.º 9.º do UCC norte-americano, sustenta que a informação prestada pelo registo deve ser concisa e limitada, constituindo apenas um ponto de partida para futuras investigações, sendo a sua função primordial a de “*establecer la orden de prelación entre los distintos acreedores garantizados*” (relativamente aos terceiros adquirentes, a inscrição e o direito de sequela que ela assegura, poderão funcionar relativamente a bens estáticos, mas quanto a bens dinâmicos – como matérias primas, mercadorias ou bens destinados a revenda – a protecção do credor tenderá a ser obtida através do prolongamento ou sub-rogação da garantia) e assegurando-se a protecção contra condutas fraudulentas do devedor através da imposição de sanções civis e penais para a eventualidade de prestação de falsas declarações com o intuito de obter crédito (embora aceite que, em certos casos, a publicidade poderá ser descartada, como sucederá com determinados bens cuja ausência de identificação não consente uma publicidade, pelo menos do tipo registal e, por outro lado, com os bens de escassa relevância económica).

<sup>2581</sup> A este propósito, Mouly, *La publicité cit.*, págs. 58 a 61, adverte ser de descartar, por ser demasiado pesada, a publicitação integral ou o depósito do contrato de garantia (cuja principal vantagem residiria na possibilidade de controlo, por parte da entidade encarregue do registo, da validade do contrato: simplesmente, tal controlo impõe um ónus enorme sobre essa entidade, dessa forma entorpecendo o seu funcionamento, para além de aumentar consideravelmente os custos do registo), pelo que entende ser preferível uma informação que resuma a situação financeira do constituinte, da qual consta a referência ao montante dos créditos já concedidos, da respectiva data de vencimento e dos bens onerados (nestas condições “*Pour apprécier la solvabilité, il suffit lors de la consultation d’estimer les remboursements effectués en fonction du temps écoulé depuis l’octroi du prêt*”, excepto quando sejam empenhados bens futuros – caso em que “*la mention de cette extension sera faite dans chaque inscription*” – ou quando sejam garantidos créditos futuros, caso em que “*mention du plafond garanti sera donnée*”). A consequência para a inobservância das regras publicitárias deverá ser a inoponibilidade da garantia, eventualmente conjugada com a obrigação de indemnizar terceiros que tenham realizado empréstimos e confiando na solvabilidade aparente do devedor (de acordo com o mesmo Autor, *ob. cit.*, pág. 68, a garantia não publicitada não poderá, por isso, ser oposta a outros credores – quirografários ou preferentes – do mesmo devedor, nem sequer aos terceiros adquirentes do bem onerado: todavia, em alguns ordenamentos como o francês e por força do princípio da posse vale título, “*la publicité des sûretés mobilières n’a pas d’influence sur la bonne foi de l’acheteur. Elle ne crée aucune présomption de connaissance de la sûreté. L’acheteur n’a pas à consulter un fichier qui ne lui est pas en principe destiné. La publicité n’y a donc pas pour conséquence de ralentir la libre circulation des biens*”).

<sup>2582</sup> A questão coloca-se, nomeadamente, ao nível da gestão de ficheiros e dos prazos. No que ao primeiro diz respeito, importa averiguar – independentemente da opção por um ou mais registos para as diversas garantias – o local onde a garantia deve ser inscrita (local ou nacional, ambas as opções com inconvenientes – o central, porque a quantidade de informação entorpece a sua gestão; o local, porque existe a hesitação entre o estabelecimento do devedor e do local dos bens onerados –, parecendo como a solução menos má a opção pelos ficheiros locais com informação centralizada, acrescentando Mouly, *La publicité cit.*, pág. 62, que “*Cette centralisation n’a pas besoin d’être physiquement effectuée. Il suffit que l’information détenue par les fichiers locaux soit accessible en une seule fois*”, permitindo a consulta deslocalizada, através de telefone ou de suporte informático, podendo os dados do registo ser fornecidos por prestadores de serviços especializados, assim dispensando a consulta directa e pessoal por parte dos

Por estes motivos, quer as intervenções sectoriais,<sup>2585</sup> quer as de âmbito mais geral (quer as desencadeadas pela Uncitral<sup>2586</sup> - ou CNUDMI, na terminologia

interessados), ao prestador do serviço do registo (normalmente uma entidade pública administrativa – com os inerentes custos elevados, morosidade, falta de meios e gestão pouco rigorosa - , sugerindo Moluy, *La publicité cit.*, págs. 62 e 63, como alternativa a inscrição nos tribunais ou até directamente por via informática, evitando-se os abusos através da identificação do credor mediante assinatura e código de acesso) e à responsabilidade pela informação prestada àqueles que consultem o registo (devendo a informação ser certificada e implicar a responsabilidade do gestor dos ficheiros, até porque é com base nela que se efectuará a gradação dos diversos credores: no entanto, Moluy, *La publicité cit.*, pág. 63, não considera inconcebível a prestação de informação sem garantia, assegurando até que teria as vantagens de aligeirar as tarefas do gestor de ficheiros, facilitar a inscrição directa pelo credor e reduzir os prazos). Já no que concerne aos prazos, cumpre determinar a pertinência da imposição de um prazo para o registo da garantia constituída, contado da data da sua constituição (Mouly, *La publicité cit.*, pág. 63, mostra-se contrário a esta solução – explicada muitas vezes pela ligação entre determinadas garantias e o financiamento da compra dos bens onerados, mas menos justificável a partir do momento em que todas as garantias se encontrem sujeitas a publicidade e a ordem de preferência seja unívoca – alegando que tal hipótese apenas seria útil para evitar a falsa solvabilidade do devedor ou a fraude entre um credor e o devedor para prejudicar outro credor e que tais objectivos serão igualmente alcançados através da inoponibilidade da garantia e da ordenação das mesmas em função da data do registo, acrescentando ainda que a solução contrária é injusta “*car elle empêche le créancier d’éviter au débiteur les frais de publicité en se garantissant seulement par des stipulations contractuelles (clauses pari-passu ou negative pledge ou negative pledge clause par exemple) ou en se réservant d’inscrire sa sûreté en cas de difficulté avérée*”), do prazo para a entidade encarregue proceder ao registo (necessariamente curto – devendo situar-se entre 1 a 3 dias - assim como curto deve ser o prazo de resposta a uma consulta, assim evitando o risco de um terceiro consultar o registo e não encontrar uma garantia inscrita quando o pedido de inscrição da mesma já houvesse sido efectuado) e o prazo para obtenção da informação por parte dos utentes do registo (o qual deve ser breve, objectivo este facilmente alcançável através da consulta *on-line* dos registos e de envio informático de certidões). Sobre este assunto, vide Mouly, *La publicité cit.*, pág. 61 e segs..

<sup>2583</sup> Se relativamente às garantias actualmente sujeitas a publicidade a generalidade da doutrina propende para a manutenção de tal *status*, a questão é mais controversa no que diz respeito àqueles institutos que, não sendo garantias em sentido estrito, são utilizados com esse fim (as chamadas “*propriétés-sûretés*”, categoria na qual se integram as transmissões fiduciárias de propriedade, a cessão de créditos em garantia e a reserva de propriedade). Mouly, *La publicité cit.*, pág. 65, reconhece ser difícil instituir uma publicidade para a reserva de propriedade (pois tal limitaria o uso da figura - nomeadamente no caso de fornecimento de bens perecíveis, pois o tempo útil de vida destes bens não se compadece com as demoras inerentes à publicidade – embora alerte que a redução do uso, nestes casos, da reserva de propriedade poderia ser colmatada através do recurso a outras garantias, sujeitas a publicidade, sobre o mesmo tipo de bens, como a *floating charge* inglesa), mas já demonstra uma maior abertura a respeito da cessão de crédito ou da alienação em garantia (alegando ser mais fácil – por exemplo, efectuando um registo *on line* - a publicitação deste tipo de garantias por parte do credor, reconhecendo, todavia, ser razoável apenas impor tal ónus ao credor quando a garantia ultrapasse determinado montante e/ou se prolongue por um certo período de tempo). Outra garantia tradicionalmente avessa à publicidade são os privilégios creditórios (Mouly, *La publicité cit.*, págs. 65 e 66, depois de defender uma redução do número de privilégios, sugere deverem ser publicados aqueles “*qui garantissent des créanciers qui financent l’activité par leur crédit*”, não abrangendo assim os créditos salariais e por despesas de justiça).

<sup>2584</sup> Para aqueles sistemas que adoptem uma perspectiva funcional (como o norte-americano), encontrar-se-ão submetidos a publicidade todas as operações com efeitos de garantia (de acordo com Mouly, *La publicité cit.*, pág. 67, desta solução decorrem três vantagens – igualdade entre os diversos credores e as diversas garantias; demonstração mais cabal do endividamento do devedor; evitar a necessidade de delimitação legislativa das garantias sujeitas a publicidade - , mas comporta o inconveniente de obrigar à publicitação de muitas operações comerciais que se assemelhem, embora não o sejam, operações de garantia). Nos outros sistemas, a regra é a de proceder a uma enumeração das garantias sujeitas a publicidade.

<sup>2585</sup> No que respeita à reserva de propriedade, os projectos da Unidroit e da União Europeia acabaram por ser abandonados, especialmente por se limitarem a considerar os modelos dos Estados membros dessas organizações, não se ocupando sequer da possibilidade de extensão da reserva aos bens resultantes da transformação ou aos créditos decorrentes da venda dos bens empenhados, concluindo Cassandra Sulpasso, *ob. cit.*, pág. 576, que, desse modo, nem sequer alcançaram uma uniformização.

espanhola -, pela Unidroit,<sup>2587</sup> pelo BERD<sup>2588</sup> ou pela OEA<sup>2589</sup>), não lograram entrar em vigor, muito embora mereçam particular destaque uma informação global<sup>2590</sup> e um

<sup>2586</sup> UNCITRAL são as iniciais de United Nations Commission on International Trade Law. Este organismo encarregou, na década de 70 do Século passado, o Prof. Ulrich Drobning da elaboração de um estudo sobre os *security interests* nos principais ordenamentos mundiais, embora o estudo não se limitasse a uma análise de direito positivo, propondo antes soluções com base na “*better solution comparative law*” (embora reconhecendo a não premência e a inexequibilidade – em razão da diversidade de regras formais entre os diversos ordenamentos - de aprovação de uma lei modelo). Esse estudo sugere a sujeição do acordo de garantia a forma escrita - assim protegendo o devedor e evitando as fraudes – mas não a registo – que considera excessivo e oneroso (este último aspecto é alvo de críticas por parte de Cassandra Sulpasso, ob. cit., págs. 577 a 582, para quem Drobning não tomou em devida consideração a facilidade de obtenção de informação e a mais cabal protecção do credor e de terceiros que o registo assegura, nem tão pouco a evolução tecnológica que torna o registo mais simples e económico e sustentando que a posição do autor do projecto radica na sua nacionalidade alemã e na aversão da lei germânica à publicidade das garantias, em especial pelo interesse dos empresários na manutenção do sigilo das suas operações comerciais), muito embora não tenha conseguido delinear um conjunto de normas uniformes, pelo que os seus trabalhos foram interrompidos em 1980 (reconhecendo, de acordo com Anna Veneziano, ob. cit., pág. 264 e segs., a objectiva complexidade da matéria e que uma eventual retoma futura dos trabalhos deveria ser limitada aos aspectos internacionais do tema; também Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 285, reconhece que o falhanço deste projecto – resultante, na sua óptica, da incapacidade para estipular os requisitos de oponibilidade a terceiros das garantias - demonstra que “*affrontato a livello globale il problema dell’uniformazione del regime giuridico delle garanzie mobiliari era insolubile*”). Este mesmo organismo iniciou, em 1999, a elaboração de um outro projecto, restrito à cessão de créditos, abrangendo também a cessão em garantia, admitindo uma cessão global compreendendo créditos presentes e futuros, sendo o grau de preferência entre os diversos cessionários determinado pela lei vigente no Estado onde o cedente tivesse a sua sede (cfr. Anna Veneziano, ob. cit., págs. a 283 a 289) e, mais ambiciosamente, desenvolve, desde Maio de 2002, um guia legislativo sobre garantias reais que facilite a eficácia dos créditos financeiros, assim potenciando o desenvolvimento económico (de acordo com Joaquim J. Forner Delaygua, *Garantías reales mobiliarias. Las garantías internacionales: ley aplicable*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 152 e 153, o último texto disponível, datado de 2005, consubstancia um conjunto de recomendações, que vão desde a implementação de normas de conflitos a questões substanciais de natureza diversa).

<sup>2587</sup> Ou seja, Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (acerca dos seus estatutos, dos Estados que o integram e dos seus propósitos, vide [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)). De acordo com Cassandra Sulpasso, ob. cit., pág. 583 e segs., esta instituição deliberou, em 1988, realizar um estudo exploratório, elaborado pelo Prof. Ronald Cuming, acerca da necessidade de uma convenção internacional contendo normas uniformes sobre certos aspectos das “*security interests in mobile equipment*” (não abrangendo todos os bens móveis, mas somente os identificáveis de forma inequívoca, altamente tecnológicos e com um elevado valor por unidade), estudo este. Este estudo concluiu pela necessidade de uma intervenção legislativa neste domínio, criando um mínimo de normas uniformes de direito substantivo, com o objectivo fundamental de criar “*un international code, that would provide for a complete regulatory regime for international security agreements providing for security interests in mobile equipment*”. De acordo com a Autora (no mesmo sentido, Anna Veneziano, ob. cit., pág. 279), as soluções apresentadas, tomando como modelo o sistema norte-americano (contra, Jean Stoufflet, *L’avant project de convention d’Unidroit: réflexions sur son insertion dans le système juridique français*, in *Revue de Droit Uniforme*, Nuova Serie, Vol. 4, n.º 2 (1999), pág. 363, contrapondo que esta garantia se destina, antes de mais, “*non pas a absorber, mais a encadrer, á regrouper, les différentes techniques de garanties pratiquées pour les financements considérés*”), adoptam uma noção funcional de garantia, prevêm a necessidade de inscrição num registo internacional cuja data determinará a anterioridade da garantia (prevalecendo mesmo sobre terceiros adquirentes de direitos de boa fé) – excepto quanto às garantias de quem tenha vendido a crédito bens novos ou tenha fornecido dinheiro para os adquirir, casos em que estes credores serão sempre preferidos - , a possibilidade de extensão da garantia aos bens adquiridos sucessivamente e, por último, de atribuição extra-judicial da propriedade do bem onerado ao credor em caso de incumprimento da obrigação garantida (muito embora este último aspecto possa ser objecto de limitações por parte de cada Estado, impondo o recurso à via judicial para a realização da garantia). Porém, esta garantia não se destina a substituir as vigentes em cada um dos Estados, obrigando-se estes apenas a reconhecer esta nova garantia internacional dentro das suas fronteiras (cfr. Anna Veneziano, ob. cit., pág. 272 e segs. e Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 287). Jean Stouffler, *L’avant project de convention*



---

d'Unidroit: réflexions sur son insertion dans le système juridique français, in *Revue de Droit Uniforme*, Nuova Serie, V 4, n.º 2 (1999), pág. 364 e segs., realça, tendo em conta a noção de garantia contida neste projecto (que inclui qualquer uma constituída em resultado de um contrato constitutivo de uma garantia ou pertencente a uma pessoa que seja vendedor condicional nos termos de um contrato de reserva de propriedade), a abrangência da mesma (incluindo os acessórios dos bens empenhados) e a sua realização (que pode ocorrer, não apenas através de venda, mas igualmente por meio da tomada de posse do objecto da garantia ou percebendo os respectivos rendimentos, podendo os Estados vedar as convenções comissórias aproveitando uma salvaguarda contida no projecto) que “*rien dans l'avant Project d'Unidroit ne constitue un obstacle insurmontable à son adoption par la France*”, embora reconheça que, em matéria de transmissão das garantias possam surgir algumas dúvidas (uma vez que o crédito assegurado é transmitido enquanto acessório da garantia, ao passo que no sistema francês se passa o inverso, ou seja, é a garantia que é transmitida enquanto acessório do crédito). De acordo com Esther Muñiz Espada, El convenio de Cape Town y sus protocolos sobre garantías mobiliarias, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 210 e segs., este esforço culminou com a aprovação da Convenção da Cidade do Cabo, de 2001, destinada a garantir o financiamento de materiais de equipamento móvel (aeronáutico, ferroviário e espacial), criando para o efeito uma garantia internacional, passível de ser reconhecida por cada um dos Estados signatários (que entrou em vigor a 1/3/2006 – cfr. art.º 49.º e <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-convention.pdf> - tendo sido subscrita por 46 países, muitos deles formulando reservas, previstas na própria convenção, quanto à aplicação de alguns dos seus aspectos), complementado por protocolos para cada uma das específicas categorias de bens, dos quais o relativo ao material aeronáutico já entrou em vigor a 1 de Março de 2006 – tendo sido ratificado por 40 Estados, como se comprova em <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2007-railprotocol.pdf> - e o respeitante ao material ferroviário – conhecido como Protocolo do Luxemburgo, assinado em 23/2/2007 mas que, nos termos do seu art.º 23.º - ainda não entrou em vigor por não ter sido ratificado pelo número de Estados exigidos por tal preceito, conforme se constata em <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2007-railprotocol.pdf>), adoptando uma noção funcional de garantia (à imagem do sistema norte-americano), para cuja constituição se exige apenas um documento escrito e que o constituinte tenha a disponibilidade do objecto a onerar (sem necessidade de indicar o montante máximo assegurado pela garantia), impondo ainda a necessidade de inscrição num registo internacional (que será um mero registo de ónus, sendo o bem onerado, e não o devedor, o objecto da inscrição – daí a impossibilidade de recair sobre bens futuros ou indetermináveis – sendo o registo efectuado electronicamente e encontrando-se disponível *on line*) como condição de oponibilidade mas não de validade da garantia. Finalmente, em sede de execução, o convénio prevê a possibilidade de atribuição da propriedade ao credor em pagamento da quantia devida, mas apenas se os demais credores interessados manifestarem o seu acordo (caso contrário, o credor poderá requerer aquela mesma atribuição judicialmente, o que, segundo o Autor, constitui uma excepção à proibição do pacto comissório, justificada pela circunstância de produzir efeitos análogos aos da aquisição do bem pelo credor em sede de execução judicial – e sem os custos desta – da progressiva introdução de excepções àquela interdição – como sucede com o penhor financeiro – de a inibição da usura, *ratio* da proibição, estar afastada em razão da baixa das taxas de juro, de outras figuras aceites pela ordem jurídica produzirem efeitos análogos – como a reserva de propriedade – e de o próprio procedimento notarial de execução do penhor contemplar a possibilidade de adjudicação ao credor). Actualmente, encontra-se em fase de projecto uma outra Convenção da Unidroit sobre normas de harmonização relativas aos instrumentos financeiros detidos através de intermediário – sobre este projecto vide Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 1 e segs..

<sup>2588</sup> O Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento (BERD) elaborou, em 1994, uma lei modelo para os direitos de garantia, com o objectivo de facilitar o financiamento aos países da Europa central e de leste por parte de financiadores ocidentais. A lei modelo (cuja transposição para as diversas ordens jurídicas poderá originar diferenças) sugerida por este projecto, que regula as garantias constituídas sobre qualquer tipo de bens e de créditos, é moldada de acordo com as características dos sistemas de *civil law*, mas procurando combiná-las com alguns aspectos inovadores da disciplina norte-americana (nomeadamente admitindo a constituição de garantias sobre um conjunto de bens sujeitos a variação, sobre bens futuros, a não obrigatoriedade de especificação detalhada do objecto da garantia e de constituição da garantia para assegurar créditos futuros). De entre as soluções constantes deste projecto salientam-se o seu carácter minimalista (regulando apenas alguns aspectos essenciais e fornecendo definições simples e essenciais), uma noção unitária e abrangente das garantias por ele abrangidas (abarcando, além das garantias comumente aceites nos países de *civil law* – incluindo a reserva de propriedade -, alguns outros institutos, como sejam as garantias flutuantes, embora sem aceitar integralmente o *approach* funcional, conforme decorre da exclusão do *leasing*), a referência aos modos de

---

constituição da garantia (estabelecendo como regra o desapossamento, mas consentindo o recurso alternativo ao registo que, nesse caso, terá natureza constitutiva) e da criação de procedimentos expeditos de execução (consentindo-se ao credor alienar o bem onerado por qualquer modo que considere adequado, podendo o devedor opor-se judicialmente quando considere abusiva a execução e sendo os demais credores preferentes do devedor protegidos através da existência de um depositário da quantia arrecadada com a venda, a quem incumbe distribuir tal montante em função de uma ordem pré-estabelecida). Acerca deste projecto, vide Cassandra Sulpasso, ob. cit., pág. 587 e segs., Anna Veneziano, ob. cit., pág. 289 e segs. e Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 209 e 210.

<sup>2589</sup> No âmbito da Organização dos Estados Americanos (mais concretamente pela Conferência Especializada em Direito Internacional Privado), foi elaborada, em 2002 (no decorrer da 6.ª Edição daquela Conferência e complementada pela elaboração de um projecto de regulamento modelo quanto ao funcionamento do registo, aprovada no decurso da 7.ª Conferência, em 2009), uma lei modelo sobre garantias mobiliárias, decalcada do regime do art.º 9.º do UCC, conforme se depreende do facto de a garantia uniforme consagrada se poder constituir sobre bens móveis específicos, universalidades ou sobre a totalidade dos bens do devedor (corpóreos ou incorpóreos, presentes ou futuros), em garantia de uma ou várias operações, presentes ou futuras, independentemente da forma da operação e da titularidade do bem a onerar, bem como da circunstância de se prever a criação de um registo de base subjectiva (à imagem do sistema do *notice filing* norte-americano) e da prioridade absoluta concedida à garantia do financiador da aquisição de um determinado bem, sobre esse mesmo bem – cfr. Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 208 e 209. Todavia e como lei modelo que é, este instrumento não possui carácter vinculativo para os Estados membros daquela Organização, pertencendo aos chamados instrumentos de *soft law* de direito internacional, o que diminui significativamente o seu alcance. Para mais informações acerca destes instrumentos, vide <http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp#cidip>

<sup>2590</sup> Este documento traça um panorama da situação mundial em matéria de garantias reais mobiliárias, distinguindo entre as que recaem sobre bens corpóreos e as que incidem sobre bens incorpóreos. No que às primeiras diz respeito, constata-se ser ainda o desapossamento a forma mais comum de constituição de encargos sobre este tipo de bens, salientando-se as suas vantagens (impedir que o devedor disponha dos bens sem o consentimento do credor, evitar a perda ou deterioração do bem em razão da negligência do devedor e permitir a execução imediata do bem, sem necessidade de perdas de tempo e gastos para reclamar a entrega do bem ao devedor) e os seus inconvenientes (privar o devedor do uso do bem – prejudicando também o credor, na medida em que o devedor perderá capacidade para produzir riqueza e solver os seus compromissos - e implicar custos de armazenamento e conservação dos bens onerados) e concluindo que este mecanismo permanece útil para determinados tipos de bens, como aqueles que possam ser facilmente entregues a terceiros habilitados para a sua guarda e conservação (como os armazéns gerais ou os intermediários financeiros) ou os documentos que incorporam a titularidade de um determinado bem (como sucede com os *warrants* ou os conhecimentos de embarque), pese embora se reconheça a consagração de penhores sem desapossamento em quase todos os ordenamentos, na maior parte dos casos apenas para determinados bens (estas garantias não possessórias caracterizam-se pela necessidade de uma forma de publicidade que supere a ausência de desapossamento, pela possibilidade de o devedor dispor ou onerar o bem empenhado, pela admissibilidade de o credor fiscalizar o cumprimento do dever de conservação por parte do devedor e pelo ónus do credor se apossar do bem antes de proceder à execução da garantia). Relativamente aos bens incorpóreos, este relatório destaca a importância crescente do penhor de créditos, para cuja perfeição se exige normalmente a notificação do devedor cedido (para além disso, alude-se igualmente ao reconhecimento, nalguns países, da cessão plena em garantia do crédito garantido, caso em que estaremos perante uma garantia do tipo fiduciário). Finalmente, anuncia uma cada vez maior aceitação da transferência de propriedade com fins de garantia - (especialmente pela menor exigência formal, face às garantias reais, para a sua constituição e pela melhor posição conferida ao credor em caso de concurso com outros credores do devedor), mas não sem reconhecer alguns obstáculos em determinados ordenamentos (como a consideração da transferência da propriedade em garantia como uma evasão ao regime geral das garantias – ao ponto de se cominar a sua nulidade – ou a redução do seu efeito jurídico ao de uma garantia real clássica), rematando com a enumeração das duas opções mais comuns (ou, especialmente nos países que não disponham de um regime adequado de penhores sem desapossamento, admitir este tipo de garantias com requisitos menos exigentes de constituição e com efeitos superiores aos de uma transferência da propriedade – com o que se logra uma maior protecção do credor, mas se debilita a posição dos demais credores do devedor - ou, ao invés, permitir a transferência em garantia, mas com os efeitos limitados de uma garantia real clássica – assim se obtendo uma redução dos benefícios do credor e das desvantagens para os demais interessados). Finalmente, a retenção da propriedade com os mesmos fins é utilizada em diversos países (detectando-se até casos em que, apesar de não ser expressamente reconhecida nem proibida, o instituto é

projecto de guia legislativo<sup>2591</sup> elaborados pela UNCITRAL em 2007 sobre garantias reais.<sup>2592</sup>

Mesmo ao nível da União Europeia, as várias tentativas não obtiveram sucesso<sup>2593</sup> (excepto em determinados sectores)<sup>2594</sup> pese embora continue na ordem do

---

objecto de utilização), sendo nalguns limitado o seu âmbito de aplicação a certos bens, deparando-se várias opções de política legislativa (preservar a índole especial da retenção da propriedade baseado no direito de propriedade, o que significaria criar um regime especial de privilégio para o credor; limitar esta garantia ao financiamento da aquisição dos bens retidos, destarte relativizando os inconvenientes da primeira alternativa; incorporar a reserva de propriedade no âmbito das garantias reais, assim diminuindo a atractividade desta figura), por força dos inconvenientes que apresenta (nomeadamente, a impossibilidade de o comprador onerar o bem adquirido a favor de outros credores e a dificuldade de os outros credores do devedor executarem o bem sem o consentimento do vendedor) – para mais desenvolvimentos, vide Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 188 e segs..

<sup>2591</sup> Este documento enumera um conjunto de objectivos a que deve obedecer qualquer regime eficaz e eficiente de garantias reais: fomentar a concessão de crédito munido de garantias reais; permitir a oneração de uma ampla gama de bens; facilitar e tornar célere a concessão de garantias; tratar de modo igual as diversas fontes de financiamento; reconhecer a validade das garantias reais sem desapossamento; fomentar um comportamento responsável das partes; estabelecer uma graduação clara entre os diversos créditos preferentes; facilitar a execução das garantias; compaginar os interesses dos diversos interessados; reconhecer o poder da autonomia das partes; harmonizar os diversos regimes nacionais das operações garantidas (incluindo as leis de conflitos). Posteriormente, indicam-se um conjunto de recomendações relativamente a determinados aspectos como os bens a abarcar pelas garantias tratadas pelo guia (a generalidade dos bens, tanto corpóreos como incorpóreos, presentes e futuros) e aqueles excluídos (por razões diversas os imóveis – tendo em conta os problemas específicos que suscitam - os salários – por força da especial protecção de que gozam - e os valores mobiliários, em razão da complexidade de questões que colocam e que justificam um tratamento legislativo especial), ao âmbito de aplicação subjectivo (admitindo que qualquer sujeito possa ser devedor, garante ou credor), às obrigações garantidas (de natureza contratual, pecuniárias ou não, bem como operações que cumprem funções de garantia, como a alienação fiduciária ou a reserva de propriedade), terminando com exemplos das principais operações de crédito que o guia pretende promover (financiamento de aquisição de mercadorias e bens de equipamento, empréstimos renováveis sobre as matérias primas e os créditos por cobrar, operações bolsistas, alienações com finalidade de garantia e o chamado *sale and lease back*).

<sup>2592</sup> Disponíveis em [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>2593</sup> Desde logo, o projecto de convenção da federação bancária da então CEE de 1970, relativo aos efeitos extra territoriais das garantias mobiliárias sem desapossamento, no qual, em termos simples, se reconheciam nos demais Estados as garantias sem desapossamento constituídas num Estado membro - desde que houvesse sido constituída de acordo com as regras do local onde o objecto onerado se encontrasse no momento da constituição da garantia e esta fosse inscrita num registo único, de acesso livre a qualquer terceiro, com uma validade inicial de 5 anos – mesmo que, posteriormente, o bem fosse transferido para outro Estado (na opinião de Cassandra Sulpasso, *ob. cit.*, pág. 577, o principal motivo para o abandono deste projecto prendeu-se com a inexecuibilidade da publicidade prevista e das resistências alemãs à instauração de um sistema publicitário de alcance geral). Posteriormente, não logrou melhor sorte o projecto de directiva de 1973 sobre o reconhecimento das garantias sobre bens móveis e da reserva de propriedade (tendo em conta que requeria a criação de um registo central europeu ou de registos internos em cada um dos Estados), abandonada em favor de um projecto limitado à reserva de propriedade (também este não chegou a sair da gaveta) – sobre este assunto, vide Anna Veneziano, *ob. cit.*, pág. 266 e segs.. Melhor sorte teve a Convenção de Haia de 2006, sobre a lei aplicável a certos direitos sobre valores depositados num intermediário (apesar de uma recomendação da Comissão Europeia no sentido da ratificação, pelos Estados Membros, desta convenção), embora ainda não se encontre em vigor, uma vez que apenas foi ratificada por dois Estados (de acordo com a informação disponível em [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=72](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=72) e, no caso português a não ratificação comprova-se, *a contrario*, pela sua não inclusão na lista elaborada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado, disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/conf-haia-direito-int-privado.html>), sendo necessário que três o façam para entrar em vigor – cfr. art.º 19.º da Convenção. Finalmente, o Anteprojecto de normas substantivas sobre bens ou direitos registados em conta (datado de 2005 e elaborado por um comité de peritos) também ainda não entraram em vigor - acerca destas duas últimas normas, vide Margarida Costa Andrade *ob. cit.*, pág. 1, nota 1 e Forner de Delaygua, *ob. cit.*, pág. 155 e segs..

dia a discussão acerca da viabilidade do surgimento de um direito comum europeu das garantias mobiliárias ou até mesmo da criação de uma garantia europeia,<sup>2595</sup> sendo certo que a imposição de limites às garantias mobiliárias não possessórias pode conflitar com as liberdades fundamentais consagradas no Tratado da União Europeia.<sup>2596</sup>

Sobretudo nos países com sistemas de garantias reais mobiliárias mais próximos do português – como sejam o espanhol, italiano e francês – a análise do direito comparado mostra-se particularmente atractiva, surgindo o modelo germânico da alienação em garantia e o norte-americano do *security interest* como inspiradores de reformas legislativas,<sup>2597</sup> embora enfrentando o risco da compatibilidade com a tradição jurídica continental<sup>2598</sup>.

---

<sup>2594</sup> De que é exemplo paradigmático a directiva n.º 2002/47/CE, de 6 de Junho, sobre acordos de garantia financeira (que não se limita a indicar qual a lei aplicável a estas garantias – em regra, a do Estado onde esteja situada a conta principal -, contendo diversas normas de natureza substantiva).

<sup>2595</sup> Anna Veneziano, ob. cit., pág. 301 e segs., considera longínqua a ideia de regular a matéria das garantias mobiliárias no âmbito de um eventual código civil europeu, concluindo que “*l’armonizzazione del diritto nazionale non appare un’ipotesi verosimile nel breve periodo, sia essa da intendersi come una autonoma convergenza del diritto dei vari ordinamenti, oppure nel senso di una imposizione dall’alto, tramite una legge modelo o altro strumento vincolante*”. Relativamente à criação de uma garantia europeia, restrita às relações internacionais, necessariamente inscrita num registo internacional comum, do qual constariam apenas os aspectos essenciais dos bens onerados e com total omissão dos dados relativos às condições de financiamento (no intuito de preservar o secretismo do acordo), a Autora considera-a exequível, embora alerte para a irrazoabilidade de criação de um sistema de resolução de conflitos e de imposição de limites à autonomia contratual baseada na intervenção judicial. Já Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 7 e segs., destaca que a exigência de integração económica europeia neste domínio (não parecendo que a exclusão da competência das instâncias europeias relativamente às questões da propriedade constitua obstáculo decisivo, pois não impediu a harmonização no domínio das marcas e patentes e, em geral, no âmbito do direito industrial) enfrenta obstáculos decisivos nas tradições jurídicas nacionais.

<sup>2596</sup> Contesta este entendimento (embora reconhecendo que o mesmo encontra acolhimento em alguns arestos do Tribunal Europeu, nos quais se recusa a eficácia a garantias estrangeiras constitui uma medida equivalente a uma restrição quantitativa, incompatível com a liberdade de circulação das mercadorias) Anna Veneziano, ob. cit., pág. 311 e segs., assegurando que as restrições às liberdades fundamentais, desde que proporcionais, são admissíveis sempre que justificadas por razões de interesse público (para além de a posição criticada parecer enraizada pela ideia de transformação das garantias estrangeiras em institutos admissíveis no direito interno – evitando, deste modo, que exportadores alemães não venham reconhecidos noutros países as suas garantias - , ideia esta que cria imensas dificuldades práticas).

<sup>2597</sup> Relativamente às garantias sobre créditos, mas com consideração expansíveis ao domínio mais geral das garantias mobiliárias, Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 321 e segs., começa por analisar o modelo alemão, enumerando as suas principais vantagens (a possibilidade de abranger bens futuros – *maxime* créditos futuros – com formalismos de constituição reduzidos – no caso do penhor de créditos, dispensando mesmo a notificação ao terceiro devedor do crédito cedido – e, sobretudo, os amplos poderes conferidos ao credor, em razão da aquisição por este da propriedade dos bens onerados e da desnecessidade de execução dos bens para obtenção de pagamento) e inconvenientes (desde logo, o seu carácter oculto, gerador de conflitos entre credores – designadamente em caso de cessão do mesmo crédito a favor de diversos credores - e de incertezas, sobretudo para terceiros que, ao conceder crédito ao devedor, não conseguirão avaliar com rigor qual o elenco dos seus bens previamente onerados a favor de outros credores; para além disso, o sistema alemão é demasiado oneroso para o devedor, não apenas por permitir que este onere todos os seus bens em garantia do mesmo credor e por dívidas quase infinitas – nomeadamente em caso de cessão global de créditos – conduzindo à falência de muitas empresas, em razão da dificuldade posterior de obtenção de crédito e, para mais, como os credores fiduciários dispõem do direito de separação dos bens onerados da massa falida, os fornecedores de bens e os próprios trabalhadores do devedor ficarão, não raras vezes, com os seus créditos por liquidar), para, em seguida, realizar a mesma operação relativamente ao modelo norte-americano (quanto às vantagens, o Autor aponta a amplitude dos bens oneráveis – sobre praticamente todos os bens móveis -, a existência de um sistema publicitário capaz de assegurar os direitos de terceiros a conhecer tais operações e a tornar oponíveis *erga omnes* os direitos dos credores preferentes; relativamente aos defeitos, indica, essencialmente, a circunstância de a imposição de um sistema publicitário para todo o tipo de bens

### 1.3 - Desapossamento como apenas uma das possibilidades de assegurar a indisponibilidade do bem empenhado: a suposta função de publicidade do penhor

A existência de diversas modalidades de constituição do penhor, em função das circunstâncias vigentes na respectiva data e o tipo de bem a empenhar, acarreta dúvidas acerca da viabilidade da manutenção dum conceito tradicional e unitário de penhor, no qual a entrega do bem ao credor assumiria um papel insubstituível.

A doutrina e jurisprudência tradicionais (e ainda dominantes) sublinham, como tivemos oportunidade de realçar anteriormente, o carácter imperioso daquela entrega (admitindo-se apenas, como alternativas, a entrega do bem a terceiro ou a criação de uma situação de comosse entre o empenhante e o credor pignoratício (cfr., por todos, o art.º 669.º, n.ºs 1 e 2), qualificando o contrato de penhor como um contrato real.<sup>2599</sup>

Analisando, porém, a evolução ocorrida do ponto de vista possessório, esta aponta no sentido de considerar essencial, não tanto a entrega, mas antes a circunstância negativa da perda da posse por parte do constituinte da garantia, destarte iniciando um

---

móveis – incluindo os de reduzido valor – seria irrealizável, originando uma quantidade de informação a publicitar incomportável, assim colocando em risco a celeridade do comércio jurídico), concluindo, do confronto entre ambos, ser preferível a opção pelo segundo (relativizando as críticas dirigidas a este modelo, contrapondo o crescente peso da riqueza mobiliária, esclarecendo que a obrigação de registo não vigora para todos os bens móveis – não só porque certos bens estão sujeitos a uma publicidade automática, mas também porque o sistema continua a prever o desapossamento como mecanismo de constituição de garantias mobiliárias - e, por fim, apelando às enormes possibilidades abertas pela evolução da informática, possibilitando o desaparecimento dos ficheiros materiais e facilitando, quer a realização da publicidade, quer a sua consulta por terceiros, as quais poderão ser efectuadas por via informática, de forma imediata, com poupança de tempo e de custos): em suma, “*Le système de l’hypothèque mobilière serait ainsi plus adapté aux exigences de sécurité et de rapidité du commerce juridique, que ne l’est le système de l’aliénation fiduciaire. La prise en considération des intérêts des divers participants au commerce juridique ne se traduit pas en effet par un formalisme et un coût excessif. Pour satisfaire les divers impératifs du crédit, c’est donc, pensons-nous, le système de l’hypothèque mobilière qui doit être préféré*”.

<sup>2598</sup> Legeais, Les garanties conventionnelles cit., pág. 330 e segs., volta a demonstrar a sua preferência pelo sistema da norte-americano da hipoteca mobiliária, apesar do reconhecimento legal da reserva de propriedade e da cessão de créditos em garantia no direito francês que poderiam induzir a uma resposta mais favorável ao direito alemão (contestando o Autor esta maior aproximação, em razão da tradicional hostilidade do direito gaulês relativamente à alienação fiduciária e, quanto ao reconhecimento da reserva de propriedade, esta apenas abrange a sua modalidade simples, em prolongamentos verticais e/ou horizontais; finalmente e acima de tudo, a natureza oculta do sistema alemão briga, porventura de modo insuperável, com a publicidade exigida pelo sistema francês, rematando o Autor que “*l’adoption du système de l’aliénation fiduciaire constituerait donc à nos yeux plus une régression vers un régime de garanties occultes, qu’un progrès de notre droit des sûretés*”), sobretudo porque o direito francês conhece já diversas garantias mobiliárias sujeitas a registo (sobre estabelecimento comercial, máquinas e equipamento comercial, filmes, *warrants*, navios e aeronaves), assim contribuindo para a manutenção da publicidade como um dos traços caracterizadores do sistema (até porque “*le développement de la publicité était une des conditions requises pour le développement de la distribution du crédit*”), do mesmo passo que aponta o exemplo do Québec (província cujo Código Civil é profundamente inspirado no francês) como um caso de adaptação bem sucedida do modelo norte-americano.

<sup>2599</sup> Como noticia Piscitello, *Le garanzie* cit., pág. 107 e segs., a orientação jurisprudencial dominante recusa a existência de desapossamento sempre que não seja assegurada a cognoscibilidade, por parte dos demais credores do empenhante, da saída do bem empenhado da disponibilidade do devedor (destarte inviabilizando algumas soluções engenhosas surgidas na *praxis* negocial, como o arrendamento – por parte do devedor ao credor - do espaço onde os bens empenhados, a comosse criada através do sistema de dupla fechadura – em cada uma das chaves pertence a cada um dos sujeitos, mas sem que seja possível entrar no imóvel sem a intervenção conjunta de ambos – ou, finalmente, a designação de um vigilante por parte do credor para controlar a laboração dos produtos empenhados, mas sem que aqueles saíssem do poder deste último).

percurso no sentido de relativizar a indispensabilidade da entrega material do bem ao credor ou a terceiro.<sup>2600</sup>

De acordo com este último entendimento, quer nos casos de tradição simbólica, quer nos casos de tradição ficta por meio de registo, quer, finalmente, nas situações em que o constituinte é convertido em fiel depositário do bem empenhado (constituto possessório), verifica-se sempre o desapossamento do devedor:<sup>2601</sup> em suma, o penhor poder-se-ia constituir através de qualquer das modalidades que a tradição dos bens pode assumir e não necessariamente através da tradição material.

Daí que, no conceito de penhor, urgiria substituir a noção de entrega pela de desapossamento, pois apenas esta última seria susceptível de abarcar todas as diversas modalidades que a *traditio* pode assumir.<sup>2602</sup>

Avançando ainda mais, uma corrente doutrinal com particular relevo actual em Itália<sup>2603</sup> – embora ainda minoritária<sup>2604</sup> e com formulações diversas<sup>2605</sup> – nega a

---

<sup>2600</sup> Paulo Cunha, ob. cit., págs. 195 a 197. Em termos análogos se exprime o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939 (que criou o penhor, sem necessidade de entrega, em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados), considerando que “*a despeito de todas as suas várias modalidades, a unidade conceitual persiste. Ainda há pouco ela foi acentuada entre nós e encontra-se neste traço, que é comum a todos os regimes legais do penhor: a constituição da garantia pignoratícia pressupõe o desapossamento do objecto empenhado e este desapossamento pode verificar-se pelos diversos modos de transmissão da posse que existem em direito. Um deles é o constituto possessório (...)*”.

<sup>2601</sup> Embora nas duas primeiras hipóteses – tradição simbólica e registo – o mecanismo alternativo à entrega apresente a vantagem de preservar a publicidade da constituição da garantia, o que não acontece, como já foi salientado, no constituto possessório. Esta última forma de constituição será, também por isso, aquela que mais dúvidas suscita. De acordo com Paulo Cunha, ob. cit., págs. 195 e 196, “*quando se constitui o penhor e se deixa ficar a coisa em poder do devedor, transformando este em fiel depositário, encontramos, afinal, dois actos jurídicos simultâneos, um constituindo o penhor e transferindo a posse do devedor pignoratício para o credor; e outro, o acto do depósito, pelo qual desloca a posse do credor pignoratício em nome alheio, para o próprio devedor, que antes já tinha posse dela (...). Isto é, o dono da coisa empenhada conserva a sua posse de proprietário, posse essa em nome próprio, pela constituição do penhor passa para o credor a posse em nome próprio do credor pignoratício, mas porque o dono conserva a coisa a título de fiel depositário ele recebe em nome do credor, portanto em nome alheio, essa posse do credor pignoratício, já que é ele que fica com a detenção material da coisa*”. Por seu turno, no preâmbulo do já por diversas vezes citado Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939, pode ler-se que “*O devedor continua na detenção do objecto, mas, por meio de um verdadeiro constituto possessório, fica colocado na situação de depositário, com as correspondentes sanções penais. Melhor explicando: pelo contrato de penhor o dono da coisa constitui a favor do credor o direito pignoratício e é o credor quem fica com a respectiva posse em nome próprio; mas, pelo mesmo acto, é atribuída a detenção da coisa ao próprio dono, que agora passa a ser mero possuidor em nome alheio e qualificado de fiel depositário*”.

<sup>2602</sup> Maiores dúvidas poderá suscitar a constituição do penhor por via de constituto possessório, tendo em conta que, nestes casos, o poder de facto sobre o objecto da garantia permanece no devedor/constituinte da mesma, parecendo, por isso, não haver qualquer desapossamento deste.

<sup>2603</sup> Mas com adeptos também em França, como acontece com Christian Atias, ob. cit., pág. 73, sustentando que as normas legais que referem a entrega do bem ao credor ou a terceiro como forma de constituição do penhor surgem como “*manifestation normale, ordinaire du gage, mais non comme son principe*”, surgindo a entrega apenas como a técnica mais frequentemente utilizada (para além disso, o Autor acrescenta que aquelas normas também não permitem determinar o verdadeiro objecto do penhor). Entre nós, vide Joana Dias, ob. cit., págs. 44 e 202, citando em abono da sua posição o Acórdão da Relação de Lisboa de 8/2/1982, in CJ, 1982, Tomo I, pág. 244 e segs. (no qual se afirma que a publicidade resultante da posse já não é característica essencial do penhor).

<sup>2604</sup> Como adverte Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno* cit., págs. 167 a 170, “*La costituzione di un pegno senza spossamento (...) appare tuttavia in contraddizione con i dati normativi e con la stessa evoluzione della disciplina dell'istituto*”, assegurando que “*L'orientamento dominante è molto rigido ed esclude che si sia realizzato lo spossamento quando i creditori chirografari non sono in condizioni di riconoscere l'esistenza del vincolo (...). Da tali permesse discenderebbe l'impossibilità di procedere ad una valida costituzione del pegno in tutti i casi in cui non sia palese lo spossamento*”.

indispensabilidade da entrega como requisito de constituição do penhor, sendo o seu principal mentor, sem dúvida, ENRICO GABRIELLI.<sup>2606</sup>

Em rigor, esta posição encontra raízes em tempos mais longínquos, porquanto já no início do Século XX havia quem alertasse para o carácter não indispensável do desapossamento real,<sup>2607</sup> mesmo dentro das nossas fronteiras,<sup>2608</sup> tendo esta posição sido retomada recentemente por alguns Autores.<sup>2609</sup>

---

<sup>2605</sup> Neste sentido, cumpre citar uma posição menos recente – Oppo, *apud* Barbara Cusato, ob. cit., pág. 193 – entendendo o desapossamento como destinado a produzir, no plano interno, a indisponibilidade do bem e a sua retenção pelo credor e, no plano externo, a privar o constituinte da possibilidade de entregar o bem a terceiro, não sendo, contudo, um elemento qualificante do tipo.

<sup>2606</sup> Não tão incisivo é Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, pág. 172 e segs., recusando qualquer função publicitária ao desapossamento (e, em conformidade, qualquer assimilação entre a entrega dos bens constituídos em penhor e o registo dos bens hipotecados), assegurando que aquele se destina a consentir o surgimento do penhor. Assim sendo, considera bastantes para a constituição do penhor formas de tradição atenuada, como sejam “*la consegna delle chiavi al creditore, che la creazione di situazioni in cui il debitore continuava ad avere una relazione apparente con i beni vincolati*”, concluindo que “*la tutela del diritto di prelazione del creditore pignoratorio non escluda necessariamente l'utilizzazione dei beni costituiti in garanzia nell'attività d'impresa*”, sendo assim notória a “*legittimità di tecniche di realizzazione dello spossessamento compatibili con tali obiettivi*”. Todavia, o mesmo Autor (in *Le garanzie cit.*, pág. 107 e segs.) vai mais longe, chamando a atenção para o facto de a posse dos bens não pressupor imperiosamente a propriedade dos mesmos (como sucede com as máquinas alugadas ou as matérias primas recebidas em depósito), pelo que “*la conservazione dei beni nei locali dell'impresa non è di per sé indice della proprietà dell'imprenditore e quindi della possibilità dei creditori chirografari di costui di soddisfarsi sugli stessi*” (e, sem sentido oposto, a ausência de posse pode não excluir a propriedade dos bens, podendo antes ficar a dever-se a relações de carácter obrigacional – v.g. locação – que não impedem a sua alienação, nem tão pouco a agressão por parte dos credores quirografários), concluindo, por isso, que se “*può escludere che per la costituzione di pegno sia necessario instaurare una situazione di spossessamento palese al fine di consentire ai creditori chirografari di conoscere quali beni sono soggetti alle loro azioni esecutive*”, sendo suficiente “*la consegna al creditore delle chiavi del magazzino ove sono custoditi i beni vincolati o l'instaurazione di una situazione di concustodia (...) conoscibile dai terzi con la ordinaria diligenza, purché sia esclusa la possibilità del datore di garanzia di disporre autonomamente dei beni vincolati*”, deste modo possibilitando “*la costituzione in garanzia dell'insieme delle merci contenute nei magazzini dell'impresa, pattuendo il trasferimento del vincolo sui beni acquistati in sostituzione di quelli alienari, oppure la previsione di una clausula di lavorazione con cui la banca consente all'utilizzazione dei beni vincolati, in modo da agevolare la concessione del credito senza interrompere il normale svolgimento del processo produttivo*”.

<sup>2607</sup> Neste sentido, Hardel, ob. cit., pág. 179 e segs., assegurando que a natureza indispensável do desapossamento real “*se trouve en fait souvent réalisé de façon fictive, de telle sorte que l'on peut même parfois se demander si la garantie du prêteur est effective (...) des textes sont venus successivement admettre de façon formelle l'inutilité pour le débiteur de se dessaisir (...). Il n'y a aucune raison de ne pas continuer en ce sens*”, embora salientando que nem todos estes diplomas asseguram de forma cabal a segurança do credor pignoratório (em razão, nomeadamente, por não assegurarem um verdadeiro direito de sequela), o que constitui um entrave à sua utilização (pois “*toute sûreté, qui n'est pas basée sur des certitudes de restitution, ne peut pas être vue avec faveur par les prêteurs, ni donc devenir une source abondante de crédit*”). Mesmo no direito francês do final do Século passado, já era detectável uma corrente de opinião contestando a posição clássica de atribuição de um carácter indispensável ao empessamento do bem por parte credor pignoratório (entendimento tradicional este, oriundo do direito romano, traduzido na qualificação do penhor como contrato real, satisfazendo a entrega intuitus publicitários – que justificam, aliás, a natureza efectiva e não meramente fictícia ou realizada por via de cláusula contratual ou de constituto possessório - e de protecção do credor contra eventuais actos de disposição do bem onerado), seja uma contestação parcial (sustentando que a entrega do bem ao credor constitui apenas uma condição de oponibilidade – e não de validade – do penhor, de modo que “*la remise de la chose n'est, au fond, que le premier acte d'exécution d'un contrat consensuel. La tradition n'est pas une condition de formation*”: todavia, o Autor desvaloriza esta posição, alegando que não chega a resultados muito díspares da doutrina tradicional – na medida em que esta já preconizava os contratos promessa de penhor amputados da entrega do bem -, ao que acresce ser muito duvidosa a utilidade de um direito de penhor válido unicamente inter partes), seja mesmo uma contestação total (ora partindo da contestação da própria categoria dos contratos reais – desde logo considerando-os um resquício de um

direito arcaico e formalista, afastando pelo princípio consensualista que impregna a lei civil; depois, a obrigação de restituição que caracteriza esta categoria não justifica a sua autonomização, porquanto outros contratos há em que tal obrigação existe sem que os mesmos sejam integrados no âmbito dos contratos reais, como sucede com a locação: o Autor aceita este entendimento, concluindo que “*Comme l’obligation de délivrance dans la vente, l’obligation de remise de la chose peut très bien être une des obligations qui fait naître un contrat réalisé solo consensu*” -, ora alegando ser concebível um contrato de penhor sem entrega do bem, o que seria confirmado pelo reconhecimento legal de penhores em que a entrega poderá ser fictícia ou até de penhores sem desapossamento: o Autor rejeita esta perspectiva, contrapondo que “*Un gage sans dépossession n’est plus un gage, c’est une hypothèque. Plus que la reconnaissance d’un droit de suite au créancier c’est le dessaisissement du débiteur qui est caractéristique du gage*”).

<sup>2608</sup> Assim, Luís Pinto Coelho, ob. cit., págs. 74 e 75, afirmando, sem margem para dúvidas, que “*não é da essência do penhor a entrega da coisa. Nestes casos atende-se sobretudo aos incómodos e aos perigos a que se submetem os proprietários, por um lado, e as mercadorias, por outro, se fosse necessária a entrega (...) sem que de tudo isso resultasse qualquer vantagem, uma vez que se pode substituir a entrega pela pressão moral que se estabelece sobre o lavrador, sujeitando-o a penas muito graves no caso de vender os seus produtos e não pagar os empréstimos que lhe tenham sido feitos*”. Nesta conformidade, “*Essencial é que se dê o desapossamento do proprietário, o que se consegue com o constituto obtido pelo contrato. Não havendo a entrega, não há a faculdade de uso como elemento do penhor, mas há sempre o direito ao valor de troca da coisa*” (para além disso, procura demonstrar como a publicidade decorrente da entrega do bem ao credor apenas lograr efeitos publicitários no momento da constituição do direito, não sendo suficiente para a sua manutenção, porquanto “*A coisa passa ao poder do credor e este, se for deshonesto, poderá vender a coisa, passá-la para outrem, e esse terceiro não tem possibilidade de saber se a coisa é do credor pignoratício ou não*” – págs. 195 e 196).

<sup>2609</sup> Rui Pinto Duarte, ob. cit., págs. 229 e 230, afirma que “*é de enfatizar que a lei portuguesa não inclui o desapossamento do constituinte nas características gerais da figura*”, não apenas por força da consagração legal de formas de constituição alternativas para o penhor de créditos e de outros direitos, mas também porque “*mesmo no que respeita ao penhor de coisas, a lei portuguesa conhece a possibilidade de penhor sem desapossamento. É o caso de certos penhores a favor de instituições de crédito*”, enquanto Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 547 e segs., aponta na mesma direcção ao constatar ser duvidoso que à entrega exigida por lei seja de atribuir o significado técnico de tradição do bem empenhado (conforme se constata, desde logo, pela admissibilidade legal da comosse e da entrega simbólica), concluindo que “*para haver penhor é necessário que o autor do penhor esteja privado da possibilidade de dispor materialmente da coisa. O que se compreende, pois este elemento tem uma função de publicidade essencial, evitando a criação de uma situação em que se pudessem fiar terceiros, que em atenção a ela viessem a constituir direitos sobre a coisa empenhada*”. Muito especialmente Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 78 e segs., negando que o contrato de penhor seja um contrato real quanto à constituição, alega que o art.º 669.º, n.º 1, se aplica ao direito de penhor e não ao contrato do qual aquele direito resulta (retomando, assim, a distinção entre título para constituição do direito – normalmente de origem contratual – e acto constitutivo do direito, normalmente a entrega do bem ao credor ou a terceiro), ou seja, “*quando a Lei salienta que o penhor apenas produz os seus efeitos pela entrega da coisa objecto de penhor, mais não se está a dizer do que a entrega é apenas condição de eficácia do direito de penhor. O que equivale a dizer que nada obsta a que possa ser celebrado um contrato de penhor prevendo-se a obrigação de o devedor entregar a coisa objecto do contrato, dado que a entrega diz respeito, apenas, à execução do contrato*”: como corolário deste entendimento, o Autor conclui que a função de garantia do penhor se realiza através da subtracção da disponibilidade do bem ao empenhante, função essa que pode ser lograda através de técnicas alternativas à entrega do bem (desde que aptas a alcançar aquela indisponibilidade material do bem por parte do devedor, sendo essa disponibilidade transferida para o credor, a quem passa a caber o exercício das faculdades inerentes ao seu direito de garantia), mas sem que estas desvirtuem a natureza pignoratícia da garantia (constituindo, quando muito, “*formas anómalas (scilicet, diversas daquelas previstas pelo legislador) de explicitação da função de garantia própria do tipo, o que permite efectuar uma assimilação coerente de tais factiespécies com a estrutura formal e a disciplina do penhor legal*”). A instrumentalidade da entrega face à indisponibilidade do bem por parte do devedor ficaria, sempre segundo o último Autor citado, comprovada pelo facto de o próprio legislador consentir a constituição da garantia através da comosse, o que permite a simples locação do bem a um terceiro (desde que acompanhada da convenção segundo a qual o locatário apenas poderá entregar o bem, conjuntamente, ao credor pignoratício e ao empenhante).



Procurando sintetizar o pensamento daquele Autor italiano atrás citado,<sup>2610</sup> este começa por avaliar o papel desempenhado pela entrega nos contratos reais e, em especial, no penhor, concluindo que a ausência da *traditio* não obstaculiza o surgimento, por via do simples consenso, de um vínculo de natureza obrigatória entre as partes, o qual constitui título para a constituição do direito real de penhor que surgirá após a entrada forçada do credor na posse do objecto da garantia.<sup>2611</sup>

De acordo com esta perspectiva, a entrega representa apenas um acto preparatório de uma fase sucessiva da constituição do real de penhor (o desapossamento do devedor e o empossamento do credor), sendo, por isso, meramente instrumental, pelo que o mesmo efeito se poderá produzir através do recurso a mecanismos diversos da *traditio* material,<sup>2612</sup> conforme se alcança da circunstância de a própria lei prever, como alternativas válidas, a entrega a terceiro, a criação de uma situação de composses ou a entrega de documento que confira a exclusiva disponibilidade do bem ao credor (art.º 669.º).

Ora, excluída a tradição material dos elementos essenciais do esquema legal típico do contrato de penhor, será relativamente ao desapossamento – enquanto efeito decorrente da entrega – que se deverá averiguar da sua indispensabilidade face ao regime legal típico do penhor.<sup>2613</sup>

Em face do exposto e por força de uma interpretação inovadora do art.º 2786.º do CCI – correspondente ao art.º 669.º do nosso Código Civil - , adverte-se para o facto de este preceito colocar como requisito para a constituição do penhor a exclusiva disponibilidade da coisa por parte do credor pignoratício (ou, inversamente, a subtracção dessa disponibilidade ao empenhante), omitindo qualquer referência ao desapossamento do devedor ou ao empossamento do credor.<sup>2614</sup>

---

<sup>2610</sup> Cfr. Il pegno, 2006, págs. 115 e 116, in I negozi costitutivi di garanzie reali, in BBTC, 1996, pág. 149 e segs., Spossessionamento cit., pág. 934 e, especialmente, Il pegno anomalo cit., pág. 84 e segs..

<sup>2611</sup> Neste sentido Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 87 a 91.

<sup>2612</sup> Nas palavras de Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 92 e 93, “*la consegna rappresenta, in verità, soltanto l’atto materiale prodromico, nella scansione della vicenda costitutiva, ad una successiva fase (...) che conduce ad attuare in concreto la garanzia del creditore: lo spossessamento del debitore*”, de onde decorre que “*la consegna, nella varietà delle sue manifestazioni e modalità di attuazione, è meramente accessoria alla produzione dello spossessamento del debitore – impossessamento del creditore*”, pelo que “*qualora quest’ultimo effetto di realizzi ugualmente, seppure con strumenti tecnici differenti dalla traditio, quest’ultima non potrebbe riservarsi che un ruolo subalterno nella descrizione dello schema configurativo dell’operazione negoziale*”. Também em face do direito espanhol Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 68 e segs., o requisito do empossamento do bem por parte do credor “*no es sin embargo consustancial a la institución de la prenda, en general, al admitirse en nuestro Ordenamiento (...) la prenda sin desplazamiento de la posesión*” (mais concretamente, o Autor – cfr. ult. ob. cit., pág. 165 e segs., depois de destacar que as funções do desapossamento residem em assegurar a publicidade do penhor, salienta não ser *conditio sine qua non* para o surgimento da garantia pignoratícia, na medida em que, por um lado, encontram consagração legal penhores sem desapossamento e, por outro, há direitos cuja própria natureza não consente tal transferência possessória: nesta conformidade e porque a função essencial do desapossamento “*equivale al desapoderamiento en el pignorante (...) a fin de favorecer el potencial ejercicio de enajenación de la prenda en caso de incumplimiento (...) la pérdida de la posesión no es esencial para la definición de garantía respecto a la cual aparece como fórmula instrumental, que se realiza principalmente mediante la sustracción de la disponibilidad del bien de la esfera del constituyente*”, admitindo, por isso, a sua substituição por outros mecanismos publicitários que produzam o mesmo efeito e impeçam que o bem onerado possa ser adquirido por terceiros de boa fé, como o caso em que os bens se encontrem depositados em poder de um terceiro e este consinta, desde que o acordo de tradição entre credor e devedor seja notificado a esse terceiro).

<sup>2613</sup> Cfr. Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 93 e 94.

<sup>2614</sup> Como escreve Gabrielli, Spossessionamento cit., pág. 934, “*il legislatore non ha afftto menzionato lo spossessamento del debitore – o l’impossessamento del creditore – per definir ela disciplina del momento costitutivo del diritto di garanzia, ma ha fatto leva sulla consegna della cosa, alla quale, come dato*

Depois de analisar exaustivamente as justificações históricas que presidiram à instituição da necessidade do desapossamento,<sup>2615</sup> remata que este representa apenas o instrumento para a realização de um desiderato mais amplo, qual seja o de impossibilitar o constituinte de praticar actos de disposição do bem dado em garantia.<sup>2616</sup>

Esta indisponibilidade do bem onerado, por parte do constituinte do penhor, conduz a que ao credor seja legítimo reter o objecto da garantia e, do mesmo passo, priva o constituinte da possibilidade de entregar o bem a terceiro, com o efeito liberatório decorrente da regra “*posse vale título*”.<sup>2617</sup>

Ou seja, “*La traditio rei non è fine a se stessa, ma rappresenta lo strumento per la realizzazione di una diversa situazione finale: la impossibilità per il costituente di compiere atti di disposizione della res data in garanzia*”,<sup>2618</sup> isto é, será imperioso

---

*neuro, va riconosciuto un valore meramente strumentale rispetto alla situazione finale che mira a produrre*” (vide, do mesmo Autor, in I negozi costitutivi cit., pág. 150, “*la consegna assume una funzione meramente strumentale, quale atto materiale necessario per la realizzazione dello spossessamento del costituente, vale a dire per la sottrazione nei suoi confronti della esclusiva disponibilità della cosa oggetto della garanzia (art.º 2786 cc)*” e também in Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno, in Rivista di diritti civile, 1992, Tomo II, pág. 269 e segs., “*l’art. 2786 c.c. in entrambi i commi richiama espressamente una situazione, ed un concetto, fondamentale per la comprensione della teoria del pegno: la (esclusiva) disponibilità della cosa*”). Também Paolo Piscitello, Costituzione in pegno cit., pág. 175 e segs., nega que o desapossamento seja imposto por razões de natureza publicitária, sendo antes necessário para limitar a faculdade de disposição por parte do dador da garantia “*come risulta evidente dal contenuto precettivo dell’art. 2786 c.c., ove si richiede che il costituente non possa disporre autonomamente dei beni*”, com uma dupla função: “*tutela il creditore nei confronti del deterioramento dei beni e delle alienazioni a terzi in buona fede. Inoltre, rende possibile ai terzi di verificare – in seguito alla propria attività – l’esistenza del vincolo e di valutare in tal modo la convenienza di ulteriori concessioni di credito*”.

<sup>2615</sup> Com uma viagem aos ordenamentos jurídicos francêses (no qual o desapossamento assumiu inicialmente uma única função de tutela do credor, tendo apenas sido invocada a necessidade de protecção de terceiros – adquirentes ou outros credores do empenhante – num momento mais recente), alemão (no qual o princípio do desapossamento cedo se revelou inadequado face às exigências comerciais, tendo motivado o surgimento de diversos mecanismos de garantia que prescindem desse desapossamento) e anglo-saxónicos (em especial através da criação da figura da garantia flutuante que permite abranger um conjunto de bens unitariamente considerado) – Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 97 e segs..

<sup>2616</sup> Que assim é, sempre na óptica do mencionado Autor, comprova-se através da admissibilidade legal de constituição do penhor através da entrega a um terceiro ou de uma situação de composesse do credor e do devedor, desde que o constituinte não possa dispor do bem sem a cooperação do credor (cfr. art.º 2786.º, n.º 2, do CCD) – cfr. Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 115 e também in Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno cit., pág. 269. Em termos aproximados, Serafino Gatti, Il credito cit., págs. 179 e 180, assegurando que “*se si guarda allo spossessamento nell’ottica dell’effetto cui è normativamente preordinato, non si può non convenire sul fatto che esso non è essenziale per l’esplicarsi della funzione di garanzia, rispetto alla quale rappresenta soltanto la forma attraverso cui il legislatore ha voluto dare concreta attuazione alla garanzia stessa (...) In realtà, per tutelare l’interesse dei terzi a conoscere l’esistenza del pegno il legislatore poteva ricorrere a soluzioni diverse dello spossessamento, che rappresenta uno dei mezzi utilizzabili e, forse, neppure quello più sicuro, visto il suo carattere ambiguo. (...) Se, dunque, è vero che la funzione attribuita allo spossessamento può essere assolta da qualche altro strumento, che in pratica consente di evitare che il bene gravato da pegno sia acquistato da terzi in buona fede, bisogna sperimentare qualche formula alternativa in grado di rendere operante questa stessa funzione di pubblicità*”.

<sup>2617</sup> Noutro plano, esta mesma indisponibilidade retira a coisa empenhada da circulação de direitos (anulando eventuais conflitos externos entre diversos credores do constituinte) e elimina potenciais conflitos internos entre adquirente sucessivos do referido bem (cfr. Gabrielli, Il pegno cit., pág. 116 e também Spossessionamento cit., pág. 934).

<sup>2618</sup> Gabrielli, Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno in Rivista di Diritto Civile, 1992, II, pág. 269.

analisar separadamente a função de garantia, por um lado, e os seus efeitos e os instrumentos através dos quais aquela é alcançada, por outro.<sup>2619</sup>

Concluindo, “*lo spossessamento non sia essenziale per la definizione della funzione di garanzia nel pegno (...). La funzione di garanzia nel pegno infatti può ben attuarsi ugualmente – e con gli effetti propri del tipo – anche utilizzando strumenti legislativi, o tecniche contrattuali, diversi o alternativi allo spossessamento, purché assicurino che la res oggetto della garanzia venga comunque sottratta, mediante la costituzione del vincolo, al potere dispositivo del costituente*”: de entre essas técnicas alternativas contam-se a inscrição do vínculo nos próprios bens ou em registos apropriados.<sup>2620</sup>

Por isso, pese embora o facto de serem utilizados mecanismos, legal ou contratualmente previstos, anómalos e diversos do modelo típico do desapossamento, tal não invalida, em razão da identidade do fito de todos eles, que se deva considerar estarmos perante o mesmo tipo legal de garantia.<sup>2621</sup>

Noutros termos, a autonomia privada não se encontra legitimada a criar novas formas de garantia real para além das tipificadas na lei, mas poderá, através de novos métodos, moldar o perfil funcional do negócio constitutivo.<sup>2622</sup>

Em face do exposto, sendo o desapossamento destinado a produzir a indisponibilidade do bem por parte do empenhante, assim como a impedir que aquele mesmo sujeito possa entregá-lo a terceiro com efeitos liberatórios (por força do princípio da posse vale título), esse mesmo desapossamento não será qualificante do tipo legal do penhor, mas apenas instrumental.<sup>2623</sup>

---

<sup>2619</sup> Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 126. O mesmo Autor (in *Sulle garanzie rotative* cit., págs. 12 e 13), distingue entre a função de garantia – traduzida na criação de uma reserva de utilidade, a favor do credor pignoratício, sobre o património do constituente – e os possíveis efeitos – indisponibilidade, direito de sequela, direito de preferência - que poderão decorrentes daquela função de garantia, ou melhor, “*si individuano uno o più modi mediante i quali quella funzione può tecnicamente realizzarsi*”). Se assim é e tendo em conta a diversidade de possíveis objectos da garantia, será “*possibile, per produrre l’effetto di garanzia, utilizzare, di volta in volta, quegli strumenti già presenti nel sistema, o forgiati dal potere creativo dei privati, che, nel rispetto dei principi ordinanti del sistema, risultino in concreto più idonei a realizzare l’effetto divisato*”.

<sup>2620</sup> Cfr. Gabrielli, Il pegno. cit., pág. 116, I negozi costitutivi cit., págs. 150 e 151, Spossessamento cit., pág. 934 (salientando que “*Il discorso sulla funzione di garanzia può quindi essere svolto scindendo il piano della funzione dei suoi effetti, precisando le tecniche, i modi, le forme, con i quali essa può attuarsi in concreto, poiché tale funzione è diretta a soddisfare un’esigenza di valorizzazione delle tecniche di realizzazione e di tutela degli interessi tipizzati nel modello di garanzia reale*”).

<sup>2621</sup> Cfr. Gabrielli, Il pegno cit., pág. 117 e I negozi costitutivi cit., pág. 151. Por isso, o citado Autor rejeita que através destes mecanismos alternativos se dê vida a modalidades atípicas de penhor, considerando antes que “*non si assiste ad una caratterizzazione dello schema, ulteriore o diversa rispetto a quella del modello tipico, così da incidere sullo stesso dando vita a sotto-tipi contrattuali, oppure a negozi atipici, ovvero misti, perché si tratta, piuttosto, di forme anomale di esplicazione della funzione di garanzia propria del tipo*” (vide ult. ob. e loc. cit.).

<sup>2622</sup> Nestes termos, Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 44. Acerca da questão de saber se aquelas garantias em que se opera o afastamento de alguns aspectos do regime legal do penhor (em especial a necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro) deverão reentrar no âmbito desta garantia, vide infra Capítulo III.

<sup>2623</sup> Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 152 e Il pegno anomalo cit., pág. 127 e Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 117 e 118 (salientando que “*lo spossessamento è una misura di sicurezza e di pubblicità indubbiamente energica, ma è altrettanto vero che esso non è insostituibile*”, concluindo que “*nessun principio di diritto si oppone alla costituzione di un pegno senza trasferimento del possesso. Lo spossessamento non ha altro scopo che quello di rendere edotti i terzi e diventa inutile dal momento in cui si porti alla conoscenza di questi ultimi la conclusione del contratto mediante l’organizzazione di un sistema di pubblicità*” ou, noutros termos, o desapossamento “*è destinato a dare alla garanzia la necessaria pubblicità, e che, per conseguenza, diviene inutile allorché la pubblicità può essere ottenuta in altra maniera*”, designadamente através de “*nuovi adeguati sistemi di pubblicità atti a supplire a quella,*

A atestar esta afirmação estaria a circunstância de o desapossamento não ser, por si só, suficiente para fazer surgir o direito de preferência (ou, noutros termos, para tornar o direito de penhor oponível a terceiros), sendo antes necessária a redacção de um documento com data certa contendo uma suficiente indicação da coisa empenhada e do crédito assegurado (embora tal argumento careça sentido entre nós, uma vez que o ordenamento luso é, como se viu, omissivo quanto a esta exigência).<sup>2624</sup>

Resultados análogos podem ser alcançados através de meios sucedâneos, pelo menos quando a determinados bens, até porque os dois objectivos normalmente associados ao desapossamento – tutela do credor contra o risco de deterioração ou perecimento do objecto da garantia e cognoscibilidade para terceiros da constituição do penhor – nem sempre são cabalmente alcançados.<sup>2625</sup>

Deste modo, é a própria solução legal de, ao menos aparentemente, exigir o desapossamento do empenhante que pode ser contestada, sobretudo tendo em conta a possibilidade de alcançar, de modo mais cabal, os fins por ele visados através do recurso a mecanismos alternativos.<sup>2626</sup>

Atestando o carácter não insubstituível da entrega do bem ao credor e do desapossamento material do empenhante, aí está a regulamentação do penhor de bens incorpóreos, cuja oneração terá obrigatoriamente de prescindir da entrega (ao menos em sentido material) dos mesmos ao credor, sob pena de se negar a empenhabilidade de tais coisas.<sup>2627</sup>

---

*sempre rudimentale, anche se efficacissima, forma, che è data dallo spossessamento del pegno a favore del creditore*”). Transpondo este entendimento para a realidade lusa, diremos que o desapossamento será ainda menos qualificante do tipo, na medida em que não poderá ter a segunda finalidade, atenta a não recepção do princípio da posse vale título no nosso ordenamento.

<sup>2624</sup> Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 198 e segs.. De acordo com este Autor, a ausência de um sistema publicitário (aquele que resulta do desapossamento é meramente ilusório), torna premente a necessidade de tornar a garantia cognoscível por terceiros. Ora, esse instrumento é precisamente o documento formal exigido pelo n.º 3 do art.º 2787.º do CCI (ou a notificação imposta pelo art.º 2800.º para o penhor de créditos). Em face do exposto, o desapossamento é uma condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento do direito de preferência, ou seja, “*La sottoposizione del bene ad una situazione di indisponibilità è quindi presupposto imprescindibile a favore del creditore, del sorgere e del premanere del diritto di prelazione (...) ma non sufficiente per la produzione del suo effetto: opponibilità ai terzi, al qual fine è richiesto l’atto di data certa*”.

<sup>2625</sup> Relativamente ao primeiro objectivo, poder-se-à contrapor que “*non sempre creditore pignorazio e debitore sono in posizione di conflitto, per quanto concerne la disponibilità del bene. Qualora si tratti di beni strumentali, anche il creditore ha interesse a che il possesso sia lasciato al debitore. L’uno sa benissimo, infatti, che l’altro sarà in grado di restituirgli quanto gli deve solo se potrà continuare a svolgere la propria attività, e nel modo più competitivo. Quanto ai rischi di deterioramento, occultamento od alienazione, la più efficace garanzia è costituita dal lato stesso che quei beni sono inseriti in un ciclo produttivo. Il debitore avrà infatti tutta la convenienza a conservarli in buono stato, nè potrà distrarli dalla funzione cui, per loro natura, sono destinati. Come si potrebbero nascondere i macchinari di un opificio? E la loro vendita non significherebbe forse la fine dell’impresa?*” (cfr. Antonio Fontana, *ob. cit.*, págs. 68 e 69). No que concerne à função publicitária, o desapossamento constitui um meio rudimentar e ambíguo, como se comprova pelo *facto de*, desde tempos imemoriais e nas mais diversas latitudes, se recorrer a outros mecanismos, como a aposição de marcas físicas sobre os objectos onerados (cfr. *auts.*, *ob.* e *loc. cit.*s.).

<sup>2626</sup> Como salienta Serafino Gatti, *Il credito* cit., pág. 180, “*per tutelare l’interesse dei terzi e conoscere l’esistenza del pegno il legislatore poteva ricorrere a soluzioni diverse dallo spossessamento, che rappresenta uno dei mezzi utilizzabili e, forse, neppure quello più sicuro, visto il suo carattere ambiguo*”, considerando que a solução legal resulta da influência da codificação francesa e do peso da tradição (no mesmo sentido Fabrizio Maimeri, *Trust* cit., pág. 2).

<sup>2627</sup> Dominique Legais, *Garanties conventionnelles* cit., pág. 35 e segs., esclarece que, no penhor de bens incorpóreos o que se impõe é, não o empossamento do credor, mas antes “*une déssaisine du débiteur liée à une saisine du créancier*”. No entanto, em face da impossibilidade de entrega material do objecto onerado, importará adaptar a exigência de desapossamento, o que se poderá alcançar através da

Mais concretamente no que respeita ao penhor de créditos,<sup>2628</sup> o desapossamento deve funcionar em moldes diversos, atenta a especificidade do objecto do penhor e

---

constatação do papel secundário que a entrega material desempenha face aos efeitos que a mesma produz, isto é, “*La dépossession réalise l’affectation unique et exclusive de la valeur d’un bien au créancier et se caractérise par la perte des prérogatives du constituant du gage sur la chose et non par celles qu’elle fait naître au profit du créancier*” (uma vez que o constituente fica privado do uso do bem, mas este uso não é facultado ao credor, não tendo este último mais do que “*un droit sur la valeur et a ce titre n’est investi d’aucun pouvoir sur les utilités de la chose qui sont en quelque sorte stérilisées durant la vie de la sûreté. Le créancier conserve le bien exclusivement pour empêcher son détournement et par conséquent pour assurer son paiement*”), havendo até quem prefira falar, ao invés de empossamento do credor, em “*dessaisine do constituant du gage*”. Como corolário deste entendimento, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 20 e 21, assevera que “*l’essentiel dans la dépossession n’est pas l’appréhension matérielle du bien par le créancier mais la perte de ses utilités par le constituant*”, concluindo que, se assim é, “*la remise de la chose, qui apparaît simplement comme un moyen de parvenir à la dépossession et non comme un fin en soi. Recentré sur la perte des prérogatives du constituant, la dépossession est applicable aux biens incorporels. Elle suppose que l’on admet qu’elle puisse s’exprimer dans selon des procédés dématérialisés et donc une adaptation du modèle du gage*” (não obstante, a Autora ressalva que “*si la nature incorporelle n’exclut pas catégoriquement la dépossession, tous les biens incorporels ne peuvent pas être affectés en garantie selon cette forme. Tous les biens incorporels ne sont pas aptes à la dépossession. L’exclusion résulte non de l’incorporité mais de l’impératif d’exploitation qui gouverne le régime de quelques biens incorporels, que nous nommerons biens d’exploitation*”).

<sup>2628</sup> No que especificamente respeita ao penhor de créditos, entende que a principal dúvida repousa em saber como o constituente pode ficar inibido de exercer os direitos que detém sobre o crédito onerado, considerando a maior parte da doutrina francesa que o será através da notificação da constituição da garantia ao devedor do crédito empenhado (porquanto seria através desta notificação que o devedor do crédito onerado era alertado para o direito do credor pignoratício, estabelecendo-se assim uma ligação entre estes dois sujeitos ou, na opinião de alguns, a notificação serviria para empossar o credor, não relativamente ao devedor empenhante, mas sim com respeito a terceiros), enquanto outros sustentam que tal desiderato é obtido através da entrega do título comprovativo do crédito (utilizando, a ausência de norma expressa a impor tal entrega, o argumento de analogia com a cessão de créditos – em cujo regime se impõe tal entrega - e, sobretudo, com o penhor de coisas corpóreas, considerando que “*Dans les deux cas, le constituant remet à son créancier l’objet du gage. Certes, lorsqu’il y a gage sur créance, il n’y a pas véritablement remise du droit puisque celui-ci n’est pas incorporé au titre. Cette fiction – la remise du document équivalent à la remise du droit – n’exclut pourtant pas l’existence d’une mise en possession (...) c’est une conséquence de la nature juridique du bien donné en gage, il est impossible de transposer les règles applicables aux biens corporels*”: em suma, “*C’est que la remise du document constatant la créance assure une fonction similaire à la remise d’un bien: le constituant qui a remis le titre au créancier ne peut plus constituer une autre sûreté sur le même bien. Tout risque de fraude est ainsi évité*”): o Autor, contudo, contesta qualquer destas leituras, no que toca à primeira em razão de a mesma ser historicamente oriunda de um sistema em que a transferência de direitos exigia, além do consenso, uma formalidade ulterior (normalmente a tradição do objecto do direito), formalidade essa que, no caso dos créditos, era substituída pela entrega (ora, num sistema consensual como o actual, a aquisição de bens móveis dá-se por mero efeito do contrato, enquanto o cessionário de um crédito não adquire o seu direito por via unicamente consensual, sendo ainda necessária a notificação para que o negócio possa produzir efeitos relativamente a terceiros, isto é, “*le motif pour lequel la Loi exige une formalité spéciale pour que le cessionnaire devienne propriétaire à l’égard des tiers, il est étranger à la transmission de la possession*”) e, ainda, porque da conjugação dos preceitos relativos ao penhor resulta a obrigação de desapossamento do devedor, mas não quanto ao modo como tal desapossamento se realizará no penhor de créditos (“*il n’existe aucune disposition spécifique à la mise en possession des créances*”), concluindo que a única função da notificação é de índole publicitária (e, se assim é, “*ne peut en effet jouer le rôle dévolu à la remise de la chose lorsqu’il y a gage sur meubles corporels. En effet, la signification se différencie trop de la remise d’un bien corporel pour qu’on puisse affirmer qu’elle assure la même fonction. Quand il y a mise en gage d’un meuble corporel, le constituant remet la chose, objet de sa sûreté, à son créancier. Dans l’hypothèse du gage sur créance, c’est le créancier nanti qui procède à la signification. Contrairement à la remise des biens corporels, la signification ne procure aucune sécurité au créancier nanti. Il ne peut être assuré que la créance n’a pas déjà été mise en gage. Le créancier peut donc être victime des agissements frauduleux de son débiteur. La remise de la chose a une fonction préventive que ne possède pas la signification*”); no que à entrega do documento comprovativo diz respeito, a sua rejeição, prende-se com a circunstância de tal formalidade não eliminar os riscos de fraude

intromissão necessária de um terceiro sujeito (devedor do crédito empenhado) na relação de garantia.<sup>2629</sup>

---

(uma vez que “rien n’assure que le créancier qu’il est en possession de l’original de la facture et que le même document n’a pas déjà été remis a un autre (...). Le dessaisissement suppose donc l’existence d’un billet de mobilisation qui soit unique et qui contienne un certains nombres de mentions, permettant d’éviter toute fraude”), para além de apresentar diversos inconvenientes práticos (desde logo, porque tal significaria a não empenhabilidade de todos os créditos não comprovados por escrito) - Dominique Legais, *Garanties conventionnelles* cit., pág. 35 e segs..

<sup>2629</sup> Como salienta Legeais, Sûretés 1999 cit., págs. 45 e 46, a propósito do penhor de créditos, “ont doit renoncer à soumettre à un même principe la mise en possession d’un bien corporel et celle d’une créance. Il faut, en particulier, abandonner la notion de remise pour expliquer la mise en possession d’une créance. La remise ne se conçoit que lorsqu’elle concerne un bien corporel. Ce qu’il importe de dégager, en revanche, c’est la fonction de la mise en possession. Et ce, afin de déterminer selon quelle nodalité cette fonction peut être assurée lorsqu’il y a nantissement de créances (...). Lorsqu’une créance est l’objet du gage, les règles ne peuvent qu’être différentes. Il n’est alors plus possible de reconnaître au créancier un certain nombre de prérogatives, aussi bien à l’encontre du débiteur de la créance qu’à l’encontre du constituant, pour préserver la valeur de son gage. Si, en effet, il est possible de concevoir un dessaisissement il ne peut porter que sur des prérogatives. C’est ainsi que le constituant, à compter de la mise en gage, n’a plus le droit de réclamer paiement à son débiteur, de lui consentir une remise de dette. Le gagiste est, lui, investi des droits dont est titulaire tout créancier lui permettant de garantir le paiement de la créance à son échéance (...). Ainsi, c’est le transfert au créancier nanti d’un ensemble de prérogatives qui réalise sa mise en possession. Dans le même temps, le dessaisissement du débiteur est la perte de ces mêmes prérogatives. Il est important de souligner que cette mise en possession peut s’effectuer solo consensu, par le seul accord relatif à la constitution de la sûreté. Point n’est besoin d’une formalité supplémentaire. Dès que l’accord des parties intervient, le constituant est dépouillé de certaines prérogatives. Dans le même temps, le créancier en acquiert un certain nombre. Grâce à la transmission de ces prérogatives, le créancier nanti peut protéger son droit éventuel d’obtenir le paiement de la créance gagée. Ce transfert de prérogatives est l’équivalent de la remise de la chose. Quand, en effet, une créance fait l’objet du gage, seule une paralysie des rapports juridiques existant entre le constituant et son débiteur procure une garantie au créancier (...). Le transfert de droits au profit du créancier nanti n’est pas l’équivalent de la remise d’un bien corporel. Celle-ci a, en effet, une fonction de publicité. Or, la publicité de l’opération est, autant sinon plus, nécessaire quand il y a gage sur créances”. Já Garcia Vicente, *La prenda* cit., pág. 25 e segs., destaca como a indisponibilidade obtida com o desapossamento pode, no penhor de créditos, ser alcançada através de mecanismos alternativos, como a notificação do devedor do crédito empenhado, de modo que “no es imprescindible formular los requisitos propios de la prenda de créditos como equivalentes a los dispuestos con carácter general para la prenda ordinaria, porque estos últimos se explican en razón del tipo de objeto pignorado y la reglas de su tráfico (las propias de los bienes muebles corporales) y no expresan las reglas inmutables (por otra parte, inexistentes) de la prenda”). Por fim Pace, ob. cit., pág. 45 e segs., depois de realçar que, no penhor de coisas corpóreas, a entrega do bem ao credor não cumpre qualquer desígnio publicitário (pois, se o tivesse pretendido, “sarebbe stato sufficiente porre il debitore in istato di non poter disporre della cosa data in pegno. I terzi non avrebbero potuto acquistare validamente e, quindi, il creditore pignoratizio non sarebbe stato pregiudicato da alcun atto del debitore. Perciò la consegna effettiva à richiesta ad altro scopo: cioè per assoggettare il bene al potere concreto del creditore. Nè tal elemento puo considerarsi come un di più di pubblicità, perchè il possesso (...) non rende manifesto il diritto di chi possiede: tutt’al più rende manifesto, e non sempre, che chi possiede ha un diritto, ma non quale diritto abbia”, conclusão esta reforçada pela admissibilidade da tradição simbólica: em suma, no penhor a entrega do bem ao credor pignoratício “ha soltanto come conseguenza riflessa la pubblicità, in quanto rende nota la privazione della materiale disponibilità sulla cosa stessa, mentre la funzione prevalente, sostanziale, sta nell’assoggettamento di essa al potere del creditore pignoratizio”), conclui que também o não tem, no penhor de créditos, a forma de constituição legalmente prescrita - a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado -, uma vez que tal formalidade se limita a dar a conhecer a este a constituição do penhor, o qual, para terceiros, “rimane un atto occulto, nè questi ultimi sono messi in condizione di averne notizia”, pelo que apenas cumpre a função de colocar o empenhante numa situação de indisponibilidade face ao *quid* onerado - não podendo cobrar o crédito onerado, facultade essa atribuída ao credor pignoratício -, mas não a função de publicidade de facto negativa: ora, para cumprimento deste objectivo publicitário, entende o Autor ser imperiosa a entrega ao credor pignoratício do documento comprovativo da existência do crédito a empenhar.

No que particularmente concerne aos instrumentos financeiros e a outros bens específicos, a constituição do vínculo através de inscrição num registo representa, ao menos no parecer de alguns, uma confirmação do carácter fungível do desapossamento enquanto mecanismo de constituição do penhor.<sup>2630</sup>

Por outro lado e conforme foi demonstrado no Capítulo I, a imperiosidade do desapossamento impediria igualmente a dação em penhor de bens futuros.

Em suma, será de admitir que a obrigatoriedade de, no acto de constituição do penhor, se operar, simultaneamente, o desapossamento do credor e o empossamento do credor pignoratício, tende a ser superada, por uma de duas vias: ora considerando a indispensabilidade apenas do desapossamento do empenhante (ou seja, mesmo não se verifique a transferência material do bem para o credor, desde que se opere a *traditio* por alguma das outras vias admitidas); ora, dando um passo mais, entendendo como verdadeiramente essencial a perda da disponibilidade do bem por parte do empenhante (ainda que não haja entrega ao credor ou a terceiro e mesmo que o empenhante nem seja desapossado fisicamente do mesmo, como sucederá quando a constituição da garantia se encontre sujeita a registo).

A questão principal que, a nosso ver, decorre desta relativização da exigência de entrega do bem ao credor é a de saber se estas garantias, ao prescindirem do desapossamento (ao menos material) do constituinte da garantia, não deverão ser consideradas como hipotecas mobiliárias ou, por desvirtuarem um dos aspectos supostamente qualificante do tipo legal de penhor, como garantias atípicas.<sup>2631</sup>

---

<sup>2630</sup> Neste sentido, Francesca Dell'Anna Misurale, ob. cit., pág. 146 e segs., escrevendo que o desapossamento “è finalizzato a privare il costituente della possibilità di dar luogo, disponendo del bene consente di escluderlo del novero dei requisiti qualificanti il tipo normativo. Ne consegue, quale ulteriore corollario, la fungibilità dello strumento segnalativo, il cui scopo può raggiungersi anche percorrendo strade alternative”, como sejam a aposição de marcas físicas ou a inscrição nos registos (representando as novas modalidades de constituição do penhor um “*sforzo del legislatore di adeguare le tradizionali categorie giuridiche alle esigenze di una realtà in rapida evoluzione*”, dada a “*difficoltà di inquadrare i nuovi beni entro gli schemi giuridici creati per disciplinare le tradizionali situazioni di appartenenza delle cose materiali*”). Nesta conformidade, conclui que a opção por uma destas modalidades, desde que produzam efeitos análogos ao desapossamento – *maxime* tornando visível a oneração do bem – “*non incide sulla sostanza dell'istituto, giacché non comporta alcuna variazione della funzione di garanzia ma unicamente delle modalità del suo realizzarsi. L'anomalia delle nuove figure di pegno (...) è dunque tutta (e soltanto) nei meccanismi utilizzati per l'opponibilità, ovverosia nelle misure di conoscenza variamente strutturate in considerazione della tipologia del bene*”. Em termos parcialmente concordantes, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 68 e segs., destacando que os meios substitutivos do desapossamento possessório são, principalmente e em termos gerais, a notificação do devedor (sobretudo para o penhor de créditos, figura não consagrada expressamente na lei espanhola, embora, mesmo para este, o Autor entenda não ser bastante para produzir a imobilização do direito empenhado) e a inscrição da garantia num registo (particularmente idónea para acções não se encontrem representadas através de um suporte físico), desde que qualquer destes mecanismos assegure “*la indisponibilidad del pignorante y se atribuya al acreedor pignoraticio la facultad de instar la enajenación de la acción pignorada*”. Vide, igualmente, Annalisa Liuzi, ob. cit., pág. 63 e segs., entendendo que o desapossamento não é essencial para a definição da função de garantia, uma vez que o fim por ela visado é o de obter, a favor do credor pignoratício, a indisponibilidade do bem por parte do constituinte do penhor: ora, “*tale indisponibilità può essere ottenuta anche utilizzando tecniche e strumenti diversi dallo spossessamento*” e, no caso específico do penhor de valores mobiliários alvo de gestão centralizada, “*la mancata attuazione dello spossessamento non incide affatto sulla realizzazione della funzione di garanzia dato che la struttura del sistema, attraverso procedure diverse per l'iscrizione dei vincoli sui titoli, garantisce lo stesso le finalità tipiche del pegno*”. Em termos idênticos, Mia Callegari, ob. cit., pág. 22, escrevendo que “*lo spossessamento rappresenti soltanto uno dei possibili modi di attuazione della funzione propria del pegno e non individui il meccanismo esclusivo della sua costituzione. La funzione di garanzia (...) si manifesta anche attraverso tecniche alternative a quella che si serve dello spossessamento del debitore, ma, come si vuole sostenere, ad essa equipolenti*”.

<sup>2631</sup> Sobre este assunto, vide infra Capítulo III.

2 - Necessidade de determinação inicial dos créditos e dos bens objecto do penhor (cláusulas omnibus): determinação e determinabilidade

### 2.1 - Determinação do crédito garantido

Pese embora o interesse dos credores – e até dos próprios devedores – em alargar o leque dos créditos abrangidos pelo penhor, espraiando-a para além de uma determinada relação obrigacional específica,<sup>2632</sup> tal desiderato encontra limites.

Como bem referem ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, “*para que o contrato não seja ferido de nulidade em razão da indeterminabilidade do objecto, torna-se necessário que dele conste um critério objectivo para a fixação da obrigação garantida ou a garantir.*”<sup>2633</sup>

Para além disso, a necessidade de definir a obrigação assegurada destina-se igualmente a evitar que os bens oferecidos em garantia permaneçam, por tempo indefinido, subtraídos à livre disposição e circulação.<sup>2634</sup>

*Last but not least*, esta obrigação decorre do princípio da especialidade,<sup>2635</sup> comum à generalidade dos direitos reais, do qual resulta a exigência “*che gli elementi essenziali della garanzia (soggetti, oggetto, crediti garantiti) siano sufficientemente*

---

<sup>2632</sup> De acordo com Giovanni Stella, ob. cit., pág. 13 e segs., as instituições de crédito “*hanno l’esigenza di ricevere dal cliente una garanzia (...) idonea a tutelare molteplici ed anche eventuali debiti derivanti da più atti negoziali inerenti alla singola operazione o da una serie di operazioni che possono succedersi nel tempo*”, enquanto os empresários “*si rivolgono alle banche proprio confidando sulla rapidità e continuità nelle concessioni di nuovi finanziamenti e linee di credito*”, concluindo que estes anseios ficariam frustradas se “*ad ogni singola modificazione della posizione debitoria di un soggetto e ad ogni singola operazione dovessero corrispondente altrettante pattuizioni, accompagnate dalle formalità del caso*”. Nesta conformidade, o mesmo Autor (ob. cit., págs. 58 e 59) realça a necessidade de a garantia assegurar um crédito, independentemente da forma que este possa assumir (conta corrente, abertura de conta, desconto bancário, de modo que “*la varia natura delle operazioni effettuate e da effettuare ha un carattere del tutto secondario e contingente nell’economia del contratto di garanzia, concepito unitariamente ed essenzialmente come garanzia generica ed indistinta di un determinato ammontare delle operazioni del garantito verso la banca*”).

<sup>2633</sup> Ob. cit., pág. 176.

<sup>2634</sup> Neste sentido, Realmonte, Il pegno cit., pág. 635, Gorla e Zanelli, ob. cit., pág. 25, Giovanni Stella, ob. cit., pág. 20 (este último destaca que a necessidade de existência de um crédito garantido tem dois objectivos: “*da un lato, ad evitare vincoli reali (come tali, opponibili ai terzi) a tempo indefinito sui beni, in deroga al fondamentale principio del nostro ordinamento della libertà della proprietà e della libera circolazione dei beni medesimi; da altro lato, a tutelare gli altri creditori chirografari (favorendo così lo sviluppo del credito in genere) che certo non sarebbero incentivati a dare a credito, se non potessero controllare ed accertare il limite della prelazione altrui*”) e Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 36, para quem este tipo de cláusulas na sua versão mais radical – que estabelece a oneração dos bens do devedor depositados junto do credor por todos os créditos, presentes ou futuros, que aquele venha assumir perante este - faria com que o simples facto de determinados bens (acções) do devedor se encontrarem depositados em poder do credor fosse suficiente “*para que cualquier concesión de crédito de esta entidad al titular de las mismas implicase una automática constitución prendaria sobre estas acciones*”.

<sup>2635</sup> No seguimento da reforma do direito francês de 2006, discute-se a necessidade de redução a escrito do penhor comercial (como se referiu noutra sede), propendendo alguns Autores para uma resposta negativa, daí retirando, como corolário, que tal solução “*écarter pratiquement le principe de la spécialité de la créance garantie, principe auquel la mention de la créance dans l’écrit assure, en matière civile, une stricte application. Le gage commercial peut être général: il peut garantir non seulement des créances futures mais encore des créances indéterminées*” – Cabrillac e Mouly, Droit des sûretés 2010 cit., págs. 504 e 505.



*determinati*)”<sup>2636</sup> e, no que especificamente respeita ao crédito garantido, a sua indicação serve dois propósitos essenciais: “*nella fase di sicurezza, esso evita la nullità della garanzia (è noto che, per il principio di accessorialità, l’esistenza del pegno dipende dall’esistenza di un credito garantito), dall’altra parte, nel caso di esecuzione della garanzia, esso serve a determinare il “valore” che deve essere soddisfatto*”:<sup>2637</sup> todavia, esta objecção deverá ser relativizada naqueles ordenamentos que reconheçam as chamadas garantias de máximo.<sup>2638</sup>

No que toca à propalada característica da acessoriedade da garantia face a uma obrigação cujo cumprimento pretende assegurar, ela pressupõe, ao menos em regra, que este crédito seja existente e válido,<sup>2639</sup> sem que tal signifique, porém, a proibição de

---

<sup>2636</sup> Em termos análogos, Veiga Copo, *Prenda omnibus* cit., pág. 38 e segs., acrescentando que, relativamente à obrigação assegurada, “*es precisa la concurrencia acumulativa de dos elementos: concrección de los sujetos de la relación jurídica de la que han de surgir las eventuales obligaciones principales y fijación de un límite máximo a la obligación garantizada*”. Deste modo, a densificação do crédito garantido pode efectuar-se através de uma cláusula em que “*se enumeran taxativamente los diversos negocios concretos de entre los cuales puedan surgir los créditos que se deban entender incluidos en la prenda, con independencia de que éstos negocios sean ya existentes. Así, para que esta cláusula sea más viable debe concretar los negocios que gozan de una atipicidad suficiente en el tráfico que permita su fácil individuación*” e, por outro lado, “*individualizando el monto del crédito, la naturaleza del mismo, la fuente y el vencimiento*”.

<sup>2637</sup> Salinas Adelantado, *Il pegno “omnibus”*, in *BBTC*, n.º 60 (1997), I, pág. 607.

<sup>2638</sup> É o que se passa no direito espanhol, onde encontra consagração legal a figura da hipoteca de máximo, pois, “*al existir un máximo de responsabilidad hipotecaria, es decir un techo o tope de garantía, permite la existencia de cierta indeterminación en la obligación principal, sin detrimento de que se pergeñen las líneas básicas del crédito*” - Veiga Copo, *Prenda omnibus* cit., pág. 39 e segs., aludindo ainda o Autor à figura da fiança para garantia de créditos futuros, podendo estes ser meramente determináveis com base nos sujeitos e num limite pecuniário pelo qual a garantia responderá.

<sup>2639</sup> Destaca este aspecto Giovanni Stella, *ob. cit.*, pág. 90, acrescentando que a acessoriedade impõe “*che debba sussistere un collgamento fra la costituzione del pegno e il credito garantito, nel duplo senso che le parti devono, da un lato, manifestare chiaramente la volontà di istituire un rapporto di garanzia fra la cosa vincolata ed il credito e, da altro lato, individuare il credito che si vuole garantire con la imposizione del vincolo pignoratizio sul bene*”.

constituição de um penhor em garantia de créditos condicionais ou futuros,<sup>2640 2641</sup> ainda que não decorrente de uma prévia relação existente entre as partes.<sup>2642</sup>

Ou seja, apesar do conteúdo normalmente atribuído ao carácter acessório do penhor face à obrigação cujo cumprimento assegura<sup>2643</sup>, isso não significa, inevitavelmente, a necessidade de referência a um crédito a assegurar existente e válido, antes consentindo, dentro de determinados limites, cláusulas nos termos das quais a obrigação assegurada não seja cabalmente delimitada no momento da constituição da garantia, por exemplo em razão da sua natureza futura e/ou condicional.<sup>2644</sup>

---

<sup>2640</sup> Entre nós e a propósito da fiança (mas com aplicação à generalidade das garantias), Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 301 e segs., depois de realçar a aparente dificuldade de compatibilização entre o princípio da acessoriedade e natureza condicional ou futura do crédito garantido (“já que, sendo a obrigação futura ou condicional e estando já o fiador vinculado, não há ligação actual do espacial crédito fidejussório existente (ou – se quisermos perspectivar a posição do fiador – do especial débito fidejussório existente) ao crédito principal - eventual”), conclui pela afirmativa, uma vez que “se é certo que o contrato de fiança é, desde logo, eficaz, apesar de se reportar a um crédito futuro ou condicional, não menos certo é que o fiador fica desde logo vinculado: fica, desde logo, com débito (relativamente) irrevogável, a que corresponde um crédito do futuro – mas também já actual – credor. Não serão ainda o débito e o crédito fidejussórios, que ainda não nasceram, mas constituem já, respectivamente, uma posição passiva e uma posição activa (...). Não estamos assim (...) perante meras promessas de fiança em que o fiador deva ser chamado de novo a emitir nova declaração de vontade, já que o declarante passa a garantir, desde logo, o futuro crédito (...). Assim sendo, no nosso entender, o débito do prestador de fiança futura ou condicional, antes da actualização do crédito, não é um (mero) efeito preliminar de fiança, mas uma consequência natural da especificidade da fiança em causa, fiança que acompanha a actualização do crédito” (em consequência, o Autor rejeita estarmos perante uma excepção ao princípio da acessoriedade, o que apenas sucederá se perspectivarmos esta como uma ligação imposta no nascimento da garantia, a qual, aliás, é explicável a montante do direito de crédito). No que respeita ao penhor, o próprio n.º 3 do art.º 666.º expressamente afirma a possibilidade de o penhor garantir obrigações futuras ou condicionais.

<sup>2641</sup> Importa esclarecer que se questiona a licitude de uma garantia constituída para assegurar uma obrigação condicional e não a constituição de uma garantia, ela própria, sujeita a condição (acerca desta distinção, vide Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 302).

<sup>2642</sup> Assim, expressamente, a respeito da fiança, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 306 e segs., (“os créditos futuros relevantes são, *hoc sensu*, quaisquer créditos não existentes, não sendo necessário que – quer como requisito assegurador da seriedade do vínculo, quer como exigência da acessoriedade – exista já uma relação jurídica definida e firme entre credor e devedor”), não sem reconhecer a necessidade de uma base de sustentação mínima que consinta “a correspondência entre uma determinada obrigação efectivamente surgida e a obrigação perspectivada aquando da prestação da fiança”, o que impõe a indicação do devedor e, eventualmente, uma limitação dos créditos garantidos em termos temporais e/ou de montante (na opinião ao Autor, estas dúvidas não se colocam no que tange às obrigações condicionais, uma vez que “existe já uma relação entre o credor e o devedor, que está na base do estabelecimento da condicionalidade”). Contra, Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 195, registando que um penhor constituído em garantia de créditos futuros será válido desde que, por um lado, seja indicada no negócio constitutivo a relação jurídica da qual poderá surgir o débito e, por outro, tal relação seja já existente no momento da celebração daquele negócio (o que exclui a legitimidade, na óptica do Autor, não apenas dos penhores *omnibus*, mas igualmente daqueles constituídos em garantia de créditos futuros “*nella ipotesi in cui i rapporti giuridici che ne rappresentano la fonte, sebbene già individuati dalla parti, non siano ancora venuti ad esistenza*”).

<sup>2643</sup> Sobre este carácter acessório, vide supra n.º 6 do Capítulo I.

<sup>2644</sup> A este respeito, Giovanni Stella, ob. cit., pág. 91 e segs., depois de defender a aplicação analógica do art.º 2852.º, ditado para a hipoteca (assegurando que “*una volta riconosciuto che tramite la applicazione analogica dell’art. 2852 cod. civ. il pegno potrebbe assicurare la prelazione anche per crediti futuri (...) a maggior ragione si dovrebbe ammettere che possa essere semplicemente costituito, sia puré senza prelazione rispetto ai creditori concorrenti, un pegno per crediti futuri*”), sobretudo tendo em conta a ratio do preceito em impedir a criação de um vínculo real sobre a propriedade que não se sabe se e quando surgirá, nem por quanto tempo se prolongará), entende que decorre do mesmo a licitude de um penhor constituído em garantia de créditos futuros (para além dos créditos eventuais, “*nel quale il pegno è efficace del giorno dalla sua costituzione, il credito esiste e, semplicemente, non è ancora esigibile prima del verificarsi del termine*”) que resultem de uma relação jurídica pré-existente entre as partes que crie

Isto é, embora não seja admissível a constituição de um penhor em garantia de um crédito indeterminado,<sup>2645</sup> exigindo-se a menção de alguns elementos que permitam identificar a obrigação assegurada (mesmo que por remissão para outros elementos exteriores ao contrato),<sup>2646</sup> tal não significa que todo e qualquer dos elementos do negócio de garantia devam ser precisa e escrupulosamente enumerados no momento (e no documento) da constituição do penhor.

Deste modo, consegue-se uma maior elasticidade na definição do objecto do contrato – *in casu* do crédito assegurado – evitando a obrigatoriedade da sua

---

uma obrigação de fazer nascer o crédito (como sucede na abertura de crédito – cfr. art.º 1844.º do CCI - , no pagamento do preço estabelecido num contrato-promessa de compra e venda e na restituição de um dada quantia objecto de um contrato-promessa de mútuo) ou, ao menos, uma relação ou um facto do qual possa resultar o crédito (tais como a obrigação do locatário devolver o bem no termo do contrato; as obrigações *propter rem* decorrentes de relações reais; a caução prestada pelo locatário em garantia de créditos eventuais do locador; o alargamento legal da preferência pignoratícia aos juros; a constituição de uma garantia antevendo um eventual incumprimento da obrigação originária; as obrigações decorrentes de relações jurídicas duradouras – v.g. contratos de trabalho - mas ainda em execução, relativamente às prestações não executadas; o crédito do fiador contra o devedor, em sede de direito de regresso), mas não no caso de previsão genérica de um débito futuro, dependente unicamente da simples vontade das partes. Por outro lado, embora reconheça que o grau de determinação do crédito garantido, para efeitos de constituição do direito real, deverá ser menos restritivo do que o exigido para efeitos de outorga do direito de preferência (pois naquele primeiro caso não se exige a redacção de nenhum documento escrito e, por isso, admite a chamada determinação *per relationem*), bastando a identificação da relação jurídica da qual poderá brotar o crédito garantido e a determinabilidade desse crédito (a aferir de acordo com os critérios gerais de determinação do objecto dos negócios jurídicos e sem necessidade de estipular um limite máximo no momento da constituição da garantia ou até ao qual a garantia responda no futuro: todavia, “*qualora il pegno sia costituito a garanzia di un credito futuro derivante da un rapporto giuridico di durata ovvero non sia possibile predeterminare se e quando il credito potrebbe eventualmente sorgere, sarà necessario prefissare una limitazione temporale del rapporto preso in considerazione ai fini della garanzia*”, desse modo evitando a criação de um vínculo real de duração indefinida): um penhor constituído nestes termos produz efeitos desde a data da sua constituição, pelo que, mesmo antes do nascimento da obrigação garantida, “*il creditore può rivendicare il pegno dai terzi, tutelarne il possesso, impedirne la sottrazione e il deterioramento. I diritti del creditore pignoratizio non possono essere pregiudicati da atti di disposizione del debitore compiuti nell’intervallo fra l’atto di costituzione e la nascita del credito*”. Sucede, porém, que o Autor considera que estes requisitos não se encontram preenchidos relativamente às cláusulas *omnibus* (“*non solo i crediti non risultano immediatamente individuati o determinati, ma non sono nemmeno determinabili (...) mancando la condizione dell’esistenza e dell’individuazione del rapporto da cui sorgerà il credito*”) e mesmo quanto às cláusulas de extensão (na qual se alude a “*crediti che nasceranno da operazioni o rapporti di natura bancaria del tutto eventuali, che non sono assolutamente in corso e quindi esistenti al momento della costituzione del pegno*”, até por quea e numeração desses negócios “*è del tutto esemplificativa e non riproduce operazioni bancarie effettivamente in atto fra le parti*”), nem tão pouco se o penhor for constituído em garantia do saldo passivo de uma conta corrente bancária já existente entre as partes no momento da constituição da garantia (considerando que este negócio representa uma amálgama de diversas operações, “*escludendo che, in caso di concessione del pegno a garanzia genericamente del (saldo passivo di) conto corrente, ricorra la condizione (...) di un rapporto giuridico esistente (ed individuato) al momento del contratto costitutivo di pegno*”), sem prejuízo de, no caso da cláusula de extensão, o penhor se considerar validamente constituído relativamente aos créditos existentes e determinados (e mesmo quanto àqueles abrangidos por uma cláusula que crie uma garantia em benefício de todos os créditos existentes nesse momento entre as partes, uma vez que “*si potrebbe affermare che tali crediti siano determinabili in base all’atto costitutivo di pegno, sia pure con il ricorso a dati esterni*”).

<sup>2645</sup> Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 24 e 25.

<sup>2646</sup> Neste sentido, Gorla e Zanelli e Zanelli, ob. cit., pág. 6, muito embora alertem para o facto de tal prática somente ser admissível quando se traduza numa expressa individualização da relação em causa e não numa mera referência a dados extrínsecos que se possam retirar do concreto relacionamento entre as partes (apontando como exemplo deste segundo caso a remissão para uma relação de conta corrente bancária). Limitando a possibilidade de recorrer a dados exteriores ao contrato, quando se empenhem títulos de crédito, vide Carlo Rimini, ob. cit., pág. 195 e segs..

determinação absoluta ou a indicação exaustiva, bastando, pelo contrário, a sua determinabilidade.<sup>2647</sup>

Todavia, esta remissão para elementos exteriores não poderá ser indiscriminada, de modo a que a identificação do crédito garantido resulte exclusivamente desses dados extrínsecos, devendo, ao invés, o contrato conter os critérios e indícios para a determinação do objecto negocial.<sup>2648</sup>

---

<sup>2647</sup> A própria jurisprudência adopta, pelo menos em algumas decisões (cfr. as Sentenças da Corte de Cassação de 13/4/1977 e de 12/7/1991, citadas por Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 136 e *Pegno cit.*, pág. 691, respectivamente), este entendimento, afirmando, na primeira das mencionadas pronúncias, que “*perché il credito garantito possa ritenersi sufficientemente indicato non occorre che esso venga specificato, nella scrittura costitutiva del pegno, in tutti i suoi estremi soggettivi e oggettivi, bastando, a tal fine, che la scrittura medesima contenga elementi idonei a consentirne l’identificazione*”. Todavia, tal orientação está longe de ser unânime, conforme se alcança, por exemplo, da decisão do Tribunal de Torino de 10/7/1990, citada por Gabrielli, *Pegno*, in *Rivista di Diritto Civile*, n.º 39 (1993), págs. 689 e 690 (na qual se exclui a possibilidade de uma determinabilidade *per relationem*, invocando que o art.º 2787.º do CCI, enquanto norma especial, prevalece sobre o art.º 1346.º do mesmo Código). Em face do direito espanhol, Mejias Gomez, *La prenda cit.*, pág. 117, depois se salientar a licitude de constituição de penhor para assegurar obrigações futuras, condicionais, admite igualmente que aquela garantia tutele créditos de montante indeterminado, desde que, em qualquer dos casos, “*sus elementos se encuentren perfectamente determinados, minetra no cabe una prenda por créditos actuales, pero indeterminados*” (embora o Autor esclareça que não se pode constituir o direito real de garantia antes do nascimento do crédito assegurado, dependendo aquele do surgimento deste e funcionando como condição suspensiva, ficando o penhor em estado latente até ao nascimento da obrigação): em suma, o Autor preconiza que o penhor *omnibus* será válido “*siempre que la obligación asegurada resulte claramente determinable en función de la prenda, y se encuentre dentro del límite de responsabilidad fijado al constituirla*” (ou seja, será imperioso fixar um tecto máximo até ao qual a garantia responderá), apelando, para o efeito, à chamada determinação *per relationem*. Por seu turno Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 40 e segs., defende que “*ab initio se requiere un cierto grado de concreción sobre lo que es materia del contrato y, por lo tanto, del vínculo jurídico. En efecto, de la propia noción de determinabilidad deriva la necesaria concurrencia al celebrarse el contrato de los criterios que conducen a la necesaria y definitiva determinación, sin necesidad de nuevo convenio inter partes. No podemos abogar por un grado de indeterminación extremo, sino más bien relativizado hasta un tope máximo que funcione como límite permisible para garantizar una obligación a la que queda afecta la garantía, y siempre desde la base de una total identificabilidad de los sujetos involucrados*”. Já Cordero Lobato, *Comentario cit.*, págs. 2142 e 2143, alude a uma interpretação restritiva, por parte da Direcção Geral dos Registos e Notariado, no sentido de exigir que as obrigações garantidas se encontrem nascidas no momento da constituição da garantia ou, quando muito, que as obrigações futuras a garantir provenham de uma relação jurídica existente no momento da constituição da garantia (negando, ainda, que tal exigência seja satisfeita agrupando todas as obrigações pendentes num reconhecimento de dívida sem carácter novatório ou numa abertura de crédito com finalidade solutória, nem tão pouco vinculando os vencimentos das obrigações garantidas), posição contestada pela Autora, porquanto “*si la cláusula de globalización reúne las condiciones del artículo 1273, la existencia de una relación jurídica única no añade más determinación a la cobertura en garantía, ni ofrece mayor información a los terceros sobre el volumen garantizado que la que proviene de la expresión de una cifra máxima de responsabilidad*”.

<sup>2648</sup> Parece ser este um entendimento recorrente na jurisprudência citada por Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 136 (significando que “*non che il credito possa essere individuato sulla scorta soltanto di elementi esteriori all’atto di costituzione del pegno, ma che il credito possa essere individuato anche mediante l’ausilio di dati esteriori a tale atto*”, considerando que o mero reenvio para dados exteriores ao contrato significaria um defraudar da obrigação de identificação do crédito garantido e que, por isso, esses elementos externos deverão ser buscados no contrato, do qual deve constar a respectiva indicação (com a consequência de, quando o contrato não permita não permita essa identificação, ser o próprio crédito garantido também indeterminado) e por Francesco Caringella, *ob. cit.*, págs. 3554 e 3555 (citando a decisão da Corte de Cassação, 1.ª Secção, de 26/1/2006 - in *Diritto e giustizia*, 2006, n.º 14, pág. 36 – na qual se pode ler que para a identificação do crédito assegurado “*non occorre che esso venga specificato, nella scrittura costitutiva del pegno, in tutti i suoi elementi oggettivi, bastando che la scrittura medesima contenga elementi che comunque portino alla indentificazione del credito garantito*”, embora conclua que não se encontram preenchidos os requisitos legais “*se, per la genericità delle espressioni usate, il credito garantito possa essere individuato solo con l’ausilio di ulteriori elementi esterni, ancor più se non*

Perante este cenário, afigura-se extremamente relevante nomear os indícios que devem constar do contrato de modo a permitir a identificação, em concreto, dos dados externos aos quais cumpre recorrer para determinar o crédito.<sup>2649</sup>

Um outro caminho percorrido no sentido de flexibilizar a imposição legal de determinação do crédito garantido decorre do recurso à noção de “*operazione económica*”, fazendo apelo à respectiva unidade enquanto dimensão instrumental relativamente aos interesses prosseguidos, para admitir uma maior flexibilização da determinação do crédito garantido.<sup>2650</sup>

Todavia, estas tentativas esbarram com a exigência, imposta por alguns ordenamentos, de identificação suficiente do crédito garantido no documento constitutivo da garantia, a qual “*viene a contrastare con l’esigenza di fornire una tutela non di un credito o di crediti specifici ma di un’intera operazione economica di cui non si possono determinare inizialmente i tempi ed i modi*”.<sup>2651</sup>

Importa, pois, avaliar até que ponto esta exigência de nomeação do crédito garantido é satisfeita, especialmente nos casos em que do contrato não constem elementos que permitam a respectiva identificação em termos taxativos, apesar de não se duvidar da admissibilidade de criação de uma garantia destinada a assegurar mais do que uma única relação de crédito.<sup>2652</sup>

---

*preesistenti o almeno coevi alla formazione della scrittura*”; cita ainda, em termos análogos, o aresto do mesmo tribunal de 28/10/2005, no qual se afirma que o recurso a eventuais dados extrínsecos ao contrato de penhor “*richiede che l’atto contenga un’indice di collegamento che consenta l’individuazione dei menzionati dati*”, recusando, em conformidade, a suficiência da mera referência a uma conta corrente bancária, sem qualquer outra identificação). Mais longe ainda vai Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 208 e segs., admitindo que “*la scrittura contentente sufficiente indicazione del credito e della cosa e munita di data certa non deve necessariamente identificarsi col negozio costitutivo del pegno. Il pegno può essere stato costituito anche oralmente*”, assegurando que o documento escrito exigido pelo art.º 2787.º, n.º 3, do CCI, não constitui uma formalidade *ad substantiam* nem simplesmente *ad probationem*, mas um *tertium genus*, não sendo imposta como condição da manifestação da vontade negocial e do surgimento do contrato de penhor, pelo que “*la scrittura può non essere coeva al sorgere del negozio: il negozio nasce valido e perfetto indipendentemente dalla scrittura; solo affinché esso possa produrre certi effetti rispetto ai terzi, o a determinati terzi, serà necessaria una scrittura, coeva o successiva al negozio*”.

<sup>2649</sup> A este respeito, a jurisprudência italiana não se tem mostrado unânime, conforme se alcança de diversas decisões contraditórias indicadas por Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 137 e 138, oscilando entre posições mais liberais (por exemplo, alguns arestos consideram suficiente a indicação, no contrato constitutivo da garantia, do saldo passivo da conta corrente) e outras mais restritivas (nomeadamente negando a idoneidade da referência ao saldo final da conta corrente ou uma referência aos sujeitos da relação obrigacional garantida com um reenvio indiferenciado a qualquer crédito, presente ou futuro, entre eles ou, ainda, a mera alusão à escrituração interna das instituições de crédito). O Autor citado adere à primeira das posturas, considerando ser a mais conforme à necessidade de superar a rigidez do sistema de garantias reais e, assim, contribuir para a sua modernização.

<sup>2650</sup> Este conceito de operação económica (definida como “*una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti e le attività che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definir e la rilevanza sostanziale dell’atto di autonomia privata*” – cfr. Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 135) permite distinguir determinação de modalidades de determinação do objecto contratual, podendo a determinabilidade do objecto resultar (não apenas da determinação contratual) também da estipulação, no regulamento contratual, de modalidades de determinação do objecto, ou seja, das modalidades para a sua determinação, nomeadamente através da interpretação do próprio contrato e de elementos externos a este, desde que reconduzíveis à unidade da operação económica.

<sup>2651</sup> Nestes termos, Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 50.

<sup>2652</sup> Gabrielli, *Spossessamento cit.*, pág. 936, afirma que “*Il rigoroso rispetto della tipicità delle forme di garanzia reale non può (e in ogni caso non deve) indurre a circoscrivere la funzione di garanzia (reale) ad un singolo e particolare rapporto di credito. Al contrario, a seconda dell’interesse sostanziale che si vuole perseguire, la funzione di garanzia – proprio perché governa un’operazione economica unitaria -*

A este propósito, importa averiguar qual o grau de descrição do crédito exigido por lei, sendo certo que a própria terminologia utilizada pelos diversos Autores não é integralmente coincidente.

Alguns contrapõem a mera “*indicação*” à mais completa “*determinação*”<sup>2653</sup> (muito embora duvidando do carácter publicitário desta descrição)<sup>2654</sup>, outros falam de um critério de enumeração taxativa<sup>2655</sup> e, por último, não falta quem distinga entre “*determinação e determinabilidade*”<sup>2656</sup>.

---

*può rappresentare lo strumento mediante il quale la garanzia persista e continui nel tempo, al di là della fissità dell'oggetto sul quale il vincolo si concretizza”.*

<sup>2653</sup> Em face do direito italiano, Michele Tamponi, Sulla clausula estensiva della garanzia pignoratizia ai crediti presenti ed ai crediti futuri, in Rivista di Diritto Civile, n.º 20 (1974), II, pág. 225 e segs., sugere que o termo “*indicação*” não tem um carácter unívoco na legislação italiana (sendo utilizado com as mais diversas acepções), mas não é usado como sinónimo de *determinação*. Ora, na medida em que a lei italiana fala de documento escrito contendo “*sufficiente indicazione*” do crédito garantido (e da coisa empenhada), a “*indicação*” significa “*descrizione del medesimo; manca in essa qualsivoglia finalità di scelta: questa, vale a dire la determinazione del credito, è stata operata quando si è concluso il negozio donde il credito stesso è scaturito (...). La scrittura, di cui all'art. 2787, comma 3º, c.c., non fa che individuare, descrivere i crediti preesistenti al contratto di pegno, determinati sin dal loro sorgere, ai quali la garanzia pignoratizia dovrebbe estendersi*”, mas terá que ser suficiente, ou seja, “*indicazione bastevole, cioè idonea, ad impedire accordi fraudolenti tra creditore e debitore in danno dei terzi. È perché questo scopo venga raggiunto, la scrittura dovrà, evidentemente, indicare l'ammontare di ciascun credito, la sua natura, la fonte, la scadenza*” (muito embora o Autor admita que, tendo em conta o intuito protector de terceiros que inspira a necessidade de identificação do crédito empenhado, tal *indicação* possa resultar de outros documentos aptos à individualização das obrigações garantidas, desde que possuam data certa).

<sup>2654</sup> Michele Tamponi, ob. cit., pág. 230 e segs., embora reconhecendo que a necessidade de *indicação* suficiente do crédito tutela a posição dos demais credores do empenhante, protecção essa não totalmente alcançada pelo facto de o direito de preferência do credor pignoratício se encontrar limitado ao valor do bem empenhado (“*sia perché nulla esclude che venga data in pegno una cosa di valore notevolmente maggiore del credito garantito, sia perché, ove non fosse richiesta la sufficiente indicazione della cosa, il creditore potrebbe sostenere, a danno dei terzi e previo accordo col debitore, che le cose di proprietà di questi da lui detenute a qualunque titolo (nolo, comodato, deposito) sono a garanzia di pretesi crediti*”), realça que tal *indicação* não publicita a constituição da garantia face a terceiros, nomeadamente face aos potenciais credores do empenhante (uma vez que, por mais elementos que tal documento contenha, os demais credores apenas deles terão conhecimento no momento da execução da garantia, isto é, em data posterior à do incumprimento da obrigação garantida, pois antes apenas por vontade do empenhante – e não do credor pignoratício, vinculado ao sigilo bancário, se for um banco, ou ao dever de boa fé que lhe impõe a obrigação de não lesar o direito do seu devedor se não nos limites da defesa do seu próprio direito, se for um credor particular - poderá ter acesso a tal informação), sendo o desconhecimento destes face à constituição da garantia o resultado inevitável da ausência de um sistema de publicidade legal, surgindo o desapossamento como único indício que alertará aqueles terceiros e lhes deverá aconselhar prudência.

<sup>2655</sup> É a posição de Salinas Adelantado, Il pegno cit., pág. 611 e segs.. Este Autor descarta a aplicação analógica do art.º 2852.º do CCI, correspondente à ideia de *determinação* (com base na qual o penhor de créditos futuros apenas seria válido se garantisse créditos – sem necessidade da *indicação* do montante que sirva de limite à garantia - derivados de uma relação já existente no momento da constituição da garantia, excluindo as não constituídas nessa data, mesmo que fosse previsível o seu surgimento no futuro), bem como do art.º 1346.º, que admite o recurso ao conceito mais maleável de *determinabilidade* (uma vez que o penhor pode resultar de fonte não contratual e que o critério mais restritivo do art.º 2852.º deve prevalecer, por ser específico dos direitos reais, sobre o do art.º 1346.º, previsto em termos gerais para os contratos). Em seu entender e partindo da constatação da maior rigidez do regime geral da hipoteca face ao penhor, do art.º 2852.º do CCI “*si deve trarre soltanto la regola astratta di un maggiore rigore nella determinazione del credito garantito di quello dell'art. 1346 c.c., ma non necessariamente il criterio concreto di determinazione là contenuto*”, critério esse que reside numa “*predeterminazione contrattuale, nel senso che se il credito garantito si individua attraverso tre fattori (i soggetti, il fatto giuridichi che vi da origine, e la prestazione) tutti questi elementi si possono sempre determinare prima che nasca il credito garantito, indipendentemente dal fatto che dipendano da un rapporto già esistente*”. De acordo com este critério, será necessária uma enumeração taxativa dos concretos negócios (com

Esta última distinção, permite avaliar quando é que o objecto contratual pode ser determinado ou determinável, o que implica identificar a fronteira entre as situações em que um objecto é indeterminado, mas determinável, e aquelas em que, pelo contrário, o objecto é indeterminado e indeterminável, para o que será forçoso apartar a determinação da determinabilidade<sup>2657</sup> ou, mais amplamente, a determinabilidade em sentido lato, em sentido amplo e *per relationem*.<sup>2658</sup>

---

identificação dos negócios com uma tipicidade suficiente que permita a sua fácil individualização e não através do recurso a expressões ambíguas ou genéricas) dos quais poderão nascer os futuros créditos garantidos pelo penhor, independentemente de serem ou não já existentes e sem necessidade de imposição de um limite máximo pelo qual responderá a garantia. Em face deste critério, o Autor qualifica como inválidas as cláusulas *omnibus* e de extensão (assim como aquelas em que se disponha que o penhor garante o saldo resultante de uma conta corrente bancária), alegando que nestas apenas se identificam os sujeitos das obrigações garantidas.

<sup>2656</sup> Rubino, *Determinatezza* cit., pág. 473 e segs., expondo que um crédito será determinado quando sejam individualizados os sujeitos, o facto jurídico que lhe dá origem e a prestação; pelo contrário, será determinável mesmo quando apenas conste a indicação de um deles (admitindo que “*il grado di determinabilità è maggiore o minore a seconda che siano già determinati due su tre di questi fattori*” e que a determinabilidade de um determinado elemento, em geral, significa que este “*pur non essendo questo ancora determinato, sono tuttavia già certi e determinati i criteri, i punti di riferimento, che a loro volta ne produrranno in seguito la determinazione*”): se assim é, bastaria a simples indicação dos sujeitos do crédito garantido. Todavia, o Autor reconhece que, por vezes, a ordem jurídica prescinde desta equivalência entre determinação e mera determinabilidade, exigindo nalguns casos a determinação e noutros uma determinabilidade qualificada: ora, é o que sucede com o art.º 2787.º, n.º 3, do CCI, que exige, como condição da atribuição do direito de preferência, uma suficiente indicação do crédito (embora assegure que a este entendimento se poderá objectar que a suficiente indicação do crédito se destina também à protecção de terceiros adquirentes do bem empenhado e a estes o penhor será oponível mesmo quando não haja suficiente indicação do crédito, pelo que deverá ser sempre exigível a indicação do crédito mesmo para o surgimento dos demais efeitos do penhor, além da preferência). De acordo com este Autor, tal norma impõe a identificação (no sentido de determinação) dos sujeitos e do facto jurídico de onde emana o aludido crédito (afirmando, quanto a este último aspecto, que “*la costituzione del pegno è valida se fatta genericamente per tutti i singoli crediti derivanti da un rapporto complesso, già esistente o da più rapporti complessi già esistenti, se quest’ultimo o quest’ultimi siano determinati, specificamente indicati, nel negozio di pegno*”), mas contenta-se com a simples determinabilidade, embora qualificada, da prestação garantida (no caso das prestações pecuniárias, o montante da soma, de modo a que os outros dois factores – sujeitos e facto jurídico – “*siano propriamente determinati e non semplicemente determinabili: in tal caso, se il terzo fattore, cioè l’ammontare della somma, rimane ancora determinabile, l’intero credito garantito, a sua volta, non è ancora determinato, ma presenta un grado di determinabilità ben più approssimato di quello che avrebbe, ad es., se fossero determinati solo i soggetti*”). Em termos aproximados, Giancarlo Laurini, *Sulla clausula di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminabili*, in BBTC, 1967, II ob. cit., pág. 431 (escrevendo que “*non è necessario che il credito sia determinato, oltre che nei soggetti e nel titolo, anche nel suo preciso ammontare, in quanto quest’ultimo è richiesto soltanto per l’ipoteca (...). Per il pegno, infatti si esige, è vero, un grado di determinabilità maggiore di quello ordinario, ma questo maggior grado consiste nel fatto che tanto i soggetti quanto il fatto giuridico che ha dato origine al credito siano propriamente determinati e non semplicemente determinabili*”). O fundamento desta determinabilidade qualificada reside, segundo Rubino, ult. ob. e loc. cit., na protecção dos terceiros (principalmente os demais credores do empenhante), os quais, mesmo sabendo da inexistência de um regime de publicidade legal do penhor (ao invés do que sucede com a hipoteca, cujo registo deve conter a indicação do crédito garantido), poderão pretender informar-se acerca do montante do crédito e, por isso, “*qualora il negozio di pegno si limitasse a fare riferimento genericamente a tutti i crediti verso quel debitore, gli altri possibili futuri creditori troverebbero, nell’informarsi del numero e della natura di questi crediti difficoltà*”.

<sup>2657</sup> Cfr. Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 153 e segs.. Segundo este Autor, a determinação não impõe aos contraentes o dever de definição de todos os aspectos que integram o objecto contratual, mas essencialmente do conteúdo do mesmo, muito embora ressalve tal definição deve subsistir no momento da eficácia do negócio (e não apenas no momento da sua constituição), pois a determinação do objecto negocial é imposta por lei como condição de produção dos respectivos efeitos. Assim sendo, a determinação “*può pertanto essere in concreto soddisfata mediante il rinvio alle stesse vicende attraverso le quali l’operazione economica si svolge ed attua, tenendo altresì conto degli elementi di cui si compone,*

Seja como for e apesar de o crédito garantido não ser o objecto do penhor, mas unicamente o seu pressuposto, não é menos verdade ser forçosa a identificação, no momento da constituição da garantia, pelo menos dos contornos essenciais da relação ou relações jurídicas de onde poderão brotar aqueles créditos.<sup>2659</sup>

---

*della realtà sulla quale è destinata ad incidere e delle finalità pratiche che proprone realizzare*”, ou seja, “*nell’unità dell’operazione, e quindi nella loro dimensione strumentale rispetto all’assetto di interessi che l’operazione vuole realizzare*”. Relativamente à determinabilidade, a determinação apresenta implica uma maior completude, de modo que o objecto se encontra determinado quando, no contrato, as partes tenham fornecido uma descrição suficiente que permita a sua identificação (enquanto na simples determinabilidade, embora falte tal descrição, as partes indiquem os instrumentos e as fontes para alcançar tal identificação).

<sup>2658</sup> Encontramos esta distinção em Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 158 e segs. (já Piscitello, *Le garanzie* cit., pág. 93, nota 127, define a determinabilidade *per relationem* como aquela em que “*l’oggetto del contratto viene determinato facendo riferimento ad atti che di per sé realizzano una funzione diversa*”). Estaremos perante uma determinabilidade em sentido amplo o objecto não se encontra determinado no contrato, mas são indicados ou identificáveis os critérios para fixação das modalidades e/ou quantidades das prestações (exigindo-se apenas uma operação de cálculo e especificação no momento da execução do contrato). Pelo contrário, fala-se de determinabilidade em sentido estrito quando, no contrato, estejam previstos os critérios para alcançar a determinação (sendo que o resultado da utilização destes critérios não modifica o conteúdo do contrato). É sobretudo a respeito da determinabilidade em sentido estrito que se suscitam dúvidas acerca da sua compatibilidade com a exigência de determinação do objecto do contrato, embora o Autor assumia uma posição de grande flexibilidade, socorrendo-se – a propósito das cláusulas *omnibus* - do conceito de operação económica, escrevendo que esta “*postula una maggiore elasticità nella definizione degli elementi di cui si compone, proprio perché alcuni di essi – e fra questi l’oggetto in particolare – non necessitano di essere inizialmente determinati pienamente nei punti essenziali*”. Finalmente, na determinabilidade *per relationem*, o objecto do contrato é determinado por remissão para outros actos (das partes ou de terceiros) que, por si só, não tenham uma função de identificação do contrato, apesar de ressaltar que, do ponto de vista cronológico, tal *relatio* deverá ser contemporânea ao contrato (nesta conformidade, apenas admite, relativamente às cláusulas *omnibus*, que este método de determinabilidade possa funcionar para a identificação dos bens já detidos, no momento da constituição da garantia, por parte do credor, mas não para aqueles que, sucessivamente, venham a estar). Usa igualmente esta terminologia Piscitello, *Le garanzie* cit., pág. 93 e segs., comungando das noções de determinabilidade em sentido amplo e em sentido estrito, afirma que “*l’oggetto è da ritenersi determinato anche quando al momento della perfezione del negozio non è compiutamente descritto, ma sono indicate esclusivamente le tecniche per la determinazione dello stesso, sicché l’individuazione si risolve in un’operazione di applicazione di criteri già previsti dalle parti. In particolare, nei casi in cui la determinazione dell’oggetto non richiede un’attività discrezionale ci si limita a specificare precetti già contenuti nell’accordo tra le parti senza realizzare una forma di integrazione successiva dell’atto*” (embora salientando que os indícios de determinabilidade variam em função de cada uma das *fattispecie*).

<sup>2659</sup> Realça este aspecto, Francesco Magni, *ob. cit.*, págs. 369 e 370, expondo que “*il credito è sufficientemente indicato se risultano (dalla costituzione del pegno) i soggetti del rapporto e il rapporto, non essendo, invece, necessario individuare la prestazione (ad es. L’ammontare del credito) né sufficiente la mera indicazione dei soggetti*”, concluindo pela nulidade (ou, pelo menos, pela inoponibilidade) das cláusulas *omnibus* “*perché i crediti vengono indicati univamente attraverso un generico riferimento ai soggetti e a qualsiasi credito che li riguardi, senza alcun cenno ai rapporti dai quali scaturiscono*”. O Autor repudia entendimentos mais permissivos (que afirmam a validade das cláusulas *omnibus* – pelo menos no que respeita aos créditos já surgidos no momento da constituição da garantia e genericamente mencionados nesse momento – baseando-se, por um lado, no facto de a suficiente indicação poder resultar de outros documentos estranhos ao contrato de penhor que possuam data anterior à constituição da garantia e, por outro, na inexistência de um sistema de publicidade legal no penhor, da qual resulta que os terceiros credores, mesmo quando o acto constitutivo do penhor contenha a suficiente indicação do crédito garantido, não terão acesso a tal informação, sendo a tutela daqueles credores assegurada, essencialmente, através do desapossamento), contrapondo que tal entendimento choca com o carácter acessório da garantia e consequente necessidade de uma ligação funcional e estrutural entre crédito e garantia. Menos rígido mostra-se Andrea Magazzù, *L’accessorietà* cit., pág. 453 e segs., alegando ser legítima a dúvida quanto ao carácter essencial do crédito assegurado no instituto do penhor, especialmente tendo em conta a autonomia estrutural deste em relação àquele, para além de



A observância da necessidade de determinação dos créditos garantidos pelo penhor é imposta, entre nós, pelo princípio geral contido no art.º 280.º, n.º 1, parte final (ao declarar como nulos os negócios cujo objecto seja indeterminável), limitando-se o n.º 3 do art.º 666.º a consentir, a respeito do penhor, que esta garantia possa garantir obrigações futuras ou condicionais.<sup>2660</sup>

Perante este quadro normativo, cumpre avaliar se a determinação imposta por lei para a generalidade dos negócios jurídicos vigorará também para as obrigações asseguradas por penhor ou, ao invés, existirão critérios específicos para estas últimas.<sup>2661</sup>

Em alguns ordenamentos, como o italiano, em que as normas privativas do penhor se afastam, ao menos aparentemente, dos ditames gerais (cfr. art.º 1346.º do CCI) em matéria de determinação do objecto dos negócios jurídicos (cfr. art.º 2787.º, n.º 3,<sup>2662</sup> do CCI), parece justificar-se a segunda alternativa proposta, requerendo a lei uma identificação qualificada para as obrigações garantidas por penhor.<sup>2663</sup>

---

*“l’ammissibilità della efficace costituzione di garanzia per un credito eventuale, esclude l’utilità dello schema del negozio anticipato em conseguentemente, induce a ritenere che il credito garantito non è elemento essenziale della fattispecie del pegno”*, concluindo apenas fazer sentido falar de uma relação funcional ou teleológica entre o negócio constitutivo do penhor e o crédito garantido, recorrendo para o efeito à causa do negócio jurídico de penhor – entendida como o desejo do credor na obtenção de um reforço da probabilidade de cobrança do seu crédito – de modo a que *“la causa del negozio di garanzia implica che il programma di interessi, che si ripercuote sulle situazioni effettuali tipiche, si pone in funzione del programma di interessi disposto col negozio (che si dice) principale”*, pelo que *“i termini di c.d. rapporto di accessorio sono immanenti alla causa del negozio di garanzia”*.

<sup>2660</sup> Com efeito, este preceito não estabelece regras que se afastem do princípio geral – contido no art.º 280.º - relativo à determinação das obrigações e dos negócios jurídicos em geral, pelo que estas permanecem perfeitamente invocáveis nesta sede.

<sup>2661</sup> No primeiro sentido, aparentemente, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 291, salientando que, no caso de obrigações presentes, ainda que não indicadas, existe um critério para as determinar. Pelo contrário, quando se trate de obrigações futuras, *“terá que se estabelecer um critério que permita saber quais as obrigações garantidas e quais não o são, sob pena de nulidade (art.º 280.º)”* ou, noutros termos, um critério *“que permita(m) ao autor do penhor omnibus estimar, nesse momento, os créditos que o bem dado em penhor poderá assegurar, ou então que possa controlar a constituição das obrigações garantidas por esse penhor”*, apontando como critérios exemplificativos a existência de limites temporais, quantitativos (estabelecimento de um tecto máximo), indicação da fonte das obrigações garantidas, eventualmente combinando vários destes elementos.

<sup>2662</sup> Apesar de a norma em questão apenas se referir aos casos em que o crédito garantido supere €2,58 – e, portanto, parecer que aquelas obrigações de identificação não se aplicarão quando o montante for inferior - Salinas Adelantado, Il pegno cit., pág. 607, sustenta que os créditos de valor inferior ao mencionado na lei não estão dispensados da respectiva identificação, mas apenas da *“necessità di provare com scrittura la data della costituzione del pegno”*, sob pena de, dispensando a identificação dos elementos aludidos, se eliminar o princípio da especialidade, que retém comum a todas as modalidades de penhor.

<sup>2663</sup> Com efeito, o art.º 2787.º, n.º 3, do CCI, estabelece, como condição *sine qua non* para o exercício do direito de preferência por parte do credor pignoratício, a obrigação de identificação escrita do crédito assegurado e do objecto da garantia. Já o art.º 1346.º, na esteira do nosso art.º 280.º, impõe o carácter determinado ou determinável do objecto dos negócios jurídicos em geral. Perante este quadro normativo (e atenta a já aludida ausência, ao invés do nosso art.º 666.º, n.º 3, de norma específica relativa à admissibilidade de um penhor em garantia de créditos futuros ou convencionais), três são as questões levantadas pelas chamadas cláusulas *omnibus*: desde logo a própria admissibilidade de penhor em garantia de créditos futuros, os requisitos para aferir da determinação do crédito assegurado (os gerais do art.º 1346.º ou os específicos do n.º 3 do art.º 2787.º) e, caso se opte pela aplicação deste último preceito, se tais cláusulas cumprem o requisito por ele exigido da necessidade de um documento com data certa indicando o crédito garantido – colocando o problema nestes termos, Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 4 e 5, considerando que a chave para a resolução destas interrogações deve buscar-se na tutela dos demais credores, nomeadamente considerando o perigo que advém da possibilidade de este tipo de cláusulas lhes ser oposto. Para Gabrielli, Il pegno cit., págs. 133 a 138, a relação entre os art.ºs 1346.º e 2787.º, n.º 3,

Nestes ordenamentos e uma vez que a redacção do documento escrito contendo suficiente indicação do crédito garantido (e do bem empenhado) constitui requisito insubstituível para o nascimento do direito de preferência, há que equacionar se o não preenchimento daquela exigência legal não condiciona o próprio nascimento do direito real de penhor, porquanto será questionável a viabilidade da constituição de um direito real de garantia desprovido de prelação.<sup>2664</sup>

---

pressupõe o esclarecimento da dúvida acerca do significado da expressão “suficiente indicação” contida neste segundo preceito e do seu confronto com a expressões “determinação e determinabilidade” utilizadas pela segunda norma mencionada (para além de, acessoriamente, se dever indagar se a suficiente indicação assumirá o mesmo significado relativamente aos créditos garantidos e aos bens dados em garantia). Uma vez que ao inciso “suficiente indicação” não pode ser atribuído um significado unívoco (tendo em conta o seu uso, pelo legislador, em diversos contextos e com diversos intuitos), o Autor conclui pela necessidade de recorrer à interpretação de autónoma de cada uma das normas citadas, atendendo especialmente à sua *ratio legis*. Nesta conformidade, conclui que o art.º 2787.º, n.º 3, apenas respeita à oponibilidade do direito de preferência do penhor em caso de conflito com os demais credores do concedente da garantia (mais concretamente, protegendo estes últimos contra as potenciais fraudes entre o credor e o devedor) e não à validade *inter partes* do negócio de constituição da garantia (para cuja avaliação seria, por isso, mister recorrer ao art.º 1346.º), daqui resultando que a primeira norma se coloca numa posição de especialidade relativamente à primeira, com o intuito de conceder uma protecção acrescida aos credores do concedente da garantia (contudo, de acordo com o mesmo Autor, o cumprimento do exigido por ambos os preceitos obtém-se mediante a descrição, no contrato, das modalidades para a sua determinação e conseqüente identificação, fazendo apelo à noção de “operação económica” e à respectiva unidade). Já Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 89 e segs., nega que o art.º 2787.º, n.º 3, derogue, para o penhor e em termos restritivos, o disposto no art.º 1346.º para a generalidade dos negócios, distinguindo entre a determinação (caracterizada pela sua completude, sendo o objecto do negócio identificado sem recurso a qualquer elemento externo) e a mera indicação (na qual no negócio é previsto um mecanismo de identificação que remete para uma fonte exterior): o cerne da questão passa por definir, sobretudo neste último caso, qual o conteúdo mínimo que o documento constitutivo deve conter no que respeita à definição do objecto do negócio.

<sup>2664</sup> Neste sentido, Giovanni Stella, *ob. cit.*, pág. 59 e segs.. Como bem nota este Autor, a questão entronca numa outra, qual seja a de averiguar se um penhor desprovido do direito de preferência terá dignidade de direito real de garantia ou se, pelo contrário, o penhor se identifica com o direito de preferência. Depois de afastar outras duas posições (uma identificando o conteúdo do penhor com o direito de preferência e outra, mais moderada, reconhecendo no direito de preferência o efeito principal do penhor e, embora admitindo um penhor amputado da preferência, entende que o mesmo não assume grande interesse prático), o Autor não considera o direito de preferência como um efeito essencial do penhor “*potendo sussistere, appunto, un diritto reale di pegno senza prelazione: in tale caso, mancherebbe soltanto uno dei possibili effetti del diritto reale di pegno*”. De entre os efeitos que o penhor sem prelação pode produzir o Autor destaca a oponibilidade do direito aos terceiros sub-adquirentes e, quando o credor obtenha a posse da coisa e esteja de boa fé, mesmo ao proprietário do bem no caso de o penhor ter sido constituído por terceiro (na medida em que a ausência de prelação apenas condiciona a oponibilidade aos terceiros credores do empenhante), o direito exclusivo a possuir a coisa recebida em penhor (para defesa do qual pode socorrer-se das acções de reintegração e manutenção da posse, bem como da acção de reivindicação), o direito de retenção do bem empenhado (cujo fito principal é o de coagir o devedor a cumprir e que, na opinião do Autor, é oponível a qualquer terceiro, permitindo ao credor recusar as pretensões destes), o dever de conservação da coisa empenhada (que constitui, simultaneamente, um direito, permitindo ao credor manter o valor do bem em vista de uma futura eventual execução), o direito a apropriar-se dos frutos da coisa onerada, o direito do credor pignoratício, em sede de execução da garantia fazer vender a coisa objecto do seu direito (sendo que, se for o único credor, em nada é afectado pela ausência de preferência) ou de requerer a sua venda antecipada e, finalmente, o regime do penhor tácito (art.º 2794.º, n.º 2, do CCI, embora o Autor reconheça que, na opinião de alguns, não se trata propriamente de um penhor, porquanto o direito não será oponível a outros terceiros, como os sub-adquirentes ou o proprietário do bem). Em suma, conclui que, mesmo na ausência de preferência, o penhor constitui um direito real (pois impõe a terceiros, excepto aos credores concorrentes, um dever geral de abstenção de actos que possam prejudicar a consistência do direito do credor pignoratício) de garantia (protegendo o bem empenhado em vista do processo de execução, ou seja, “*garantiscono al creditore medesimo che su quel bene egli potrà certamente soddisfarsi, a seconda dei casi, integralmente o per una parte proporzionale, in caso di concorso con altri creditori*”).

Na ordem jurídica nacional e não se encontrando o contrato de penhor, salvo casos excepcionais, sujeito a forma escrita (nem sendo, *a fortiori*, imposta especificamente para este negócio a menção, entre outras, do crédito garantido no documento de constituição da garantia), parece que o critério a adoptar não poderá deixar de ser o previsto, em termos genéricos, no art.º 280.º.

Porém, esta não exigência de redução a escrito do contrato de penhor poderá comprometer a necessidade de identificação do crédito assegurado pela garantia – assim como do objecto onerado –, porquanto a liberdade de forma consente uma ausência de demonstração do cumprimento daquela imposição legal.

Este é, aliás, um argumento adicional que depõe a favor da posição, por nós sustentada,<sup>2665</sup> pugnando pela sujeição a forma escrita do contrato de penhor.

Com efeito, se assim não for, a questão da determinação do crédito garantido – e do objecto da garantia – não obterá uma resposta satisfatória (mesmo quando, adoptando uma perspectiva mais tolerante, se admita, para preenchimento do conceito legal de determinação, o recurso a elementos alheios ao negócio de constituição da garantia: com efeito e como vimos, mesmo esta não pode abdicar de uma mínima indicação contratual), constituindo a ausência de suporte escrito uma porta aberta para o defraudar da exigência de determinação do objecto dos negócios jurídicos (art.º 280.º, n.º 1, última parte).<sup>2666</sup>

As conclusões poderão ser, no entanto, diversas considerando a natureza acessória da garantia face à obrigação cujo cumprimento visa assegurar, uma vez que, em regra, a concessão daquela constará do mesmo negócio jurídico de criação desta: ora, se tal vínculo se encontrar sujeito a forma escrita (é o que sucede, por exemplo, com o mútuo civil,<sup>2667</sup> quando a quantia a mutuar for superior a €2500 – cfr. art.º 1143.º), o mesmo sucederá com a cláusula respeitante à garantia, destarte obviando aos inconvenientes, do ponto de vista da determinação do objecto, da não redução a escrito.

Os problemas de determinação do objecto do contrato de penhor colocam-se, com especial ênfase, a respeito do crédito garantido, sobretudo a propósito de cláusulas (chamadas *omnibus*) principalmente utilizadas na *praxis* bancária, que se socorrem da mesma garantia para assegurar a generalidade das relações entre o cliente e a banca, proporcionando uma adequação automática da garantia à contínua variação do valor do débito do primeiro daqueles sujeitos.<sup>2668</sup>

---

*chirografari*”, conferindo ao credor um “*quid pluris rispetto alla garanzia genérica patrimoniale, tale da giustificare la qualificazione in termini molto vicini ad un diritto di garanzia in senso tecnico*”).

<sup>2665</sup> Vide supra n.º 2.4.2.2 do Capítulo I.

<sup>2666</sup> A este respeito, Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 119 e 120, a sugeria, concordando com as soluções do direito italiano, que, para especificação do crédito, “*basta a indicação do seu montante não sendo precisa a da data, natureza ou causa vencimento dele*” e, quanto aos créditos ilíquidos, “*conviria designar o montante máximo a que a garantia respeita, para segurança de terceiros*” (não bastando, neste caso, a simples indicação do montante garantido, “*pois esta não é bastante para terceiros poderem identificar o crédito e fazerem ideia da sua eficácia*”).

<sup>2667</sup> Pelo contrário, se o mútuo for comercial (entendendo-se como tal aquele em que o objecto mutuado se destine a qualquer acto de comércio – art.º 394.º do Código Comercial) e celebrado entre dois comerciantes, a respectiva prova pode fazer-se, independentemente do respectivo valor, por qualquer meio (art.º 396.º do Código Comercial).

<sup>2668</sup> Este *modus operandi* justifica-se pela dinâmica própria das relações entre cliente e banca e, sobretudo, do próprio funcionamento da empresa. Com efeito, se a cada nova concessão de crédito (ou a cada agravamento da situação debitória do cliente) fosse necessária a formalização de uma nova garantia, perder-se-ia a rapidez exigida por este tipo de negócios – cfr. Gabrielli, Il pegno cit., pág. 138. Por isso, Salinas Adelantado, Il pegno cit., pág. 603, entende ser necessário superar a “*visione tradizionale del codice civile che regola il pegno come una forma di garanzia per un traffico giuridico relativo ad operazioni di credito isolate*” adoptando antes “*una ottica nuova, che tiene conto dell’esistenza di*

Embora a necessidade de determinação do crédito tutelado pelo penhor se faça sentir também para os créditos já existentes no momento da constituição da garantia, é especialmente no que se refere aos créditos futuros que o problema se coloca.<sup>2669</sup>

É o que sucede quando as partes ampliam o âmbito de aplicação da garantia para além da relação obrigacional originária em vista da qual o penhor tenha sido constituído (e que usualmente é determinada na data da constituição da garantia), de modo a abranger outras eventuais relações creditícias entre as mesmas partes existentes nessa data; ou, de modo diverso, estabeleçam simplesmente que o penhor assegura todos os créditos presentes e futuros de que a banca seja ou venha a ser titular relativamente a um determinado cliente: no primeiro caso, estaremos perante cláusulas de extensão,<sup>2670</sup> no segundo deparamo-nos com cláusulas *omnibus* ou geral.<sup>2671 2672</sup>

---

*situazioni di traffico in serie*”, enquadrando-se esta perspectiva na tendência mais abrangente de superação dos esquemas legais no âmbito das garantias reais.

<sup>2669</sup> Como salienta Salinas Adelantado, *Il pegno cit.*, págs. 608 e 609, apesar de, do ponto de vista teórico, o problema da determinação do crédito garantido prescindir da distinção entre créditos presentes e futuros (não apenas porque a questão se põe relativamente a ambos, mas igualmente porque a sua resolução depende da respectiva configuração no negócio constitutivo do penhor), na prática “*non è irrilevante anche il fatto che il credito garantito sia o meno già esistente, dal momento che, usualmente i crediti meno facilmente determinabili sono quelli futuri*”.

<sup>2670</sup> Giovanni Stella, *ob. cit.*, págs. 14 e 15, define as cláusulas de extensão como aquelas em que “*il pegno, inizialmente costituito a garanzia di un determinato e specifico credito, è esteso, in modo generico, a garanzia di altri crediti eventualmente già in essere a favore della banca o che dovessero in futuro sorgere a favore della banca stessa*”.

<sup>2671</sup> Giovanni Stella, *ob. cit.*, pág. 15, apelidando também esta *fattispecie* de penhor geral, define-a como aquela em que o penhor é constituído “*direttamente ed in modo generico, per tutti i debiti futuri del concedente verso il creditore, senza neppure un iniziale riferimento ad un credito specifico e determinato*”. Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, pág. 123, dá conta da inserção destas cláusulas nas normas uniformes bancárias em matéria de antecipação bancária e de abertura de crédito garantida por penhor – ou seja, operações em que a concessão de crédito se encontra subordinada à prestação do penhor – estabelecem expressamente que os bens empenhados “*si intendono altresì costituiti a garanzia di ogni altro credito – anche se non liquido e esigibile ed anche se assistito da altra garanzia, reale o personale – già in essere o che dovesse sorgere a favore della banca verso il debitore, rappresentato da saldo passivo di conto corrente – e/o dipendente da qualunque operazione bancaria*”.

<sup>2672</sup> Adopta esta classificação, Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 367 e segs. (salientando que as principais vantagens, para o credor, decorrem de estas cláusulas lhe permitem “*disporre di una garanzia molta ampia ed efficace e, per un altro verso, a non dover ottenere nuove garanzie per ogni credito successivamente concesso*”) e, entre nós Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 291, muito embora, não raras vezes, ambas as cláusulas sejam tratadas de forma uniforme e, principalmente, em muitas ocasiões sejam incluídas sob o mesmo chapéu das cláusulas *omnibus* (em termos concordantes, Giovanni Stella, *ob. cit.*, págs. 14 a 16, realçando que muitas vezes a expressão “*pegno omnibus*” é utilizada relativamente à coisa empenhada) e Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 303, nota 972. Por outro lado, o significado atribuído no texto às cláusulas *omnibus* e de extensão não é unânime, porquanto, por exemplo, Gabrielli, *Pegno cit.*, pág. 688 e segs., apelida de cláusulas *omnibus* aqueles em que se estabelece que o credor gozará de penhor, em garantia de quaisquer créditos presente ou futuros relativamente ao empenhante, sobre todos os títulos e valores pertencentes a este último e detidos pelo credor pignoratício, considerando como cláusulas de extensão aquelas que estabelecem que os objectos originariamente empenhados em garantia de um determinado crédito, assegurarão qualquer outro crédito, presente ou futuro, do empenhador para com o credor pignoratício. Já Carla Carrassi, *ob. cit.*, pág. 312, define cláusulas *omnibus* como aquelas em que o penhor é constituído em garantia, não apenas da obrigação para garantia da qual surgiu, mas também de qualquer outro crédito, presente e futuro, que possa surgir do mesmo devedor para com o mesmo credor, independentemente do título de onde provenha e Salinas Adelantado, *Il pegno cit.*, pág. 604 e segs. (vide também in El régimen *cit.*, pág. 270, apelida de cláusulas *omnibus* aquela “*patuita nel momento della costituzione del pegno in garanzia di una concreta operazione di finanziamento, con la finalità di estendere il pegno stabilito in quel contratto a tutti gli altri rapporti (anteriori o posteriori) che il cliente possa intrattenere con la banca*” (contrapondo-as às cláusulas autónomas, por via das quais se pretende garantir “*il rapporto complessivo*”

Caso paradigmático é o do penhor concedido aos bancos em garantia de aberturas de crédito<sup>2673</sup> em conta corrente efectuadas aos respectivos clientes<sup>2674</sup> ou do

---

*cliente-banca*” e diferenciando-as daquelas que estendem o objecto da garantia a novos bens que venham a entrar na posse do credor).

<sup>2673</sup> Para uma noção desta figura, vide supra n.º 3.2 do Capítulo I.

<sup>2674</sup> O CCI contém uma norma expressa (cfr. art.º 1844.º) admitindo a constituição de penhor em garantia de uma abertura de crédito, estabelecendo que aquele não se extingue antes do termo da relação entre banca e cliente, nem mesmo pelo facto de este deixar de ser devedor daquela. Esta disposição constitui, como refere Barbara Cusato, ob. cit., pág. 46, um argumento utilizado para sustentar a admissibilidade, no ordenamento italiano, de penhores em garantia de créditos futuros, na condição de subsistir a relação principal. Já para Andrea Maggazi, ob. cit., pág. 457 e segs., a abertura de crédito (e também a antecipação bancária) pode funcionar como a relação já existente – para os efeitos do art.º 2852.º do CCI – e como primeiro elemento de uma *fattispecie* em formação, da qual poderão brotar novas relações contratuais entre as partes. Todavia, reconhece que nenhum crédito, nem sequer com objecto indeterminado, surge para o acreditante em virtude da abertura de crédito – surgindo o crédito de restituição a partir do momento em que sejam efectuadas efectivas subvenções – pelo que o fundamento jurídico do penhor em garantia de créditos eventuais residirá no depauperamento sofrido pelo património da banca, uma vez que “*l’accreditato ha, rispetto a una somma, che rimane proprietà della banca, la disponibilità, mentre la banca si trova in una situazione di indisponibilità (soggezione)*”, assim se consagrando um desvio às regras tradicionais, permitindo que o titular do penhor não seja o titular do crédito e surgindo a indissolubilidade da relação entre penhor e abertura de crédito como uma forma de assegurar “*una situazione di svantaggio in cui si trova*” a banca: assim, conclui que “*l’apertura di credito è strutturalmente idonea a consentire la realizzazione della esigenza di determinatezza, in quanto è determinato l’ammontare dell’accreditamento nei limiti del quale può sorgere un eventuale credito*”, pelo que “*il pegno stipulato a garanzia di determinate anticipazioni è efficace anche in relazione a tutti gli altri eventuali crediti dell’accreditante verso l’accreditato*”. Contra, vide a decisão do Tribunal de Apelo de Milão de 11/12/1987, in *Giurisprudenza Italiana*, com nota de Marino Perassi, In tema di pegno omnibus, in *Giurisprudenza Italiana*, 1988, Tomo I, pág. 487 e segs., salientando que “*l’inserimento della operazione garantita direttamente dal pegno, vale a dire l’apertura del credito, nella regolamentazione in conto corrente dei rapporti fra l’istituto e la società, può valere ad estendere al dal conto la prelazione; il saldo medesimo può infatti risultare dai titoli più disparati, anche estranei a quelli garantiti*”, recusando que a mera referência à conta corrente seja idónea à identificação do crédito garantido, uma vez que “*vengano regolamentati tramite il conto corrente di corrispondenza tutti i rapporti fra banca e correntista, non da ultimo quello di apertura di credito, a garanzia del quale si costituiscono frequentemente in pegno determinati beni o titoli (...) fa solo di contenitore di tutti i rapporti intercorrenti fra le due soggetti; perciò il richiamo finisce per rifarsi solo al creditore ed al debitore, unici elementi sicuri, senza che il contenuto del loro vincolo posseda i requisiti di determinatezza che sono necessari affinché si possa costruire un pegno a garanzia di un debito futuro o condizionale. L’oggetto del rapporto obbligatorio viene ad essere meramente determinabile dalla volontà dei soggetti nel corso della durata del contratto di conto corrente*” (reforçando o Autor citado que, fora do âmbito de aplicação desta norma do art.º 1844.º do CCI, “*non sembra si possa ammettere la costituzione di un pegno a garanzia di rapporti che non siano individuabili con (...) le parti ed il rapporto, tenendo anche conto che il pegno rappresenta un diritto reale, regolato da norme inderrogabili e sottoposto ad un principio di tipicità, sia per le forme di costituzione, che per il contenuto del diritto medesimo*”). De acordo com Piscitello, *Le garanzie cit.*, págs. 14 e 15, nota 25, não pode considerar-se existir uma suficiente indicação do crédito garantido quando exista apenas “*il rinvio al saldo del rapporto di conto corrente bancario. Il conto corrente bancario è un rapporto al quale si affiancano operazioni di diverso tipo e non consente di per sé alcuna determinazione dell’importo del credito (...) È quindi necessario che vi sia un’espressa individuazione del rapporto da cui può sorgere il credito con diritto di prelazione*” (concluindo, por isso, que nem todas as hipóteses de identificação do crédito garantido se podem reputar legítimas). Já para Giovanni Stella, ob. cit., pág. 192 e segs., não bastará a simples referência à conta corrente bancária ou ao respectivo saldo (mesmo que esta seja expressamente identificada através do seu número e ainda que seja pré-fixado um montante máximo pelo qual o bem empenhado responderá), uma vez que no contrato de conta corrente bancário “*confluirebbe una serie del tutto eterogenea di rapporti attivi e passivi, soffetti per di più al principio della compensabilità, i quali al momento della costituzione del pegno non possono dirsi né sufficientemente individuati, né talvolta determinabili*”, excepto se “*le parti costituiscono il pegno – con scrittura di data certa – a garanzia del saldo passivo di una specifica apertura di credito in conto corrente (e di questo siano indicati gli estremi nella scrittura di pegno o in altro documento chiaramente riferibile alla garanzia)*”, muito embora

respectivo saldo<sup>2675</sup> ou, em geral, de empréstimos garantidos por penhor: uma das modalidades mais usuais é concessão destes empréstimos bancários garantidos por penhor de títulos ou mercadorias, contrato este designado por antecipação bancária (negócio este que, entre nós,<sup>2676</sup> se encontra regulado no Decreto-Lei n.º 365/99, de 17

---

reconheça que alguma jurisprudência legitima outras fattispecie (nomeadamente quando, mesmo sem uma referência expressa à abertura de crédito, o documento de constituição de penhor indique como crédito garantido o que vier a ser utilizado – relativamente a uma determinada conta - até um determinado montante ou, por outro lado, a concessão de uma linha de crédito relacionada com uma específica conta corrente e, ainda, o montante utilizável através de levantamentos a descoberto, até um determinado montante, sobre uma determinada conta corrente. Mais problemática se afigura a hipótese de, no acto constitutivo da garantia, as partes fazerem referência apenas ao saldo passivo da conta bancária, da qual sejam especificados os dados e se demonstre, a posteriori, que afinal apenas “*sia intercorsa di fatto tra le parti solo una determinata apertura di credito o un'altra determinata operazione inerente a quel conto corrente specificamente indicato (e sempre che venga indicato preventivamente il “tetto” massimo dell'affidamento)*”).

<sup>2675</sup> A respeito do penhor em garantia do saldo de uma conta corrente bancária, Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 203 e segs., distingue três hipóteses: a de a garantia ser criada para assegurar um descoberto bancário já existente no momento da constituição da garantia (que o Autor considera lícita, sendo irrelevantes quais as operações, reguladas na conta corrente, que tenham determinado aquele saldo passivo, bastando a referência a este último, dado que “*è possibile determinare con precisione tutti i rapporti di debito indirettamente contemplati dalle parti (rapporti già esistenti, e non futuri) e così evitare il pericolo dell'impiego della garanzia a tutela di crediti diversi da quelli per cui fu pattuita*”); a de o penhor ser constituído para garantir o pagamento de uma dívida que surgirá de uma operação determinada e destinada a ser regulada em conta corrente, ou seja, casos em que a relação jurídica surja contextualmente com a criação da garantia, mas o crédito é futuro e eventual, como sucederá com a abertura de crédito e o desconto bancário (também aceite, porquanto “*il pegno può essere costituito a garanzia di un credito futuro della banca, ogniqualvolta il rapporto giuridico da cui esso potrà sorgere sia esattamente individuato*”, não sendo necessário “*che il rapporto giuridico sia già in essere: dovrebbe reputarsi sufficiente che sia esattamente determinato nei suoi elementi essenziali*”); e, finalmente, a de a garantia responder pelo futuro saldo passivo, assim compreendendo as dívidas que resultarão de todas as operações reguladas na conta corrente que o cliente vier a efectuar com o credor (cuja licitude o Autor recusa, porquanto não permite a determinação das relações jurídicas das quais poderão brotar os débitos garantidos, verificando-se apenas uma enumeração genérica daquelas relações). Entre nós, o Acórdão da Relação do Porto de 18/11/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou lícita o penhor em garantia de uma abertura de crédito, constituído para assegurar o cumprimento de todas e quaisquer responsabilidades existentes ou a existir para com um determinado Banco, até a um limite de capital fixado e dentro de um horizonte temporal de 5 anos, por entender que “*o seu objecto é perfeitamente determinado, tanto quanto ao seu montante, como quanto ao período de vigência*”.

<sup>2676</sup> Este último negócio é, em Itália, um negócio regulado na própria lei civil (cfr. art.ºs 1846.º a 1851.º do CCI). De entre estes, merece especial referência os art.ºs 1849.º e 1850.º que consagram uma equiparação entre a soma emprestada e o valor do objecto da garantia (especialmente o primeiro, que consagra o direito do mutuário retirar a parte dos bens empenhados, desde que reembolse proporcionalmente o valor que lhe havia sido entregue, acrescido das despesas de custódia). Ora bem, as cláusulas de extensão, apesar de não excluírem este direito, sujeitam-no à extinção dos débitos contraídos pelo referido sujeito perante a banca, mesmo que resultantes de relações jurídicas diversas da antecipação bancária: não surpreende, por isso, a existência de posições advogando a invalidade de tais cláusulas, uma vez que “*produce un'alterazione del rapporto tra garanzia somma anticipata, là dove estende la garanzia a somme diverse ed ulteriori rispetto a quelle propriamente “anticipate” al cliente. Risulta quindi evidente la sua estraneità allo schema dettato dal legislatore per l'anticipazione bancaria*” – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 129 (o mesmo Autor acrescenta que tal conclusão se impõe mesmo para quem defenda que a disciplina legal é derogável por vontade das partes, tendo em conta “*l'incompatibilità di una siffatta deroga con lo schema legale, in quanto verrebbe ad essere alterato l'elemento della proporzionalità tra somma “anticipata” e garanzia, tipico dell'operazione*”). Como bem salienta Giovanni Stella, ob. cit., pág. 212 e segs., o problema coloca-se, designadamente, quando o penhor, constituído simultaneamente com uma antecipação bancária, pretenda garantir também qualquer outro crédito futuro do credor para com o devedor. Na óptica deste último Autor e passando um pouco por cima das diversas teorias acerca da natureza jurídica da antecipação bancária (pelo menos quatro, uma, maioritária, considerando tratar-se de um mútuo pignoratício; outra, afirmando estarmos perante

de Dezembro – reservando a sua celebração, por parte do credor pignoratício, a determinados requisitos subjectivos - por remissão do art.º 402.º do Código Comercial).<sup>2677</sup>

Nestes casos, em especial na abertura de conta corrente, o penhor surge antes do levantamento ou disponibilização de qualquer importância por parte do cliente do banco e, por outro lado, permanece mesmo quando todos os levantamentos tenham sido efectuados e liquidados, desde que a relação entre as partes persista e possa fazer nascer um novo débito.<sup>2678</sup>

A isto acresce que, tratando-se de contratos duradouros ou de execução continuada, alguns admitem a faculdade de desvinculação do prestador da garantia, nos termos gerais em que qualquer das partes pode resolver aquela modalidade contratual, com especial ênfase nas garantias prestadas para assegurar aberturas de crédito em conta corrente.<sup>2679</sup>

---

uma espécie de abertura de crédito; uma terceira, intermédia, falando de um *tertium genus* entre o mútuo e a abertura de crédito; e uma última autonomizando este contrato de todos os outros), a resolução da questão pressupõe a distinção entre a antecipação bancária simples ou com data de vencimento fixo (em que existe uma entrega efectiva de uma soma pecuniária com obrigação de restituição na data de vencimento da obrigação ou, anteriormente, em termos análogos ao mútuo) e em conta corrente (em termos idênticos à abertura de crédito, em que é colocada à disposição do devedor uma soma - com a faculdade deste a utilizar quando queira, de uma vez ou em diversas ocasiões – devendo restituir o efectivamente usado no final do contrato: ora, esta figura apresenta inegáveis similitudes com a abertura de crédito simples): neste último caso, a constituição do penhor em simultâneo com a criação da disponibilidade de levantamento do crédito por parte do credor faz com que a garantia seja constituída directamente para assegurar um crédito meramente eventual (e, por isso, indeterminável); no primeiro caso, apenas faz sentido falar de cláusulas de extensão, mas estas enfrentam obstáculos decorrentes do regime legal da antecipação bancária (em particular ao eliminar, em favor do financiado, a relação de proporcionalidade entre o valor do crédito inicialmente concedido e dos bens onerados e, por outro lado, ao comprometer a faculdade de desvinculação atribuída ao financiado, que lhe permite reaver uma parte dos bens empenhados, contra o pagamento de uma parte proporcional do débito).

<sup>2677</sup> Neste sentido, Engrácia Antunes, ob. cit., págs. 508 e 509.

<sup>2678</sup> Cfr. Rubino, Il pegno cit., pág. 189. Joaquim Bastos, ob. cit., pág. 18, concorda que o penhor nasce a partir da data da entrega da coisa ao credor, mas os seus efeitos apenas se produzem quando o cliente utilize efectivamente o crédito, retroagindo ao momento da constituição do penhor.

<sup>2679</sup> A respeito da fiança omnibus, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 772 e segs., depois de constatar ser aquele um contrato duradouro, assinala que “*seria intolerável que o fiador tivesse de ficar necessária e perpetuamente vinculado, impedido de paralisar ex tunc o fluxo de vinculações oriundo da relação principal entre o credor e o devedor*”, em conformidade, aliás, com o reconhecimento, nos contratos duradouros por tempo indeterminado, da liberdade de denúncia, ainda que esta não haja sido expressamente prevista pelas partes (e até mesmo que o contrato a interdite). O Autor distingue, porém, consoante tenha sido estipulado um montante máximo de responsabilidade razoável e, simultaneamente, um prazo limite de vinculação do fiador igualmente razoável (caso em que a faculdade de denúncia se afigura ininvocável, “*uma vez que as partes balizaram inteiramente o risco fidejussório: o fiador sabe, ex ante, até quando e até quanto poderá ter cumprir*”) ou quando seja estabelecido um limite temporal sem fixação de um limite máximo de responsabilidade (caso em que a própria fiança poderá ser inválida, mas, sendo válida, a denúncia não será possível, porquanto não existe o risco de perpetuação do vínculo fidejussório: resta ao fiador a possibilidade de rescisão com justa causa) e, pelo contrário, as hipóteses de não estipulação de um prazo de vinculação ou da indicação de um manifestamente desproporcionado, especialmente quando associados à imposição de um tecto de responsabilidade abusivo (casos em que a invocação da denúncia encontra o seu campo de eleição). Ocorrendo a denúncia, a determinação do montante da dívida garantida deverá corresponder “*ao saldo existente à data da eficácia da denúncia, não lhe sendo oponível a ulterior prossecução da relação principal*”, embora a responsabilidade do garante possa ser aligeirada caso o saldo final da responsabilidade do devedor se venha a demonstrar ser inferior ao existente no momento da denúncia. Temos dúvidas em transpor este entendimento para o penhor, sobretudo quando o devedor for o empenhante, uma vez que o constituinte da garantia tem (ou deverá ter) é, simultaneamente parte na relação jurídica assegurada e, por outro lado, porque não havendo determinação suficiente (nos termos que a lei exige), a cláusula será nula e não produzirá qualquer efeito (não sendo, por isso, recorrer à figura da denúncia para fazer cessar os seus efeitos).

Decorre do exposto que, neste tipo de cláusulas, de extensão e *omnibus*, se entrecruzam questões diversas, quais sejam a licitude de constituição de penhor em garantia de créditos futuros e/ou condicionais, a determinabilidade do crédito cujo cumprimento se pretende assegurar (embora este último pressuposto se deva verificar mesmo relativamente a créditos já surgidos no momento da constituição da garantia)<sup>2680</sup> e, por último, a acessoriedade do penhor.<sup>2681</sup>

Em Itália, País onde a questão da determinação da obrigação assegurada com o penhor se tem suscitado amiúde, as posições da doutrina e jurisprudência não têm sido uniformes, oscilando o panorama entre o reconhecimento da validade de cláusulas análogas às acabadas de descrever, enquanto outras impõem requisitos mais apertados, nomeadamente exigindo que os créditos a garantir sejam condicionais ou a termo ou, em alternativa, possam nascer de uma relação jurídica pré-existente.<sup>2682</sup>

A jurisprudência parece orientar-se, prevalentemente, no sentido de considerar as cláusulas *omnibus* como válidas no âmbito das relações internas entre devedor e credor, mas negando a sua eficácia face a terceiros em razão da ausência de suficiente indicação do crédito garantido postulada pelo n.º 3 do art.º 2787.º do CCI,<sup>2683</sup> exigência

---

<sup>2680</sup> Salienta este aspecto Rubino, *Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno*, in BBTC, 1952, II, pág. 470 e segs..

<sup>2681</sup> Assim, Marino Perassi, ob. cit., pág. 491 e segs., acentuando que admitir a possibilidade de constituição num dado momento e da determinação do crédito garantido num momento posterior significaria esvaziar de conteúdo o requisito da acessoriedade, na medida em que no momento do surgimento da garantia não seria possível conhecer qual o crédito garantido - escrevendo que *“L’identificare i crediti garantiti dal pegno sulla semplice base dei soggetti fra cui gli stessi crediti possano nascere senza altra ulteriore indicazione, come avviene appunto nell’ipotesi di pegno omnibus, viola il principio messo in luce in apertura secondo il quale il pegno sorge a garanzia di un credito e come accessorio di questo; se tale credito ancora non esiste al momento del venire in essere del pegno, perlomeno deve già sussistere ed essere identificato il rapporto da cui il credito stesso nascerà o potrà nascere. Senza neppure definire il rapporto da cui potrà scaturire l’obbligazione garantita non può costituirsi un pegno, che altrimenti rischierebbe di non garantire nulla né al momento del suo venire in essere, né in epoca successiva; assumendo solo una certa potenzialità di garanzia futura, svincolata da ogni concreto rapporto obbligatorio”*, concluindo que *“Non è certo possibile considerare determinato un credito quando non si conosce neppure il rapporto obbligatorio da cui potrà scaturire”* - e Enrico Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 6 (notando que os dois problemas colocados pelas cláusulas *omnibus* são o de saber se a preferência pignoratícia pode abarcar outros créditos para além dos indicados no documento constitutivo do penhor - à qual a resposta é, normalmente, negativa - e, prejudicialmente em relação à primeira, se e em que termos será válida a constituição de penhor em garantia de créditos futuros e indeterminados).

<sup>2682</sup> Dá conta destas diversas posições Realmonte, *Il pegno cit.*, pág. 635, acrescentando que a adopção do entendimento mais restritivo visa equiparar, a este respeito, o penhor à hipoteca, aplicando àquele o já citado art.º 2852.º e ainda que, de acordo com esta posição, não deverá ser admitida a constituição de penhor em garantia de um saldo passivo resultante de todas as obrigações de crédito presentes e futuras entre as partes, por considerar que a conta corrente bancária não deve ser considerada uma relação jurídica (neste sentido, Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 200, por entender que a conta corrente bancária não é *“un rapporto da cui possa sorgere un credito della banca dotato di un pur vago carattere di determinabilità: è una sorta di calderone in cui vengono fatti confluire i risultati delle più svariate operazioni”*, pelo que, desse modo, se *“rischia di ridurre la determinabilità alla semplice determinatezza dei soggetti (...) lasciando del tutto generica la fonte del debito: fonte che non è il conto corrente, ma l’anticipazione, l’apertura di credito, lo sconto dei effetti, la compera dei titoli, ecc.”*, concluindo ser *“insufficiente il semplice riferimento al conto corrente ai fini della determinatezza del credito garantito, e giudicherei necessaria invece l’indicazione del negozio di credito da cui il debito del cliente potrà eventualmente sorgere”*).

<sup>2683</sup> Embora, de acordo com Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 197, a mesma jurisprudência ressalve que tal preceito *“non richiede affatto che la fonte del rapporto obbligatorio sia già esistente, ma solo - ed è cosa ben diversa - che sia determinata (o determinabile)”*, pelo que a necessidade de suficiente indicação do crédito requerida por tal norma *“non è di per sé sufficiente per negare il diritto di prelazione con riferimento ai crediti futuri, che possono nascere da rapporti che, sebbene non ancora esistenti, sono*



esta motivada precisamente pela tutela de terceiros, mormente outros credores do constituinte da garantia.<sup>2684</sup>

Também a doutrina<sup>2685</sup> parece inclinar-se, predominantemente, para a invalidade das cláusulas *omnibus*, alegando que a função de garantia se traduz no seio de uma estrutura cujo objecto não se encontra inicialmente determinado e apenas determinável

---

*comunque già determinati con precisione*” (constatação esta confirmada pelo recente regime do penhor financeiro, no qual se prevê que as obrigações garantidas podem ser obrigações futuras).

<sup>2684</sup> Algumas decisões que adoptaram este entendimento foram as da Corte de Cassação de 19/6/1972 (in Rivista di Diritto Civile, n.º 20 (1974), pág. 212 e segs.), do Tribunal de Catania de 19/5/1967 (in BBTC 1967, Tomo II, pág. 427, com nota favorável de Giancarlo Laurini, ob. cit., pág. 431 e segs., qualificando como “*invalida la clausula generica di estensione del pegno a tutti i crediti presenti e futuri vantati dal Banco di Sicilia verso il medesimo creditore*”, na medida em que “*la validità della costituzione del pegno per crediti futuri è subordinata, in ogni caso, oltre che alla loro determinabilità, anche alla dipendenza degli stessi da un rapporto giuridico già esistente*”), o Acórdão da Corte de Apelo de Turim de 12/4/1974, in BBTC 1975, Vol. II, pág. 224 e segs. (com o aplauso de Giuseppe Stolfi, In tema di pegno per crediti indeterminati, in BBTC, 1975, II, pág. 228) e, sobretudo, Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 166 e também Pegno cit., pág. 688 e segs., (assegurando que tal orientação se baseia no facto de as ditas cláusulas “*sarebbe stipulata in pregiudizio di una esigenza di ordine pubblico, come quella sancita in loro favore dall’art. 2787 c.c., diretta a tutelare gli altri creditori dal pericolo di collusioni tra creditore pignoratizio e debitore*”, na medida em que se deve excluir que “*il credito pignoratizio possa ritenersi sufficientemente indicato là dove manchi un qualsiasi riferimento al contenuto del rapporto obbligatorio garantito e ci si limiti ad enunciare esclusivamente i soggetti del rapporto medesimo, con un indeterminato rinvio ad ogni credito già in essere o che abbia in futuro a sorgere*”, dando ainda conta de inúmeras decisões judiciais neste sentido: o mesmo Autor - ob. cit., págs. 139 a 141 – reforça que a postura da jurisprudência dominante radica na necessidade de o acto de constituição de penhor, para cumprir os requisitos do art.º 2787.º, n.º 3, do CCI, conter uma indicação que consinta a identificação dos dados exteriores a que se deverá recorrer para a completa determinação do crédito garantido, o que não sucederá nas cláusulas *omnibus* dada a formulação genérica usada para identificação do crédito garantido). Já Barbara Cusato, ob. cit., pág. 43, cita diversas decisões judiciais que perfilham ambos os entendimentos, salientando, como exemplo da posição mais liberal a sentença do Tribunal de Roma de 31/7/1952, na qual se decidiu no sentido da “*validità della costituzione fatta genericamente per tutti i debiti del concedente verso quel creditore, o per un credito specificamente indicato ma con clausula genericamente estensiva a tutti i crediti del medesimo creditore*” e da posição contrária decisão do Tribunal de Turim de 11/12/1987, a qual “*esclude la validità del pegno a garanzia del saldo del conto corrente, giaché in esso potrebbe essere inserito qualche credito derivante dai titoli piú svariati, rappresentando unicamente il regolamento stabilito per il dare e l’avere tra banca e cliente*”. O mesmo panorama é traçado por Francesco Magni, ob. cit., pág. 374 e segs. (noticiando que a relutância em aceitar as cláusulas *omnibus* é comum à jurisprudência de mérito e da Corte Suprema - pese embora algumas decisões dissonantes - sustentando inclusivamente que a individualização do crédito garantido deve ser contextual do surgimento garantia e constar do respectivo documento constitutivo, podendo os elementos exteriores ao contrato servir unicamente para interpretar o respectivo conteúdo e não para o integrar) e Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 199 e segs. (emora criticando alguns arestos que, além de invalidarem as cláusulas *omnibus*, recusam a possibilidade de determinação *per relationem* do crédito garantido, facultade esta que o Autor entende não precludida por lei, na medida em que “*l’art. 2787, 3º co., c.c. non dice che il credito garantito, presente o futuro, non possa essere determinato facendo ricorso ad elementi esterni al contratto costitutivo (...). Quando il rinvio è operato a dati certi e incontrovertibili (...) non potrebbe dubitarsi che il credito, determinato per relationem, sia sufficientemente indicato fin dal momento della costituzione del diritto di garanzia*”: em suma, o que é incompatível com a aludida norma “*non è il modo indiretto di determinazione del credito consistente nel rinvio a elementi esterni, bensì il riferimento a dati equivoci o modificabili da parte del creditore, che non consentano una sicura individuazione del credito fin dal momento della costituzione della garanzia*”).

<sup>2685</sup> No direito espanhol, noticia a posição dominante da Direcção Geral dos Registos e Notariados Espanhola no sentido da rejeição das cláusulas *omnibus*, Fernández del Pozo, ob. cit., pág. 120 (embora o Autor conteste o que considera ser uma excessiva rigidez deste entendimento, apontando como exemplo a seguir o direito catalão, no qual se consente expressamente a constituição de penhor em garantia de qualquer obrigação futura, impondo apenas um tecto máximo de responsabilidade, para protecção de terceiros).

através dos desenvolvimentos sucessivos da operação, muitas vezes dependentes da discricionariedade do credor.<sup>2686</sup>

<sup>2686</sup> Nesta conformidade, Gabrielli, Il peno anomalo cit., págs. 168 a 175 assegurando que a exigência de determinação do objecto obriga a “*rendere espliciti gli esiti di un procedimento logico di determinazione – i cui termini di rilevanza sostanziale sono già compiutamente ricompresi nel regolamento – che va ben al di là di un mero rinvio a indici di determinabilità esterni al regolamento*”, como acontece no penhor omnibus e, muito em particular Giovanni Stella, ob. cit., pág. 135 e segs.. Esta Autora, depois de escalpelizar a ratio da necessidade de indicação suficiente do crédito garantido (“*evitare che una generica indicazione dell’ambito di operatività della prelazione possa essere utilizzata a posteriori per estendere l’ambito dei crediti garantiti, così che vengano a fruire della causa di prelazione anche crediti non previsti al momento della costituzione in pegno, ciò in contrasto con l’affidamento riposto dai creditori chirografari sul patrimonio debitore*”), evitando fraudes entre o credor pignoratício e o devedor, razão pela qual, mesmo na ausência do documento contendo a suficiente indicação do crédito garantido, o penhor pode ser oposto aos terceiros adquirentes da coisa e, em geral, aos proprietários da coisa diversos do devedor) e do momento em que essa exigência se deva verificar (contestando que a protecção dos demais credores do empenhante se conduza à necessidade de indicação do crédito garantido desde o momento da constituição do penhor, contrapondo que tal exigência apenas terá que ser cumprida antes da penhora ou apreensão judicial do bem por parte de outros credores – até essa data, a tutela destes é assegurada através do desapossamento, enquanto indício de vínculos pré-existentes sobre o bem - uma vez que este requisito formal constitui apenas condição de oponibilidade a terceiros credores da garantia), considera que um crédito se considera, para os efeitos legais, suficientemente determinado quando do documento escrito constem referências aos sujeitos, ao avolumar do crédito e à respectiva fonte. Ora, perante um crédito futuro e colocando de parte a menção dos sujeitos, o Autor assegura que a indicação da fonte do crédito se tem por satisfeita “*identificato il negozio in base al quale il credito potrebbe sorgere (e tale negozio deve, inoltre, essere già esistente*”, enquanto para a enumeração do montante “*in linea di principio una volta specificamente il rapporto giuridico esistente da cui potrebbe sorgere il credito, in relazione al pegno non risulta essenziale (...) la determinazione attuale ed immediata dell’ammontare del credito (...) quale limite della prelazione. La individuazione del titolo costitutivo del credito futuro rappresenta, normalmente, il criterio che consente la determinabilità dell’ammontare del credito, sia pure successivamente*” (embora distinguindo entre os casos – v.g. penhor em garantia de um contrato-promessa de mútuo – em que a natureza do crédito consente a sua indicação específica no momento da constituição do penhor, de outros em que tal não é possível – v.g. abertura de crédito: neste último caso, constituem índices seguros de determinabilidade do montante do crédito garantido a indicação de um tecto máximo pelo qual a garantia responde ou de um período de tempo dentro do qual tal crédito deverá surgir). Por outro lado, o Autor adere à tese segundo a qual a determinação do crédito garantido não terá forçosamente de constar do documento constitutivo do penhor, podendo antes resultar de documentos posteriores, “*nel senso che le indicazioni attinenti al rapporto giuridico da cui sorgerà il credito potrebbero risultare, almeno in parte, da scrittura diversa da quella di pegno, purché sia inequivoco il reciproco collegamento fra le due scritture. Quanto al concreto ammontare del credito futuro esso (...) può, in questo caso, risultare a sua volta per relationem ed a posteriori, tramite l’indicazione del rapporto giuridico-base*”, recorrendo, para este último efeito, à figura da determinabilidade per relationem, ou seja, consentindo o recurso a dados externos ao acto de constituição do penhor). Todavia, mesmo em face desta maior abertura, o Autor conclui pela não conformidade do penhor omnibus com os requisitos que condicionam a outorga do direito de preferência (pois “*consentirebbero di individuare solo i soggetti delle future obbligazioni, mentre rimanerebbe assolutamente generica, sotto il profilo oggettivo, l’individuazione del credito garantito*”). Já Francesco Magni, ob. cit., pág. 371 e segs., - depois de reconhecer a existência de entendimentos díspares, um dominante apontando no sentido da invalidade de tais cláusulas e outro, mais liberal, admitindo a sua validade (evidenciando que “*il credito garantito è all’inizio indeterminato, ma successivamente determinabile attraverso lo svolgimento concreto delle operazioni economiche tra banca e cliente*”, com o argumento que neste tipo de cláusulas, apesar de os créditos garantidos não se encontrarem inicialmente determinados, existe já uma identificação dos critérios para essa determinação, tendo em conta a operação económica e o seu desenvolvimento), conclui pela validade do penhor “*nella parte in cui viene garantito il credito derivante da un’apertura di credito, essendo individuato il rapporto giuridico da cui scaturisce il credito*”, mas não aquele constituído em garantia do saldo passivo resultante da relação de conta corrente existente entre cliente e banca (tendo em conta que através do “*generico riferimento al conto corrente non viene garantito uno o più negozi di credito bensì un contenitore (un calderone) dei risultati di svariate operazioni bancarie aventi titolo in altri negozi giuridici*”, pelo que “*il riferimento al saldo passivo, senza alcuna specifica menzione dei contratti dai quali possa sorgere un credito della*

Relativamente às cláusulas de extensão<sup>2687</sup> - na senda do reconhecimento quase unânime<sup>2688</sup> da possibilidade de constituição de penhor para garantia de créditos futuros,

---

*banca, è così assimilabile alla garanzia per tutti i crediti che dovessero sorgere tra le parti: non sono determinati né determinabili i rapporti dai quali possono scaturire i crediti e, dunque, la prelazione*). Por seu turno Marino Perassi, ob. cit., pág. 491 e segs., nega a admissibilidade das cláusulas omnibus, especialmente quando a determinação do crédito garantido surja em momento posterior ao da constituição do penhor, servindo a precisa indicação deste para “*valutare se realmente il pegno abbia ragione di esistere per la contemporanea o precedente sussistenza del credito; se così non fosse (...) la garanzia reale finirebbe per essere fine a se stessa, priva della sua funzione accessoria e quindi non avrebbe ragione di essere opposta ai creditori chirografari*”, ligando-se este requisito com o da determinabilidade do crédito garantido (e do objecto da garantia), pois para que a tutela dos demais credores nesta implícita seja alcançada será forçoso que “*l’atto contenente la determinazione stessa debba essere fornito di data certa al fine della opponibilità di tezi, altrimenti verrebbe frustrata la stessa finalità della norma in esame. Appare allora logico, pensare ad un atto unitario, che provveda alla costituzione del pegno, determinando altresì contestualmente il credito e l’oggetto del pegno stesso: ovvero a due atti distinti e contestuali, sempre che ciascun atto sia accompagnato dal requisito della certezza della data*” (e, se assim é, não parece lógico “*esigere una determinazione dell’ammontare del credito assitito da data certa, con un valore non limitato ai rapporti fra le parti, quando poi una di queste può arbitrariamente variare l’ammontare del credito stesso causando effetti che vanno al di là del mero aspetto obbligatorio sorto fra le parti contraenti, coinvolgendo la sfera dei terzi, per via della prelazione e dell’efficacia reale*”). No parecer de Lelio Barbiera, Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942, in BBTC, n.º 55 (1992), pág. 729 e segs., o entendimento prevalecente – aplicando analogicamente o art.º 2852.º do CCI - apenas admite que o penhor garanta créditos futuros e/ou condicionais se estes nascerem de uma relação jurídica já existente, considerando nulas as cláusulas que não observem esta limitação (reconhece, todavia, a existência de uma tendência mais recente no sentido de admitir que “*il collegamento del credito futuro (da garantire) con un rapporto già esistente viene inteso nel senso più lato, ritenendosi coperte dal pegno tutte le operazioni di credito, di qualsiasi natura e anche future, incluse in un rapporto di conto corrente bancario*”, muito embora não deixe de salientar as objecções que contra este entendimento mais maleável se levantam, assegurando que a conta corrente “*non costituisce un rapporto unitario ma una modalità di regolamento di molteplici rapporti*”). Finalmente Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 123, rejeita a validade das cláusulas contidas nas normas uniformes bancárias, excluindo que a determinação *per relationem* se possa efectuar “*stante il generico riferimento (qualunque) alle operazioni bancarie in essa contenuto; né la circostanza che vi sia un’elencazione di queste ultime, tendenzialmente onnicomprensiva di ogni possibile rapporto tra la banca ed il cliente, può ritenersi sufficiente all’uopo, in quanto la genericità di una siffatta previsione riconduce, in definitiva, alla sola determinazione dei soggetti del rapporto stesso*”.

<sup>2687</sup> Naturalmente, nas cláusulas de extensão o que está em causa é a validade do contrato de penhor na parte em que alarga o seu âmbito de aplicação a outros créditos não suficientemente determinado ou determinável, em nada afectando a licitude do penhor relativamente a um crédito originário que cumpra aqueles requisitos: neste sentido, Rubino, Determinatezza cit., pág. 479, Giovanni Stella, ob. cit., pág. 175 e segs. (afirmando este último que “*gli effetti del vizio possono rimanere circoscritti alla parte viziata del contratto, posto che la clausola nulla non sarebbe concepita come essenziale dai contraenti: quindi, l’inefficacia (...) non si estenderebbe automaticamente alla parte del contratto di pegno relativa al credito sufficientemente determinato, Ciò in ossequio al principio della conservazione del negozio giuridico che, nell’ipotesi di nullità parziale del medesimo, costituisce la regola (...). Inoltre, se il pegno è stato costituito a garanzia di un credito determinato, con clausola di estensione, ma ex post risulta dallo svolgimento del rapporto fra le parti che la sudetta clausola non ha in concreto operato – non essendo sorti crediti diversi da quello espressamente garantito - si potrebbe essere indotti a ritenerla non essenziale, valutandola come clausola di stile*”) e Alessandro Rizzieri, ob. cit., pág. 209 e segs. (assegurando que “*l’inefficacia della clausola omnibus non esclude la prelazione con riferimento ai crediti che siano stati comunque determinati*”).

<sup>2688</sup> Salinas Adelantado, Il pegno cit., pág. 609 e segs., coloca em dúvida este entendimento, sobretudo “*teunuto conto del principio di accessorietà, non sembra agevole ammettere che un pegno possa sorgere quando ancora non esiste il credito garantito*”, tanto mais que “*a differenza di quanto avviene per altre garanzie, non v’è nessuna norma che preveda espressamente questa possibilità*”, mas constata ser esta a posição unânime da doutrina, com base na aplicação analógica do art.º 2852.º do CCI, acabando, ele próprio, por aderir a tal perspectiva, tendo em conta que, se a hipoteca pode garantir (dentro de certas condições) créditos futuros, por maioria de razão o penhor, cujo estatuto legal é menos rígido do que o da hipoteca, também o poderá fazer (concluindo que “*quando si applichino analogicamente al pegno norme*

ainda não surgidos no momento da constituição da garantia, desde que resultantes de uma relação já existente<sup>2689</sup> - a jurisprudência dominante<sup>2690</sup> adota uma postura de maior abertura, admitindo a validade de tais cláusulas, declarando embora a sua ineficácia face a terceiros no que concerne aos créditos diversos daquele especificamente indicado no negócio de constituição do penhor, quando a relação do qual nasçam não se encontre suficientemente identificada na data do surgimento da garantia.<sup>2691</sup>

---

*stabilite per l'ipoteca, non si deve dimenticare di fare gli adattamenti resi necessari dalle peculiarità del primo, adattamenti che normalmente implicheranno una maggiore flessibilità della disciplina legale*”).

<sup>2689</sup> Dão conta deste facto, Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 123, Andrea Magazzù, L'accessorietà cit., pág. 450, Gaetano Piepoli, ob. cit., pág. 51, Rubino, Determinatezza cit., pág. 471 (negando, por não observância do art.º 2852.º do CCI, a validade de um penhor constituído em garantia de abertura de conta corrente, quando esta ocorra em momento posterior à constituição daquele), Giancarlo Laurini, ob. cit., pág. 431 (invocando, para além do art.º 2852.º do CCI, o facto de o penhor se desenrolar em duas fases distintas “*l'una (statica) sostanziale, l'altra (dinamica) processuale, l'ammettere la necessità del collegamento (funzionale) accessorio nella fase esecutiva non puo implicare, almeno logicamente, che tale necessità debba a qualunque costo ricorrere anche nella fase sostanziale*”), Giovanni Colombo, ob. cit., págs. 193 a 214 (salientando ser esta a posição quase unânime da jurisprudência), Francesco Magni, ob. cit., págs. 368 e 369, Carla Carrassi, ob. cit., pág. 312 (invocando esta igualmente o art.º 1844.º do CCI, que, em matéria de abertura de crédito, prevê a constituição de penhor em garantia de créditos ainda não surgidos) e Marino Perassi, ob. cit., págs. 489 e 490 (precisando que tal validade se encontra subordinada à determinação dos sujeitos e a relação de onde nascerão os débitos a garantir, pois, se tal não suceder, a cláusula será nula), socorrendo-se, para o efeito, da aplicação analógica do art.º 2852.º do CCI, previsto para a hipoteca. Todavia, o reconhecimento da possibilidade de o penhor assegurar este tipo de créditos não nos desobriga da averiguação dos requisitos necessários para que tais créditos possam considerar-se determinados (como salienta o último dos Autores mencionados, “*L'attualità della fonte dell'obbligazione garantita è dunque il presupposto della validità della garanzia per un credito futuro (...) mentre l'art. 2852 c.c. si limita ad individualiar ele condizioni (necessarie ma non sufficienti) di validità del pegno a garanzia di crediti futuri, l'art. 2787 c.c. impone in ogni caso (per i crediti attuali e per quelli futuri) l'individuazione del credito garantito*”). Para este efeito, será necessário normalmente (nos termos do art.º 2787.º, n.º 3, do CCI) determinar o montante do crédito, a sua natureza, fonte e data de vencimento, muito embora se aceite a possibilidade de a indicação possa ser efectuada *per relationem*, desde que exista uma expressa individualização da relação da qual eventualmente surgirá o crédito (ou seja, enumerando taxativamente os diversos negócios concretos dos quais possam surgir os créditos a garantir, mesmo que tais negócios ainda não existam no momento da constituição da garantia), não bastando, para o efeito, a simples remissão para a relação de conta correntes existente entre o cliente e a instituição bancária.

<sup>2690</sup> Carla Carrassi, ob. cit., pág. 314 e segs., constata alguma oscilação, mas salientando que a orientação dominante as considera como inválidas (ou, pelo menos, inoponíveis a terceiros), pese embora mencione uma decisão isolada admitindo, em termos amplos, a validade deste tipo de cláusulas e não sem fazer alusão a uma orientação mais ou menos consolidada admitindo tal validade em termos mais restritos, isto é, apenas “*qualora il concreto svolgimento del rapporto tra le parti e la pratica consentano una sufficiente indicazione*”, não sendo necessário especificar o crédito garantido em todos os seus elementos no documento constitutivo do penhor, bastando que deste constem os “*elementi da consentire l'individuazione del credito stesso, anche con il sussidio di dati esteriori*” (apesar de a Autora notar que “*non si comprende se questi nuovi criteri (l'ordinaria prassi e il concreto svolgimento della vicenda) al di là della loro evidente vaghezza siano da valutare sempre in funzione della volontà delle parti riprodotta nella scrittura o se con essi voglia privilegiare l'utilizzo di accordi negoziali che non risultano espressi nel documento né sono da questo desumibili*”). Em termos análogos, Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 194 e segs., realçando que ser dominante a posição defensora da simples inoponibilidade, embora constatando que “*il quadro giurisprudenziale non brilla dunque per chiarezza*”.

<sup>2691</sup> Cfr. Gabrielli, Il pegno cit., pág. 139 (assegurando ser este o entendimento dominante). Esta última exigência todavia, não é de aplicação uniforme, pois como relata Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 125 e segs., algumas decisões apontam no sentido de o art.º 2787.º, n.º 3, do CCI ser uma norma especial face ao art.º 1346.º (que estabelece os requisitos gerais dos negócios jurídicos), exigindo, por isso, uma “*determinabilidade qualificada*”, para efeitos da concessão do direito de preferência, concluindo pela ineficácia da cláusula de extensão relativamente a terceiros “*ove la clausula si limiti a far riferimento ai soggetti del rapporto obbligatorio, o richiami per relationem circostanze e dati esterni al rapporto,*

Em França, parece desenhar-se um panorama menos hostil a este tipo de cláusulas, invocando-se em seu favor o reconhecimento da licitude de um penhor constituído em garantia de obrigações condicionais, a termo ou futuras e, noutro plano, realçando como a indicação da quantia devida não é um requisito de validade de qualquer penhor, ao menos no momento da sua constituição.<sup>2692</sup>

Apesar de o penhor ser alvo de uma parca utilização no ordenamento alemão, as condições gerais dos bancos desde cedo incluíram cláusulas relativas à constituição de penhores sobre bens do empenhante – ou de terceiros – depositados junto das instituições bancárias, cláusulas essas que, por força dos limites impostos pela jurisprudência, viram a sua abrangência diminuída.<sup>2693</sup>

No direito espanhol, a legitimidade de tais pactos é defendida por alguns, com base, quer em diversos argumentos utilizados para a fiança, quer na admissibilidade, postulada pelo art.º 1861.º do CCE, de o penhor assegurar créditos futuros, ao menos desde que respeitados os requisitos gerais de determinabilidade dos negócios jurídicos.<sup>2694</sup>

---

*ovvero il saldo del conto corrente bancario*” (nalgumas decisões considera-se mesmo que a avaliação acerca da possível ineficácia da preferência deve ser efectuada por referência ao conteúdo do contrato no momento da sua celebração, não podendo ser apreciado a posteriori com base na evolução da relação garantida), enquanto outras, citadas pelo Autor (cfr. ob. cit., pág. 125, notas 37, 38 e 39), a propósito da constituição de penhores em garantia de uma abertura de crédito em conta corrente ou do saldo passivo de todas as operações de crédito incluídas numa relação de conta corrente, perfilham um critério mais elástico (argumentando que o art.º 2787.º, n.º 3, não estabelece um critério mais apertado do que o exigido para os negócios jurídicos em geral, pelo que bastará uma determinabilidade do crédito, para a qual seria possível recorrer a elementos exteriores ao negócio constitutivo do penhor, embora a Corte de Cassação tenha afirmado que o recurso a tais elementos exteriores “*richiede che la scrittura contenga un indice di collegamento che consenta l’individuazione de menzionati dati*”, o que não acontecia no caso, uma vez que no acto de constituição de penhor apenas se fazia referência a uma conta bancária sem a identificar e sem conter nenhuma informação adicional). A favor deste entendimento mais flexível (admitindo, por isso, com menor parcimónia a validade de semelhantes cláusulas) vide Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 168, asseverando que “*L’ammissibilità del pegno, rispetto ai crediti futuri, non sembra incontrare ostacoli nella misura in cui il credito sorgerà in dipendenza di un rapporto già esistente*”.

<sup>2692</sup> Dá conta deste panorama, Finez Ratón, ob. cit., pág. 200. Alude, genericamente, à admissibilidade de um penhor em garantia de créditos sob condição, a termo ou futuros, Marty, Rayanaud e Jestaz, ob. cit., págs. 51 e 52.

<sup>2693</sup> Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1488, destacam como, na senda de tais limites, o penhor deixou de abarcar dinheiro e outros valores do devedor que se encontrem em poder do banco credor, sempre que com uma finalidade diversa da operação de crédito garantida.

<sup>2694</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 103 a 108, noticia a existência de três entendimentos contrapostos quanto às obrigações futuras passíveis de ser garantidas, um admitindo que será toda a que não tenha nascido no momento da constituição da garantia (mesmo que o respectivo processo de formação ainda se não tenha iniciado, estando dependente de um acontecimento futuro), outro restringindo o conceito à pré-existência de um vínculo jurídico, do qual brotará a obrigação a garantir e, finalmente, um terceiro, intermédio, dispensando a existência de um vínculo jurídico anterior, mas impondo a verificação de determinadas circunstâncias objectivas (relativas aos sujeitos e ao montante da dívida) que consintam uma determinação da obrigação futura: o Autor adere a esta última posição, entendendo que “*será afianzable cualquier obligación futura, entendiendo por tal la que no tiene realidad, por no haber nacido, en el momento de constituirse la fianza, pero tal amplíssima posibilidad ha de armonizarse con el principio que proclama el carácter expreso de la fianza y con el requisito de la determinabilidad. Ha de entenderese, pues, que sólo la obligación futura y determinada o determinable, sin necesidad de una nueva declaración del fiador y del acreedor es susceptible de afianzamiento, lo cual exigirá, como se ha observado, que, al menos, sean conocidas las partes entre quienes la obligación principal debe surgir y, de alguna forma, esté determinado o sea determinable el límite de la garantía o de la obligación principal. Sin embargo, me parece innecesaria (...) la existencia una base de hecho de la cual pueda nacer la obligación futura, pues ésta, a mi entender, vendrá ya implícita en los requisitos anteriores*” (asseverando que esta regra geral valerá igualmente – ob. cit., pág.

Aliás, a análise das cláusulas omnibus é efectuada, em diversos ordenamentos (como o italiano,<sup>2695</sup> alemão<sup>2696</sup> e francês<sup>2697</sup>), sobretudo a propósito da fiança, o mesmo

473 - para a constituição de penhor em garantia de obrigações futuras). Já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 275 e segs., defende que o que está em causa não é a possibilidade de assegurar créditos futuros, mas sim o grau de determinação que estes devem possuir para poder ser garantidos por um penhor: se assim é, serão válidos os penhores quando “*siempre que se fijase un limite máximo cuantitativo a la responsabilidad que cubre la garantía*”, propondo o Autor que o mesmo limite se aplique aos créditos actuais, mas indeterminados. No que especificamente respeita à cláusula de extensão, o Autor reconhece a existência de posições contrárias à sua admissibilidade (por constituírem um entrave à circulação dos bens, por exonerarem o credor de qualquer risco nas operações de financiamento e por permitirem a subsistência de sociedades infra-capitalizadas), mas adere ao entendimento contrário, pois tais cláusulas “*responden a la necesidad práctica de adaptar las garantías a las características especiales del tráfico bancario, y, en concreto, al hecho de que en éste, la relación del banco con el cliente no suele limitarse a una operación aislada, sino que se articula en una multiplicidad de negocios que se desarrullan a lo largo de un periodo de tiempo relativamente largo*” (não sem reconhecer a possibilidade de abusos por parte dos bancos credores, mas entendendo que tais condutas devem ser reprimidas ao nível, não da admissibilidade, mas sim da boa fé no seu exercício: mesmo neste segundo plano, as práticas abusivas são fortemente restringidas desde que a validade das cláusulas de extensão seja limitada àquelas que estabeleçam um limite quantitativo máximo de responsabilidade e, ainda, que apenas compreendam operações resultantes do tráfico bancário usual). Por seu turno Garcia Vicente, La prenda cit., pág. 82 e segs., apesar de advertir para alguns riscos das cláusulas globais ou *omnibus* (que conduzem à necessidade de protecção dos demais credores e do próprio empenhante, para cuja tutela deverá impor-se um tecto máximo de responsabilidade pelo qual a garantia responderá), acaba por se pronunciar favorável à sua licitude, desde que cumpridos os requisitos gerais de que depende a licitude dos negócios jurídicos em geral, nomeadamente a determinação do seu objecto, ao nível dos sujeitos, do objecto, da duração temporal das obrigações a garantir, bem como do limite máximo de responsabilidade pelo qual a garantia responde (rematando que, tendo em conta a ausência de um sistema de publicidade adequado, tal figura levantará objecções adicionais quando o *quid* onerado seja um crédito) – pelo contrário, o Autor mostra maior abertura relativamente às cláusulas de extensão, especialmente quando “*ha sido pactada al tiempo de la constitución de la prenda, detallando los supuestos en que procederá y la cifra máxima de responsabilidad que soportará la prenda (...) de modo que su prioridad temporal se retrotrae al tiempo de su constitución con independencia del tiempo de su nacimiento*”. Favorável à licitude deste tipo de cláusulas se mostra também Finez Ratón, ob. cit., pág. 203 e segs., salientando como o princípio da *par conditio creditorum* - e a protecção dos demais credores do empenhante que lhe está subjacente – apenas veda a criação de causas de preferência não tipificadas na lei, “*Pero no excluye que los acreedores, en su caso los bancos, busquen la preferencia de sus créditos a través de los contratos tipificados legalmente que llevan como consecuencia tal fin*”, esclarecendo que o que pode estar em causa não é a ruptura da igualdade de tratamento entre os credores, mas antes a existência ou não de causa bastante para o efeito, questão à qual apenas se poderá dar resposta de acordo com os dados normativos de cada ordenamento: ora, no espanhol vigora a plena admissibilidade de garantia de créditos futuros – art.º 1861.º CCE – “*No sólo aquellos ya existentes al otorgarse la prenda, pero indeterminados en su cuantía, ni aquellos propiamente futuros que pueden nacer en virtud de una relación jurídica preexistente a la constitución de la prenda (...); también los que vengan simplemente condicionados a un hecho futuro, por ejemplo, las eventuales relaciones entre el banco y el cliente*”, pelo que nem sequer será forçoso limitar a responsabilidade a uma determinada quantia, alegando que tal exigência se justifica, em sede hipotecária, pelos princípios registais próprios do direito imobiliário (todavia, o Autor ressalva que, embora o credor possa exercer todos os poderes de conservação do bem onerado desde a data da constituição da garantia e sem prejuízo da plena oponibilidade da mesma a contar dessa mesma data, “*ésta sólo podrá desplegar plena eficacia desde el momento de existencia certa del crédito garantizado*”). Por último, Fernández del Pozo, ob. cit., pág. 120, relata que a orientação da Direcção Geral do Notariado aponta no sentido da validade das cláusulas de extensão.

<sup>2695</sup> Neste âmbito, Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 144 e segs., dá conta que, desde os finais dos anos 70 do século passado, a jurisprudência italiana dominante se inclina, maioritariamente, para a validade da “*fideiussione omnibus*”, sustentando que “*la determinabilità per relationem, con riferimento cioè all’oggetto delle obbligazioni via via assunte verso la banca dal debitore garantito*”, muito embora o Autor aluda a inúmeras posições doutrinais contrárias a esta admissibilidade (nomeadamente fazendo notar que, em ordem à determinação do objecto contratual, não bastará o simples reenvio para todas as obrigações a contrair pelo devedor para com aquele credor, pois tal consiste num simples “*rinvio in bianco*” (para os partidários deste entendimento, “*La determinabilità del oggetto dovrebbe piuttosto*

sucedendo ente nós,<sup>2698</sup> mas não sem que se reconheça não poderem as conclusões obtidas ser, sem mais, ser transpostas para o penhor, tendo em conta a menor extensão

---

*ricorrere nel momento in cui si presta la garanzia, dovendosi essa intendere come un giudizio di prognosi ex ante, cioè riferita alla conclusione del contratto di garanzia e non come un giudizio a posteriori, per cui essa ricorre sempre, risultando irrelevante e non significativa una determinabilità solo a posteriori*). No retrato pintado por Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 622 a 640, o advento das fianças omnibus (também apeladas de fianças gerais, genéricas ou caldeirão) deve-se ao giro bancário, tendo sido incorporado nas condições gerais da Associação de Bancos Italianos nos anos 60 do Século XX, embora a sua compatibilidade com a obrigatoriedade legal de determinação do objecto do contrato (cfr. art.ºs 1346.º e 1418.º do CCI) tenha sido questionada, sendo vislumbrável um entendimento que aponta no sentido da ilegalidade daquela garantia (em razão da violação das citadas disposições legais), um outro que admite a sua validade (para quem considere que a determinabilidade do objecto se faz *per relationem*, através da referência aos negócios futuros) e um terceiro que impõe determinadas condições para o seu reconhecimento (devendo a sua validade ser aferida caso a caso, em função da efectiva existência ou não de elementos que consintam a determinabilidade do objecto do contrato), encontrando esta divergência de opiniões eco na jurisprudência (com a Corte Suprema a pronunciar-se pela validade da fiança omnibus, ao passo que a jurisprudência de mérito optava sistematicamente pelo entendimento contrário): todavia, a questão acabou por ser resolvida pela chamada lei da transparência bancária (Lei n.º 154, de 17/2/1992, mais concretamente o seu art.º 10.º), que veio dar uma nova redacção ao art.º 1938.º do CCI, passando este a dispor que, na fiança constituída em garantia de uma obrigação futura, será forçosa a indicação do montante máximo assegurado.

<sup>2696</sup> Segundo Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 640 a 656, a uma maior permissividade da jurisprudência do BGH (que, até 1995, reconhecia com grande amplitude, a validade das fianças prestadas em garantia de obrigações futuras, mesmo que sem o estabelecimento de um tecto máximo de responsabilidade), sempre se opôs a doutrina maioritária, reclamando a imposição daquele limite: com a decisão do BGH de 18/5/1995, o tribunal alterou a sua orientação, mantendo que fiança omnibus satisfaz as exigências de determinabilidade do objecto do contrato, mas impondo “*ao lado de determinação dos créditos garantidos, uma limitação do montante da fiança*” (não sendo suficiente “*a limitação da sua responsabilidade aos créditos resultantes da relação negocial bancária*”).

<sup>2697</sup> De acordo com Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 657 a 660, a jurisprudência tem aceite, com algumas posições minoritárias em contrário, a validade das fianças omnibus, mesmo amputadas da imposição de um tecto máximo de responsabilidade (a doutrina, por seu turno, oscila entre a exigência ou a desnecessidade desta restrição).

<sup>2698</sup> Evaristo Mendes, Penhor mercantil e fiança omnibus – anotação ao Acórdão do STJ de 11/5/1993, in RDES, ano 37, n.ºs 1 a 3 (Jan. – Set. 1995), pág. 126 e segs., apresenta o seguinte quadro geral. A fiança omnibus ou geral – em que o fiador garante ilimitadamente todos os débitos que o afiançado tenha ou venha a ter para com o credor – é nula. A fiança geral por débitos existentes é válida. É igualmente admissível a fiança geral limitada no tempo e quanto ao montante, bem como o é a constituída em garantia de débitos emergentes de determinada relação de negócios existentes entre o afiançado e o credor beneficiário. Traçando um panorama exaustivo da questão desde a entrada em vigor do actual Código Civil, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 661 e segs., salienta como a não imposição legal de um limite máximo de responsabilidade assegurada pela fiança (ao contrário do sugerido por Vaz Serra) originou sérias dúvidas doutrinárias acerca das fianças genéricas, erguendo-se diversas vozes – quase todas em comentários a arestos - contra a licitude de tais garantias (desde logo, em comentário ao Acórdão do STJ de 2/11/1973, do próprio Vaz Serra – exigindo que, no momento da prestação, seja determinado o título de onde a obrigação futura poderá resultar ou, pelo menos, como tal determinação se poderá efectuar, sob pena de, assim não sendo, a fiança ser nula por violação do art.º 280.º, n.º 1, - mas também de Albino de Matos – contestando a validação, por parte do Acórdão da Relação de Coimbra de 17/3/1987, de uma fiança prestada por todas as responsabilidades que a devedora viesse a ter perante o credor, fosse qual fosse o título, contrapondo que tal fiança responsabilizava o fiador sem qualquer limitação de tempo ou de montante, bem como sem qualquer indicação quanto às fontes da responsabilidade - Menezes Cordeiro, em anotação ao Acórdão do STJ de 19/2/1991, entendendo que admitir que uma pessoa possa declarar-se fiadora por todos os débitos que terceiro tenha ou possa vir a ter é tão indeterminado como alguém se obrigar a pagar a outrem, sem limite, o que esta quiser - e Romano Martínez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 101, realçando como “*Para que a fiança de obrigações futuras seja válida torna-se necessário que estas, à data da celebração do negócio jurídico, sejam determináveis por parâmetros objectivos; ou seja, o garante deve desde início conhecer os limites da sua obrigação ou, ao menos, o critério ou critérios de fixação desses limites (...). Os critérios para apreciar os limites da obrigação variam em função das situações concretas. Elas podem passar pela descrição das operações a*

da responsabilidade que o dador do penhor assume comparativamente à do prestador da fiança.<sup>2699</sup>

*efectuar, por um especial conhecimento do fiador em relação às operações comerciais a realizar pelo afiançado e das respectivas necessidades de crédito, etc.”). Já no que concerne às posições da jurisprudência, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 665 e segs., distingue duas fases, uma primeira em que se retira da licitude da fiança prestada em garantia de obrigações futuras um reconhecimento quase ilimitado das fianças genéricas (não se debruçando, por isso, com a profundidade necessárias sobre a questão da determinabilidade do objecto da fiança) e uma segunda em que se constata a necessidade de determinabilidade do objecto da garantia (invalidando, frequentemente, as cláusulas contidas nas condições gerais utilizadas por diversos bancos), merecendo uma referência autónoma o Acórdão da Relação de Coimbra de 26/5/1998 (confirmado pelo Acórdão do STJ de 3/12/1998), no qual, sem abrir mão da exigência de determinação, considerou válida uma fiança omnibus típica, sem limites de responsabilidade ou temporais, em função da qualidade dos fiadores e da especial relação mantida com a empresa devedora principal (os fiadores eram sócios-gerentes da sociedade devedora). Quanto à posição do Autor e tendo presente a *ratio* do art.º 280.º, n.º 1 – evitar que o fiador desconheça, no momento em que presta a garantia, o âmbito da sua vinculação -, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 681 e segs., distingue entre diversas modalidades de fiança omnibus, aceitando a validade daquelas em que o fiador responde perante todas as obrigações, presentes e futuras, decorrentes das relações bancárias do devedor, mas em que a responsabilidade se encontra circunscrita a determinado bem (raciocinando por analogia com o regime do penhor omnibus prestado por terceiro, uma vez que “*tal como o dador de penhor, o fiador sabe, à partida, qual é a dimensão possível das suas perdas na relação com o credor, ele sabe exactamente o que está em jogo, pelo que é, em princípio, de afirmar a determinabilidade do objecto da fiança*”, exceptuando o caso em que o bem em questão esgote o património relevante e visível do devedor) e daquelas em que, mesmo não existindo tal limitação quanto aos bens a abranger, seja fixado um máximo de responsabilidade (dado que “*o fiador sabe de antemão qual é o limite máximo possível da sua responsabilidade, qual é o nível – o quantum – de risco. A determinabilidade está, então, em princípio, assegurada uma vez que existe um critério objectivo e limitativo*”), negando, pelo contrário, a admissibilidade de um fiança que responda, sem mais, por todas as obrigações assumidas e a assumir pelo devedor face ao credor, no âmbito da relação bancária existentes entre estes (negando que a determinação possa ser realizada unicamente *per relationem*, a menos que se pretenda “*descolorir e desvalorizar por completo este conceito, dando-lhe um mero significado formal e literal, em vez de o analisarmos à luz da complexidade dos interesses e dos valores em presença*”, e equiparando estes casos àqueles em que as partes realizam uma mera enumeração exemplificativa das operações das quais pode resultar a responsabilidade do fiador) e manifestando dúvidas quando a responsabilidade do devedor se cinge a um número limitado de operações, taxativamente enumerado, entre o credor e o devedor, como sejam aberturas de crédito ou garantias bancárias (a posição de princípio do Autor é contrária à licitude de tais cláusulas - porquanto “*o fiador não está, à data da constituição da garantia, em condições de abarcar o quantum da vinculação, uma vez que desconhece o fluxo de crédito que irá ser concedido*”, mas admitindo a respectiva validade em função de elementos adicionais, especialmente à posição do fiador face ao devedor e/ao credor, nomeadamente quando o fiador seja sócio com poderes de gestão efectiva da sociedade devedora).*

<sup>2699</sup> De facto, como salienta Evaristo Mendes, ob. cit., pág. 135, a validade do penhor omnibus deve ser encarada de modo diverso, tendo em conta que “*recaindo sobre direito ou coisa certa e determinada, ele constitui, por definição, uma garantia limitada ao valor dessa coisa ou direito. Do ponto de vista da tutela do garante, problema, porventura, mais importante será o da duração da garantia*”. Já Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 20 e 21, dá conta de decisões reconhecendo a nulidade de tais cláusulas, ao passo que outras apenas lhes reconhecem eficácia inter partes (adiantando ainda que, quanto às cláusulas de extensão, algumas reconhecem mesmo a sua validade) e que, no que especificamente respeita ao penhor de créditos, bastará “*que seja, pelo menos, determinável a extensão qualitativa (ainda que não quantitativa) da responsabilidade patrimonial assegurada pela reserva de utilidade*”. Para Joana Dias, ob. cit., pág. 136, “*Quanto ao penhor omnibus, as reservas suscitadas a propósito da fiança omnibus não têm o mesmo impacto. Ao limitarem expressamente o montante máximo que o penhor garante ou empenharem uma coisa, o dador do penhor sabe exactamente qual é a dimensão possível das suas perdas na relação com o credor, pelo que é de afirmar a determinabilidade do objecto do penhor. Do mesmo modo, e no que concerne à acessoriedade, uma vez que o penhor só pode executar-se se a dívida nasce e há incumprimento, sendo por isso irrelevante que se trate de um crédito futuro*”. Por seu turno Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 669, nota 342, aponta decisões jurisprudenciais contraditórias, umas decretando a nulidade dos penhores omnibus (cfr. Acórdão do STEJ de 11/5/1993, no qual se discutia igualmente a validade de uma fiança omnibus, facto que, na opinião do Autor, terá influenciado a decisão



Ou seja, apesar de a lei permitir a constituição de garantias em geral e de penhor em particular para assegurar o cumprimento de créditos futuros ou condicionais (cfr. n.º 3 do art.º 666.º),<sup>2700</sup> tal não pode significar a outorga de um cheque em branco às partes, sendo antes necessária a fixação de um critério objectivo destinado a permitir alcançar a determinação da prestação garantida ou a garantir (cfr. art.º 280.º, n.º 1, parte final).<sup>2701</sup>

A indeterminabilidade das obrigações asseguradas pela garantia pode, noutro plano, suscitar dúvidas de legalidade face ao regime legal das cláusulas contratuais gerais, nomeadamente quando o alargamento desmesurado das responsabilidades

---

tomada relativamente ao penhor, em termos por ele censurados, porquanto “*se impunha, porventura, a ponderação de solução diversa, atenta a natural limitação da responsabilidade do dador de penhor em função do valor do bem empenhado*”), outras reconhecendo a sua validade (cfr. Acórdão da Relação do Porto de 26/9/1989, in CJ, 1989, Tomo IV, págs. 202 a 204 – embora sem discutir a questão da determinabilidade do objecto – e do Acórdão do STJ de 8/7/1997, in BMJ n.º 469, págs. 509 a 516, no qual se reconheceu a licitude de um penhor constituído em garantia do cumprimento de todas as responsabilidades, presentes e futuras, nomeadamente as emergentes de um contrato de abertura de conta, com fundamento “*no facto de ter sido fixado um limite máximo de responsabilidade e no de haver também um balizamento temporal*”).

<sup>2700</sup> Para além dos preceitos mencionados no texto, há que referenciar ainda o art.º 499.º (que admite a prestação de coisas futura) e o art.º 115.º, n.º 1, do CIRE (que alude expressamente à possibilidade de existência de créditos futuros).

<sup>2701</sup> Cfr. Joana Dias, ob. cit., págs. 133 a 136, concluindo que tal grau de determinabilidade “*não deixa de existir no penhor omnibus prestado para todas as obrigações, actuais ou futuras, do devedor principal nascentes de certas e determinados tipos ou categorias de actividades por ele desenvolvidas, pois se refere o conteúdo que as dívidas principais podem assumir nos futuros negócios do garantido com o beneficiário da garantia*” (pelo contrário, a Autora duvida da validade das cláusulas que garantam, sem mais, todos os créditos futuros e eventuais, ainda que seja estabelecido o montante máximo que a mesma assegura, tendo em conta a necessidade de determinação da obrigação e o carácter acessório do penhor). Para Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 291 e 292, a determinação do objecto do negócio – conforme resulta da directriz genérica ditada pelo art.º 280.º – destina-se a permitir aos sujeitos do mesmo saber, com um mínimo de certeza, qual o objecto negocial, pelo que não se bastará com a mera identificação dos sujeitos ou com uma pura e simples referência ao crédito garantido, impondo-se, no mínimo, uma referência aos bens a onerar. Já segundo Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 597 e segs., a exigência de determinação do crédito garantido “*centra-se, antes de mais, no regime dos negócios jurídicos em geral, mais concretamente no que dispõem os arts. 280/1 e 400 – donde decorre a necessidade de determinação ou, pelo menos, determinabilidade da prestação - referidos, quer um quer outro, ao momento da constituição do negócio jurídico*” de garantia. Como salientam Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., págs. 98 e 99, o art.º 280.º, n.º 1, apenas comina a nulidade dos negócios de objecto indeterminável, não impedindo que “*o objecto do negócio esteja, a dada altura, indeterminado; o que não pode é ser indeterminável*”, esclarecendo que “*a prestação pode ser indeterminada, mas determinável, desde que se possa saber, no momento da constituição, qual o seu teor através de um critério para proceder à fixação do respectivo objecto*” (no que especificamente respeita à fiança, essa determinabilidade impõe “*a possibilidade de o fiador prefigurar o tipo, o montante e a medida do seu compromisso, que corresponde à obrigação do devedor principal*”), não existindo qualquer contradição entre aquela norma e o art.º 400.º do mesmo Código (uma vez que “*Só se deve por o problema da determinação da prestação com base no artigo 400.º do Código Civil, sempre que a obrigação não for nula, por força do artigo 280.º do Código Civil. Nada obsta a que, tendo o objecto do negócio ficado determinado, o tribunal proceda à determinação da prestação, nos termos do artigo 400.º do Código Civil, desde que as partes lhe tenham dado algum critério objectivo; na falta de tal critério, tendo em conta o artigo 280.º, n.º 1, do Código Civil, deverá o tribunal declarar a nulidade do negócio jurídico*”): quanto à relação de não dissonância entre o art.º 280.º, n.º 1 e o art.º 400.º, vide também Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 673 e segs. (rejeitando a tese daqueles que sustentam que a aplicação deste último preceito apenas se a obrigação em causa não fosse nula nos termos do primeiro, de modo que a determinação da prestação, por alguma das partes ou por terceiro, apenas poderia ser pactada quando houvesse um critério estabelecido para o efeito).

assumidas pelo garante conste das condições gerais utilizadas pelas instituições bancárias.<sup>2702</sup>

Em face do que foi dito, advogamos que a (in)determinação do objecto do contrato (de penhor) é, sobretudo, uma questão a resolver em sede de interpretação do mesmo, afigurando-se despropositado falar de diversos graus de determinação, uma vez que aquela exigência se encontra cumprida ou não.<sup>2703</sup>

Esta necessidade de determinação (ou, ao menos, determinabilidade) do crédito garantido impõe-se para os créditos presentes (nomeadamente quando se pretenda assegurar o cumprimento de todos os créditos existentes numa determinada data) e relativamente a créditos futuros, com ou sem limitação temporal (especialmente no caso das cláusulas *omnibus*), tanto mais que a garantia vai responder pelos créditos vigentes na data da execução e não apenas dos existentes na data da respectiva constituição.

Porém, para este efeito pode não ser bastante que a garantia assegure unicamente créditos presentes e ainda que estes sejam detalhadamente enunciados no negócio constitutivo do penhor, em particular quando este tiver sido prestado por terceiro, especialmente se este não for parte do contrato,<sup>2704</sup> assim evitando que um estranho ao negócio de garantia possa ser surpreendido por conluio entre as partes (naquele acordo).<sup>2705</sup>

---

<sup>2702</sup> A respeito da fiança, Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 692 a 697, sustenta que a invalidade destas cláusulas *omnibus* poderá advir da sua qualificação como cláusulas surpresa (cfr. art.º 8.º, alínea c), da LCCG) - porquanto alguém é chamado a prestar fiança para o cumprimento de um mútuo e, afinal, decorre dos termos do contrato que a responsabilidade possui uma amplitude significativamente superior (como sucederá “*se o formulário de fiança identifica à cabeça, em termos significativamente destacados, a operação de financiamento que constitui o Leit-motiv da prestação da fiança e vem depois, páginas ou números volvidos, a incluir a cláusula omnibus, como se de aspecto de pormenor ou secundário se tratasse*”) – ou da violação do princípio geral da boa fé (designadamente quando, para cobrir uma simples operação de crédito de montante reduzido, o bando exige a prestação de fiança por um período de tempo que extravasa a duração do mútuo).

<sup>2703</sup> Neste sentido, Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 673, impondo tal determinação que “*à data da celebração do negócio existam já – sejam logo definidos – elementos ou parâmetros para a (futura) determinação*”.

<sup>2704</sup> Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 599 e segs., salienta que o critério da actualidade dos créditos não é, de *per se*, bastante para o efeito (do mesmo modo que o não é a simples enunciação – ainda que não exemplificativa – das possíveis fontes dos créditos a garantir), uma vez que quem presta a garantia pode ser surpreendido posteriormente pela assunção de um débito que desconhecia, tornando-se, por isso, imperioso concretizar o âmbito das obrigações a garantir, em termos análogos ao que sucede com as cláusulas *omnibus* (discutindo-se se a garantia responde pelo crédito na sua configuração no momento da prestação da garantia ou no momento da respectiva execução: o Autor aceita como regra esta última alternativa, embora ressalve os casos em que, tendo sido a garantia prestada por terceiro, através de um negócio posterior entre o credor e o devedor, a obrigação garantida é reestruturada de modo a agravar a responsabilidade do terceiro garante): em face destas premissas gerais, o Autor desconfia da validade de uma cláusula nos termos da qual a garantia abarque todos os créditos do devedor existentes na data da sua constituição e independentemente da fonte de onde brotem (admitindo-a apenas se for possível constatar que o prestador da garantia conhece perfeitamente a dimensão e o montante das dívidas, assim como quando seja imposto um limite máximo de responsabilidade). A respeito da fiança, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 99, asseguram que a fiança genérica em garantia de obrigações já constituídas, ainda que condicionais e mesmo que na ausência de indicação concreta das dívidas e dos respectivos títulos de constituição, será admissível, uma vez que “*o objecto deste negócio jurídico está indeterminado, mas ele poderá concretizar-se por uma operação aritmética com base num universo determinado (as dívidas existentes à data da fiança) (...) neste caso, o objecto da fiança, tendo um parâmetro objectivo para a sua determinação, não é indeterminável (...). Em tal caso, as dívidas existem e o fiador tem o ónus de indagar acerca do montante das obrigações garantidas; o mesmo se diga das obrigações condicionais*”.

<sup>2705</sup> Para Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 679 e segs., a razão de ser da imperatividade de determinação do objecto do contrato vertida no art.º 280.º, n.º 1 e válida para a generalidade dos negócios jurídicos significa, no caso da fiança *omnibus*, impedir que o fiador fique totalmente à mercê do credor

As principais alternativas para a concretização dos créditos garantidos passam por exigir que as partes indiquem, no contrato de penhor e para além dos respectivos sujeitos, quais as obrigações garantidas (ou os concretos negócios dos quais podem resultar), qual o limite máximo pelo qual a garantia responde e/ou o período temporal durante o qual poderão surgir novos créditos tutelados pela garantia (ou, pelo menos, que estes elementos sejam inferíveis a partir dos termos acordados pelas partes).<sup>2706</sup>

Das três modalidades aventadas, a mais óbvia consistirá em estabelecer um limite máximo de responsabilidade que a mesma assegura, originando o surgimento das chamadas garantias de máximo, consagradas nalguns ordenamentos (sobretudo a respeito da hipoteca),<sup>2707</sup> mas que não lograram acolhimento pelo legislador luso.<sup>2708</sup>

Nestes casos, o penhor destina-se a assegurar o cumprimento de obrigações cujo montante definitivo ou até a própria fonte se desconheça no momento da constituição da garantia, exigindo-se, em contrapartida, que as partes fixem, nesse momento, o limite máximo pelo qual a garantia responde.<sup>2709</sup>

Todavia, a imposição desse limite não constitui uma panaceia capaz de, por si só, legitimar o recurso às garantias *omnibus*, podendo esta ser considerada ilícita, não obstante aquela restrição, quando se demonstre, em face das circunstâncias do negócio, que aquele limite é meramente formal, irrazoável ou flagrantemente desproporcionado:<sup>2710</sup> para fundamentar este juízo, far-se-á apelo ao princípio da

---

(ou das relações entre este e o devedor), antes impondo “*uma prognose que permita ao fiador saber, ex ante, até onde pode vir a responder*”, a qual não se basta com a simples determinabilidade per relationem, ainda que temperada com a circunscrição da limitação do fiador às relações bancárias entre o devedor e o credor (uma vez que “*não é sequer razoável supor que um fiador omnibus, ao subscrever uma fiança desse tipo, esteja a contar poder vir a responder por obrigações que extravasem da normal relação bancária banco-cliente (devedor): tudo o que está para além disso tem (...) carácter surpresa*”).

<sup>2706</sup> Assim, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 293, especificando que, relativamente às obrigações garantidas, será imperioso determinar quais os créditos concretamente garantidos (por exemplo, através da indicação dos débitos do empenhante para com o credor decorrentes de contratos anteriormente celebrados e eventualmente ainda em execução), não bastando uma genérica remissão para as relações entre as partes, mesmo que circunscrita às operações bancárias (o Autor entende que estas mesmas exigências valerão para as cláusulas de extensão, com a diferença que o seu incumprimento não gerará a invalidade de toda a garantia, mas apenas da cláusula de extensão, verificando-se uma redução do negócio jurídico).

<sup>2707</sup> A lei espanhola, por exemplo, conhece a figura da hipoteca de máximo, “*un tipo de hipoteca en que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios*” - Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 277 e segs., da qual o Autor retira argumentos para o reconhecimento de idêntica garantia relativamente ao penhor, definindo-o como um penhor genérico e admitindo a sua validade desde que se estabeleça um limite máximo de responsabilidade pelo qual respondam os bens onerados e, ainda, que o crédito assegurado seja delimitado quanto aos seus aspectos essenciais (ou seja, não bastando a identificação sujeitos, cabendo ainda fazer alusão ao tipo de negócios dos quais poderão brotar os créditos assegurados, por exemplo através do recurso a cláusulas gerais que remetam para os negócios típicos da actividade bancária).

<sup>2708</sup> Meneres Campos, ob. cit., pág. 108, relata como tais garantias se afiguram particularmente idóneas quando esteja em causa assegurar contas correntes bancárias, cujo montante é extremamente variável ao longo do tempo: todavia, na esteira da sugestão de Vaz Serra – que entendia encontrar-se tal modalidade englobada no instituto geral da hipoteca e, por isso, submetida às mesmas regras - tal figura não se encontra regulada especificamente na nossa legislação.

<sup>2709</sup> Meneres Campos, ob. cit., pág. 108, a respeito da hipoteca, define estas garantias como aquelas em que se garante uma dívida que não se encontra determinada *ab initio*, delimitando-se unicamente o montante máximo assegurado, podendo abranger toda e qualquer obrigação integrável nos critérios de globalização convencionados (por isso se distinguindo da hipoteca em garantia de uma abertura de crédito, a qual apenas assegura a obrigação decorrente do saldo da conta corrente).

<sup>2710</sup> Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 697 e segs., aponta como exemplo o caso da fiança no regime italiano, cuja validade passou a estar sujeita, a partir da alteração do art.º 1938.º do CCI, à estipulação de

especialidade (em razão da falta de determinação da obrigação garantida), ao carácter acessório da garantia (deixando ao arbítrio do credor a criação de novas e futuras obrigações a abranger pela garantia) e à violação da regra da prioridade temporal no concurso de credores (ao pressupor uma antecipação da garantia relativamente a créditos não existentes na data da constituição daquela).<sup>2711</sup>

Um caso específico de reconhecimento normativo de uma garantia com estas características encontra-se no direito catalão (cfr. art.º 569-14, n.ºs 1 e 2, do Código Civil da Catalunha), justificando, por isso, um olhar mais atento.

Depois de o n.º 1 ditar que o penhor pode garantir qualquer obrigação, presente ou futura, própria ou alheia, dos empenhantes, o n.º 2 acrescenta que, entre as obrigações empenháveis se contam aquelas que cujo montante se desconhece no momento da sua constituição (devendo, neste caso, determinar-se o valor máximo pelo qual responde a garantia), deste modo assegurando o respeito pelo princípio da especialidade da garantia, entendido como exigência de determinação de todos os elementos das relações jurídico-reais.

Admite-se que, deste modo, se assegurem, não apenas obrigações existentes no momento da constituição da garantia, mas cujo montante não se encontre determinado, mas igualmente de obrigações futuras, no sentido de nem sequer existirem na data do nascimento do penhor,<sup>2712</sup> aceitando a doutrina dominante que, uma vez nascidas essas obrigações futuras, a eficácia do penhor produz-se desde a data da sua constituição, sendo oponível a outros credores cujos créditos nasçam entre esta data e o surgimento da obrigação assegurada pelo penhor.<sup>2713</sup>

---

um montante máximo de responsabilidade, solução que, não obstante, não impede a sindicabilidade de tal valor e mesmo que quando *“for evidente que o recurso àquele limite teve apenas em vista uma formal satisfação desse requisito, a fiança de limite máximo deve ser tratada como se nenhum limite tivesse sido fixado”* (nesse juízo será forçoso atender, por exemplo, à dimensão da empresa devedora, às suas perspectivas de negócios e à posição do devedor relativamente a essa sociedade, muito embora tal juízo tenha que ser fundamentado em dados sólidos). Todavia, o Autor assume que a imposição de um tecto máximo de responsabilidade representa uma presunção relativa de licitude da fiança *ominibus*, por ser de admitir que o fiador, em face da quantificação do montante que a dívida pode assumir, aceitou tal encargo e avaliou a eventualidade de poder vir a responder por ela (até porque *“Não é, de facto, forçoso, numa situação em que é fixado um patamar de responsabilidade, que o fiador domine já, plenamente, todo o evoluir possível, a nível de surgimento de créditos, até esse limite: haverá, pelo menos normalmente, uma zona de luz e uma zona de penumbra, até chegar à sombra demarcada pelo tecto acordado”*).

<sup>2711</sup> Meneres Campos, ob. cit., pág. 109 e segs., concluindo que tais argumentos podem conduzir à nulidade da garantia, por violação do art.º 280.º, na parte em que este comina tal sanção para os negócios cujo objecto seja indeterminável. Porém, de entre todos estes argumentos, a Autora considera como mais relevante o último dos mencionados no texto, por entender que, desde logo, *“implica que o devedor não possa, na prática, hipotecar de novo, pois dificilmente encontrará um credor disposto a aceitar uma hipoteca de segundo grau, sendo a primeira indeterminada, quer do ponto de vista causal, quer do ponto de vista temporal”*, exigindo, por isso e como condição de validade destas hipotecas genéricas (expressão que a Autora prefere a hipotecas globais), que seja identificada, na data da constituição da garantia *“a relação jurídica da qual derivará a obrigação a garantir, e só se esta vier a nascer e se tornar autonomamente exigível é que haverá desenvolvimento da garantia hipotecária. Não parece suficiente a simples indicação dos extremos formais do acto de concessão, como a data e local da escritura. Acresce que é necessário mencionar os elementos que permitam individualizar com alguma certeza o crédito que a hipoteca garante, como seja, os sujeitos, a fonte da obrigação, as prestações que compreende”*.

<sup>2712</sup> Contudo e com base no carácter acessório da garantia, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 62 e 63, avança que as partes devem determinar a base causal da obrigação garantida e as suas linhas fundamentais, de modo a permitir a respectiva identificação (especialmente nas hipóteses em que a garantia se constitua para protecção de uma obrigação concreta da qual hão de nascer os créditos garantidos).

<sup>2713</sup> Neste sentido, Joan Marsal Guillamet, Las prendas flotantes. Un término polisémico, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 356 e segs..

Como bem se compreende, o máximo de responsabilidade respeita à garantia e não ao crédito tutelado, pelo que sendo o valor daquela inferior ao deste o penhor não abrangerá essa diferença.<sup>2714</sup>

Atenta a indeterminação inicial e a variação previsível do montante do crédito assegurado, será indispensável uma posterior concretização do seu valor em momento anterior ao da realização do valor do bem dado em penhor, procedimento este que ocorrerá de acordo com aquilo que for acordado pelas partes<sup>2715</sup> ou, em caso do silêncio destas, por decisão judicial.

Em face destes dados normativos da lei catalã, duas posições são admissíveis, contrapondo-se os que entendem que norma em questão configura o reconhecimento da admissibilidade legal de um penhor *omnibus* ou global, a outros que, pelo contrário, continuam a exigir uma mais cabal determinação do crédito garantido como condição de atribuição do direito de preferência.<sup>2716</sup>

Uma outra via de combater a indeterminabilidade das obrigações cobertas pela garantia passa pela estipulação de um limite temporal de surgimento dos créditos a garantir, solução esta que goza de acolhimento legal entre nós, embora de modo indirecto, relativamente à fiança (cfr. art.º 654.º)<sup>2717</sup> e que, apesar da ausência de norma

---

<sup>2714</sup> Por isso, se, em caso de venda do bem garantido, o valor obtido for superior ao máximo assegurado, o credor garantido deverá reclamar o remanescente na qualidade de credor comum – cfr. Barrada Orellana, ob. cit., pág. 62, em face do anterior art.º 13.º da Lei catalã de direitos reais, cujo conteúdo não diverge do plasmado actualmente no art.º 569-14, do Código Civil Catalão).

<sup>2715</sup> Ou seja, as partes, no momento do nascimento da garantia, poderão definir os critérios ou o procedimento para, em momento posterior, concretizar o montante do crédito.

<sup>2716</sup> Esta segunda posição tem sido adoptada, a propósito da hipoteca de máximo, pela Direcção-Geral dos Registos e Notariado, com fundamento, essencialmente, na necessidade de evitar o prejuízo de terceiros credores hipotecários que perderiam a sua preferência em favor de créditos posteriormente adquiridos e cobertos pela garantia de máximo. No entanto, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 68 a 70, opta pelo primeiro entendimento aludido no texto, refutando este argumento considerando que aquilo que verdadeiramente interessa aos terceiros credores é a responsabilidade que incide sobre o objecto empenhado, aspecto este perfeitamente determinado no penhor de máximo. Para além disso, o outro argumento utilizado por aquela Direcção-Geral – segundo o qual a obrigação a garantir não pode ser futura (sob pena de violação do princípio da especialidade) - é também rechaçado pela mesma Autora, invocando que o próprio CCE admite tal hipótese e que o princípio da especialidade não é totalmente posto em causa pelo penhor de máximo, uma vez que limita a responsabilidade do objecto da garantia a um determinado montante (sob um dado prisma, a obrigação garantida por um penhor de máximo é até mais determinada do que o penhor tradicional, uma vez que neste último assegura-se, não apenas o capital, mas também os juros e as eventuais despesas de conservação até ao momento da realização do penhor). Por último, à afirmação da Direcção-Geral de acordo com a qual a obrigação a garantir deverá, quando muito, provir de uma relação jurídica existente no momento da constituição da garantia (pois só assim se respeitaria o princípio da acessoriedade), a Autora replica que o nascimento de novas obrigações provenientes de uma relação pré-existente é aleatório e, muitas vezes, dependente do simples arbítrio do devedor, pelo que não se verifica o respeito pelo princípio da acessoriedade, a menos que se entenda, como sugere a Autora, que este não exige uma obrigação actual no momento da constituição da garantia (para concluir, a Autora sustenta não ser a possibilidade de assegurar com penhor créditos futuros uma questão respeitante ao negócio de constituição de garantia, uma vez que o consentimento para o nascimento daqueles créditos é alheio ao negócio de garantia – apesar de, desde o seu nascimento, assegurar todas as obrigações nos termos acordados pelas partes - , o qual se perfecciona sem necessidade de um novo acordo das partes).

<sup>2717</sup> De acordo com este preceito, quando a fiança for prestada em garantia de créditos futuros, o fiador pode liberar-se das suas responsabilidades sempre que aqueles créditos não forem constituídos num prazo de 5 anos a contar da data do surgimento da garantia (excepto se as partes estipularem um prazo diverso). Janeiro da Costa Gomes, ob. cit., pág. 704 e segs., esclarece que esta faculdade de desvinculação subsiste mesmo quando tenha sido acordado um limite máximo de responsabilidade e mesmo que este ainda não tenha sido atingido no termo daquele prazo de 5 anos: todavia, “na fiança (válida) prestada sem determinação de montante máximo, o fiador pode, a todo o tempo, denunciá-la, nos termos gerais da denúncia aplicável aos contratos de duração indeterminada, ficando, no entanto, responsável por todas

expressa, não se nos afigura não dever ser aplicado como elemento de concretização das obrigações garantidas por um penhor, por ser um elemento atendíveis nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 280.º, n.º 1.

No que toca à identificação dos negócios jurídicos garantidos pelo penhor, esta tarefa considerar-se-á bem sucedida quando seja possível comprovar, no momento da constituição da garantia, quais são aqueles ou, no mínimo, quais as relações jurídicas das quais poderão nascer.

Em nosso entender e conforme já realçámos, a questão da determinação do crédito garantido (e do bem empenhado) deve ser solucionada à luz dos critérios gerais que presidem à identificação do conteúdo dos negócios jurídicos (art.º 280.º, n.º 1, parte final), resultando da aplicação destes ao penhor a tendencial admissibilidade das cláusulas de extensão (desde que as relações jurídicas das quais poderão nascer os créditos garantidos sejam, elas próprias, devidamente concretizadas, o que parece excluir a simples referência ao saldo de uma conta corrente bancária, pelo menos quando não sejam densificados os negócios que poderão influenciar aquele mesmo saldo; com maior probabilidade ainda se, para além disso, for imposto um limite temporal para o nascimento dessas obrigações e/ou um limite máximo de responsabilidade) e a mais que provável invalidade das cláusulas *omnibus* (pelo menos quando o seu conteúdo não seja restringido pela indicação de um tecto máximo de responsabilidade - acima do qual a garantia não responde – eventualmente associado a uma limitação temporal para o surgimento dos créditos posteriores).

Quando se conclua pela ausência de identificação da obrigação assegurada, importa especificar quais as consequências que daí advêm.<sup>2718</sup>

Para alguns,<sup>2719</sup> o negócio de constituição de penhor será radicalmente inválido, para outros<sup>2720</sup> acarretará simplesmente a impossibilidade de proporcionar ao

---

*as dívidas que, não estando embora vencidas, se tenham constituído até à data da eficácia da denúncia*” (o Autor não deixa de reconhecer que esta solução pode ser prejudicial para o credor, mas replica que este “tem um remédio à mão: basta que exija ao devedor a prestação de uma fiança mais segura sob o ponto de vista de continuidade temporal: basta que exija uma fiança por tempo indeterminado, ou a termo certo, com montante máximo estabelecido”).

<sup>2718</sup> Salientando este aspecto, Gorla e Zanelli e Zanelli, ob. cit., pág. 5. De facto, não é indiferente a qualificação jurídica da invalidade, importando distinguir, a este respeito duas situações diversas: quando nenhum dos créditos supostamente garantidos pelo penhor esteja determinado ou seja determinável (se o penhor for nulo, tal significa que nenhum crédito chegou a estar abrangido pela garantia, pelo que os direitos de terceiros sobre o objecto do penhor – nomeadamente de um terceiro adquirente do bem - prevalecem sobre o do pretense credor pignoratício, adquirindo aquele o bem sem o ónus pignoratício); ou quando o crédito determinado no momento da constituição do penhor se vem a extinguir posteriormente (caso em que a aquisição do bem após a extinção do crédito garantido é perfeitamente válida e oponível ao credor pignoratício, o mesmo acontecendo se a aquisição ocorrer quando o bem se encontrava onerado pelo penhor, tendo em conta o princípio da elasticidade do direito de propriedade). Se, pelo contrário, a sanção for a da mera ineficácia face a outros credores do empenhante, o direito do credor, nas duas situações apontadas prevalecerá face ao do terceiro adquirente.

<sup>2719</sup> Neste sentido, a propósito das cláusulas *omnibus*, Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 197 e segs.. Para este Autor, tais cláusulas violam o limite insito no art.º 2852.º do CCI, limite esse “*stabilito nel generale interesse alla tutela della libertà della proprietà – in concreto, a tutela dei terzi acquirenti del bene dato in pegno, i quali devono poter desumere da idonei elementi oggettivi l’entità del vincolo a cui il bene è sottoposto*”, pelo que “*la volontà di costituire un pegno con tale estensione urta contro un limite posto nell’interesse dei terzi, sè che il negozio – per la parte relativa alla estensione del pegno – è nullo*” (quando muito, admite que semelhante clausulado possa dar vida a um direito de retenção – mesmo que com dúvidas, por força da possibilidade de criação de um direito dessa natureza - não sem realçar que “*parrebbe opportuno che le banche abbandonino la clausula così come essa oggi è formulata, per evitare di essere accusate di ricorrere a patti invalidi nella speranza che la controparte, meno giuridicamente agguerrita, dia ad essa esecuzione ignorandone l’invalidità*”). Por outro lado, o Autor desvaloriza a distinção entre a radical nulidade do penhor e a sua simples inoponibilidade, sugerindo que tal diferença

beneficiário da garantia um direito de preferência sobre os bens empenhados, sendo o penhor válido, mas a sua eficácia diferida para o momento do surgimento efectivo do crédito<sup>2721</sup> (ou, noutros termos, reconhecendo à cláusula em questão a idoneidade para

---

apenas releva em duas hipóteses, isso é, quando nenhum dos créditos supostamente garantidos pelo penhor seja determinado ou determinável e quando o crédito determinado no momento da constituição do penhor se tenha já extinto: na primeira, “*dire che il pegno è nullo equivale a dire che esso non è mai sorto a garanzia di alcun credito: pertanto, se il costituente ha poi venduto ad un terzo la cosa data in pegno, quel terzo ha acquistato una proprietà piena, non gravata del pegno*”; na segunda, a extinção do crédito determinado implica o mesmo efeito relativamente ao penhor, não obstante a existência de outros créditos aos quais havia sido genericamente alargada a garantia, pelo que “*la successiva alienazione del bene da parte del costituente comporta, in capo all’acquirente, l’acquisto della proprietà piena del bene; ne consegue anche pur chi abbia acquistato il bene quando ancora era gravato da pegno diviene proprietario pieno, per il principio della elasticità del dominio, nel momento in cui si estingue il debito determinato, l’unico a garanzia del quale il pegno era stato validamente costituito*”. Também Salinas Adelantado, *Il pegno* cit., pág. 617 e segs., propende para a “*nulità senza che sia neanche possibile la conversione in un diritto di ritenzione*” e nem num direito de preferência (pois, em seu entender, os requisitos impostos pelo art.º 2787.º do CCI são-no como condição de surgimento do direito de penhor e não apenas do direito de preferência), mas, em seguida, admite que a cláusula possa funcionar como um pré-contrato de penhor (com o efeito que “*quando il credito garantito venga finalmente ad esistenza per costituire il pegno basterà indicarlo in un documento con data certa, potendosi per gli altri elementi fare semplicemente rinvio al contratto iniziale*”, surgindo o direito real apenas nesta última data). Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, pág. 124 e segs., notando ser esta igualmente a posição da doutrina maioritária, a qual se pronuncia pela “*nulità della clausula di estensione del pegno a tutti i crediti della banca verso quel determinato cliente e dunque a ritenere nullo il pegno per la parte relativa “all’estensione” della garanzia*”, posição essa subscrita pelo próprio Autor (não sem ignorar que alguns Autores – indicados na pág. 127, nota 49 – apesar de sustentarem a nulidade da cláusula, defendem que a mesma possa produzir efeitos como um pré contrato de penhor, com o alcance de quando o crédito garantido vier finalmente a surgir, para constituição do penhor bancário bastará a redacção de um documento com data certa - encontrando-se os demais elementos já determinados por referência ao contrato inicial – constituindo-se o penhor, com a inerente preferência, apenas quando se conseguir identificar o crédito garantido). Esta posição é seguida também por Giovanni Stella, *ob. cit.*, pág. 170 e segs., a respeito das cláusulas *omnibus*, por entender que estas cláusulas apenas consentem a identificação dos sujeitos, mesmo na parte em que alarga o penhor a outros créditos presentes, “*giacché quest’ultimi, nella clausola in questione, non possono dirsi, comunque, sufficientemente indicati*”. No nosso direito, defende a nulidade do penhor em caso de indeterminação do respectivo objecto, Hugo Dias, *Do penhor* cit., págs. 290 e 293. Para o direito espanhol, vide Salinas Adelantado, *El régimen* cit., pág. 283 e segs., recusando a ideia que a cláusula possa ser convertida num direito de retenção ou num penhor amputado de efeitos *erga omnes*, afirmando, ao invés, que “*quando nazca el crédito garantizado, para constituir la prenda bastaría con indicar el o los créditos en un documento público en el que, para lós demás elementos de la prenda, se hará una remisión al título constitutivo inicial. Nótese, sin embargo, que la prenda nacerá sólo en el momento en que se determine el crédito garantizado, y no antes*” (o Autor ressalva ainda que tal nulidade não pode afectar a garantia relativamente aos créditos determinados no momento da constituição daquela).

<sup>2720</sup> Neste sentido, Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág.24, nota 2 e pág. 26 (admitindo que a cláusula possa produzir efeitos inter-partes, nomeadamente um direito de retenção, traduzido na impossibilidade de o concedente exigir a restituição do bem empenhado durante o tempo acordado para o eventual nascimento de um crédito entre as partes, assim permitindo uma certa indisponibilidade do objecto), Marino Perassi, *ob. cit.*, pág. 494 (sustentando ser este o entendimento mais conforme à letra do art.º 2787.º, porquanto a observância dos requisitos por ele exigidos é condição apenas do surgimento do direito de preferência), Rubino, *Determinatezza* cit., pág.479 (realçando que, mesmo quando se reconhecesse a nulidade do contrato de penhor, o mesmo poderia ser convertido num contrato-promessa de penhor), Lelio Barbiera, *ob. cit.*, pág. 730 (embora não tomando posição directamente sobre o assunto, reconhece ser esta a posição dominante da doutrina e da jurisprudência) e Gaetano Piepoli, *ob. cit.*, pág. 51 (embora discordando, assume ser esta a posição dominante). Duvida desta possibilidade Realmondo, *Il pegno* cit., pág. 636, pois tal significaria a imobilização do bem dado em garantia, em contraste com os ditames da própria lei.

<sup>2721</sup> Reconhece a presença destas duas posições Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 373 e segs., salientando que a última delas, ao admitir a validade do penhor, permite que o credor pignoratório exerça todos os direitos inerentes à garantia (como o direito de retenção, de requerer a respectiva venda em caso de incumprimento do devedor e de opor o direito aos terceiros adquirentes), com excepção da preferência;

legitimar um direito de penhor, impondo ao devedor a obrigação de concretizar as formalidades necessárias para o surgimento do direito de preferência).<sup>2722</sup> Finalmente, há até quem, mais radicalmente, declare a nulidade do inteiro contrato<sup>2723</sup>

Porém, a posição daqueles que sustentem a simples inoponibilidade da garantia (ao invés da sua radical invalidade) pode ser contestada, alegando que não fará sentido falar de um direito de penhor amputado de efeitos face a terceiros,<sup>2724</sup> pelo que “o il

---

pelo contrário, a nulidade do penhor acarreta a impossibilidade de o credor exercer qualquer direito relativamente ao bem objecto da garantia (não sendo, na opinião do Autor, sequer lícita uma conversão da cláusula nula no sentido de esta atribuir ao credor um direito de retenção, pois tal representaria a atribuição convencional de um direito de retenção oponível *erga omnes* e, por outro lado, caso se reconhecesse essa oponibilidade nenhuma razão haveria para excluir o direito de preferência). Por último, assevera que a jurisprudência maioritária se inclina para a tese da inoponibilidade, embora a questão não assumira especial relevância, uma vez que a maior parte das controvérsias surge a propósito da oponibilidade da garantia a outros credores do empenhante.

<sup>2722</sup> Enrico Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 7, salientando que a eficácia externa deste tipo de cláusulas é vedada pelo carácter de ordem pública da norma – art.º 2787.º, n.º 3, do CCI – que impõe a observância de determinados formalismos como condição de atribuição do direito de preferência. Em particular Giovanni Stella, *ob. cit.*, pág. 179 e segs., depois de refutar que as cláusulas *omnibus* e de extensão amputadas do direito de preferência se possam considerar como produtivas de efeitos *inter partes* (as primeiras porque o contrato em questão seria um contrato atípico – e não um contrato de penhor – tendo como objecto a retenção e venda do bem entregue ao futuro credor e, por outro lado, porque, mesmo para a atribuição de tais efeitos seria necessária, nos termos gerais, a determinação dos créditos em questão; as segundas em virtude de, no direito italiano, o direito de retenção a favor de outros créditos já decorre da lei – art.º 2794.º do CCI – e, ainda, de o alargamento contratual de tal direito não ser oponível a terceiros adquirentes e, por isso, não limitar a faculdade de disposição do devedor: em suma “*ad un eventuale contratto di pegno con effetti solo tra le parti (...) non avrebbe neppure più senso parlare di pegno. La configurazione di un pegno quale mero diritto personale, contrapposto al normale pegno reale, è contraria al diritto positivo e alla tradizione giuridica dell’istituto*”), admite que tais cláusulas possam significar um título para a constituição do penhor, considerando que, mesmo na falta do documento escrito erigido como condição legal da atribuição do direito de preferência, “*si potrebbe ravvisare nel pegno omnibus la sussistenza, a favore del creditore, di un titolo per la costituzione del pegno: l’accordo (scritto) di pegno e la consegna al creditore del bene vincolato obbligherebbero il debitore, nel momento in cui verrà ad esistenza il credito, a completare l’atto costitutivo del pegno, redigendo le formalità richieste per la prelazione*” (esclarecendo, contudo, que tal título apenas possui eficácia pessoal, sendo por isso inoponível a terceiros, nomeadamente em caso de disposição do bem por parte do devedor).

<sup>2723</sup> Vide algumas decisões citadas por Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, págs. 126 e 127, fundamentam-se no carácter essencial desta cláusula no âmbito do próprio contrato (embora o Autor se incline para qualificar esta cláusula como uma cláusula de estilo, “*la cui nullità parziale non si comunica all’intero negozio, sì da non pregiudicare l’efficacia della prelazione relativamente al singolo credito specificamente indicato nel contratto*”).

<sup>2724</sup> Michele Tamponi, *ob. cit.*, pág. 215 e segs., critica, em razão da sua obscuridade, a distinção entre a eficácia *inter partes* da cláusula e sua ineficácia relativamente a terceiros. Em causa estava uma decisão da Corte de Cassação que reconhecia à cláusula de extensão do penhor simples efeitos *inter partes*, recusando ao credor pignoratício o direito de vender o bem empenhado (caso existissem outros credores ou se a propriedade da coisa tivesse sido entretanto adquirida por terceiros). Ora, o Autor citado assegura que “*un diritto di pegno che non consenta al suo titolare di prevalere sugli altri creditori e sui subacquirenti, è interamente svuotato di contenuto*”, surgindo a redacção de um documento escrito contendo a suficiente indicação do crédito garantido e do objecto da garantia, não como simples condição do nascimento do direito de preferência, mas sim do próprio direito de penhor (o art.º 2787.º, n.º 3, do CCI, ao exigir a redacção daquele documento quando o crédito garantido exceda €2,58 é interpretado pelo Autor desta forma: mesmo que o crédito seja de montante inferior ao aludido, será sempre necessária a sua indicação, não só para o surgimento da preferência, mas do próprio direito de penhor; quanto ao bem empenhado, a sua identificação “*si attua implicitamente, con la mera consegna, se il credito non supera le lire 5.000, con la consegna e la scrittura di data certa, se eccede quella somma*”), para além de asseverar que a tal conclusão não se poderia objectar que nem sempre o penhor assegura concretamente a preferência, em razão da existência de outras causas de preferência com graduação superior (pois em tal caso “*la prelazione non funziona non già per cause interne al contratto costitutivo, ma perché gli altri*



*pegno sorge, ed in tal caso alla validità inter partes conseguirà direttamente lo jus prelationis nei confronti dei terzi creditori chirografari, o esso non viene ad esistenza, ed in tal caso neppure effetti obbligatori tra le parti scaturiranno*”.<sup>2725</sup>

Em face dos dados do direito positivo (art.º 280.º, n.º 1), a resposta, no ordenamento luso, não pode ser outra que não a nulidade da cláusula *omnibus* no seu todo ou, no caso das cláusulas de extensão, do seu alargamento àqueles créditos não devidamente determinados, embora, em qualquer caso, tal invalidade não obste inelutavelmente, no caso das cláusulas de extensão, à aplicação do instituto da redução dos negócios jurídicos (art. 292.º).<sup>2726</sup>

---

*creditori sono titolari di cause di prelazione poziori*”). Por último, salienta que “*ove la mancanza della scrittura portasse ad escludere soltanto la prelazione, e non il diritto di seguito, i terzi subacquirenti si troverebbero sforniti di una qualunque tutela*”.

<sup>2725</sup> Michele Tamponi, ob. cit., pág. 220 e segs., recusando a subsistência de quaisquer efeitos apenas inter partes. De facto, o Autor nega que da cláusula de extensão se possa retirar a obrigação do devedor cumprir (pois este decorre, obviamente, do nascimento da obrigação garantida) ou de colocar à disposição do credor, em caso de incumprimento, os bens mencionados na cláusula (pois tais bens, como todo o património do devedor, respondem pelas suas dívidas), bem como um pretense direito de retenção (pois das duas uma: ou tal direito de retenção seria inoponível ao devedor – e não teria qualquer efeito – ou, ao invés, sendo oponível a terceiros, “*non sussisterebbe ragione alcuna di escludere che dalla stessa possa discendere lo jus prelationis proprio del pegno*”) ou o ónus do credor se satisfazer primeiramente sobre os bens mencionados na cláusula (pois tal consequência já resulta das normas processuais). Contra este entendimento vide, entre outros, Giovanni Colombo, ob. cit., págs. 204 e 205, para quem a forma escrita apenas é exigida como condição da concessão do direito de preferência, na medida em que “*il contratto costitutivo di pegno è un contratto reale a forma libera, non un contratto reale e formale, perciò il titolo idoneo per l’acquisto del pegno sul bene non richiede affatto la forma scritta*”, produzindo, desde o momento em que se verifique o mútuo consentimento, um efeito relevantíssimo, qual seja a atribuição do direito de sequela (pelo que, se após a constituição do penhor, o bem for alienado a terceiro, o credor pignoratício conserva o direito de vender o bem e de se satisfazer, embora sem preferência, sobre o produto dessa venda), sem que exista qualquer incongruência na sujeição do direito de preferência, contrariamente à sequela, ao momento da redacção do documento escrito contendo uma suficiente indicação do objecto da garantia e do crédito assegurado (por estarmos perante dois conflitos diversos, um, entre o credor pignoratício e os demais credores do empenhante relativo à participação no produto da venda do bem empenhado; outro, entre o credor pignoratício e o proprietário do bem empenhado, tendo como objecto a existência ou não de um direito real: “*per dirimere il primo conflitto la legge, ad evitare collusioni tra debitore e creditore a danno degli altri creditori, esige che la causa di prelazione sia costituita su beni specificamente indicati e a garanzia di un credito specificamente indicato in data sicuramente anteriore all’atto di pignoramento di quei beni, e per ottenere ciò non può che affidarsi ad un scritto di data certa (essendo impensabile attribuire data certa ad un atto orale). Per dirimere il secondo conflitto, quello tra proprietario e titolare del diritto reale di pegno, la legge ricorre al criterio di soluzione tipico dei conflitti tra titolari di diritti reali su beni mobili, cioè al possesso di buona fede fondato sul titolo idoneo; e se il titolo idoneo per l’acquisto di diritti reali su beni mobili è per regola un negozio orale, non v’è ragione che solo per il pegno esso debba essere scritto*”).

<sup>2726</sup> Verificando-se a indeterminação do crédito garantido coloca-se, então, a questão de saber se tal invalidade contamina toda a garantia, distinguindo Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 703 e 704, a propósito da fiança, três tipos de situações: no caso de uma cláusula base, identificando um crédito ou conjunto de créditos garantido, acoplada à qual existe uma cláusula de extensão indeterminada, o Autor conclui que a invalidade desta última não afecta a subsistência da primeira (por força da aplicação das regras gerais da redução do negócio jurídico – cfr. art.º 292.º – e porque, se assim não fosse, a invalidade total significaria premiar injustificadamente o fiador); já quando se trate de uma cláusula *omnibus* redigida de modo a abarcar, indistintamente, os créditos que motivaram a prestação da fiança e o universo de possíveis operações futuras, tal redução afigura-se, em razão da incindibilidade da cláusula, inviável (excepcionando o caso em que, por invocação do princípio da boa fé, se demonstre ser abusiva a pretensão do fiador de pretender a anulação total da garantia); finalmente, num caso idêntico ao anterior, mas em que é feita alusão, por um lado, aos créditos existentes e, por outro, aos futuros, caso em que a subsistência da primeira parte da cláusula está dependente da determinabilidade dos créditos existentes (uma vez que o critério da actualidade destes não é, por si só, bastante para afirmar a sua licitude).

Pelo contrário, naqueles ordenamentos em que a identificação do crédito garantido (*rectius*, a redacção de um documento escrito contendo suficiente especificação, entre outras, do crédito garantido) seja condição de oponibilidade a terceiros do penhor, ganha maior consistência a sanção da inoponibilidade da garantia a estes, por inobservância de tal imposição legal.

## 2.2 - Determinação do objecto da garantia

Noutra ordem de considerações<sup>2727</sup> a determinabilidade do objecto de negócio imposta pelo art.º 280.º, n.º 1, parte final, também se projecta relativamente à identificação do bem empenhado, não existindo, também nesta sede, normas específicas relativamente ao penhor.<sup>2728</sup>

Neste âmbito específico, a determinação deste aspecto do negócio jurídico cumpra, ainda, uma outra função, qual seja a de prevenir o risco de uma sobre-garantia, desproporcionada face ao risco que a constituição da garantia visa acautelar, ou seja, quando confrontada com o valor da obrigação assegurada.<sup>2729</sup>

Desde logo, importa esclarecer que a identificação do bem empenhado é exigida por alguns ordenamentos, à semelhança do que sucede com a especificação do crédito garantido, como condição de surgimento da preferência pignoratícia, o que não sucede no nosso direito, decorrendo esta exigência do regime geral dos negócios jurídicos.

Pois bem, cabe esclarecer como deverá ser efectuada a identificação, especialmente num quadro legal, como o nosso, em que nem sequer é exigível a redução a escrito (nem a menção expressa ao bem onerado) do negócio constitutivo do penhor.<sup>2730</sup>

Poder-se-á alegar que tal identificação resulta, sendo aliás uma das funções a ela inerente, da entrega do bem ao credor (ou, no caso do penhor de créditos, da notificação do devedor do crédito cedido), assim contribuindo para relativizar a importância desta discussão (até por comparação com a determinação do crédito assegurado, cuja delimitação não pode ser efectuada desta forma): porém, tal entendimento simplista conflitua com o inconveniente de excluir a empenhabilidade de bens futuros ou de bens que, embora presentes, não se encontrem em poder do empenhante na data da constituição da garantia (ainda que seja previsível virem a estar no futuro).

---

<sup>2727</sup> Salinas Adelantado, *Il pegno cit.*, pág. 605 e segs., salienta que, pese embora as semelhanças entre as duas situações, as soluções alcançadas a respeito das cláusulas *omnibus* – ou seja, quanto à determinação do crédito assegurado – não são extensíveis à identificação do objecto da garantia.

<sup>2728</sup> À imagem do exposto relativamente à identificação do crédito garantido, os preceitos específicos do penhor não contêm nenhuma norma específica relativamente à necessidade de identificação do objecto da garantia, pelo que não se coloca o problema, sentido no direito italiano, de saber se, a este respeito, a norma específica em matéria pignoratícia (art.º 2787.º do CCI) se afasta da regra geral aplicável à generalidade dos negócios jurídicos (art.º 1346.º do CCI) e, em caso afirmativo, qual prevalecerá: também nesta sede, a doutrina dominante entende que o primeiro preceito afasta da regra geral, em razão da sua natureza especial – neste sentido, entre outros, Maria Costanza, *Valori mobiliari cit.*, pág. 1044.

<sup>2729</sup> Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, págs. 35, em especial nota 5, considera como indícios de uma garantia excessiva a afectação em garantia da totalidade – ou de uma imensa maioria – do património do devedor; a constituição da garantia *a posteriori*; a não avaliação das garantias por terceiro; a proibição do devedor obter outros financiamentos adicionais; que o valor dos bens onerados supere em mais de 130% o valor das obrigações garantidas (a não ser que se trate de bens cujo preço seja particularmente volátil, caso em que aquela margem poderá ser aumentada).

<sup>2730</sup> Com a mesma salvaguarda, exposta a respeito das cláusulas *omnibus*, de o contrato relativo à obrigação garantida se encontrar sujeito a tal formalidade e de a constituição da garantia constar de tal negócio.

Por mais paradoxal que possa parecer, a não redução a escrito pode representar um limite à determinação dos bens empenhados, pois, como se verá, a sua substituição por outros no âmbito de uma mesma garantia (ou até a ampliação, em termos similares, dos bens onerados) encontra-se normalmente condicionada à indicação, no documento de constituição da garantia, dos bens que esta poderá vir a abranger futuramente: eis uma razão adicional para reclamar a sujeição a escrito deste negócio.

Mais ainda, a determinação do objecto do penhor coloca-se em termos ainda mais abrangentes em todos aqueles penhores, regulamentados por leis especiais, para cuja constituição é dispensada a entrega material do bem, pois, nesses casos, torna-se premente que aquela identificação se processe por uma via alternativa, que pode ser a descrição do bem aquando do seu registo (como sucede no penhor de valores mobiliários) e/ou a redução do negócio de constituição da garantia (solução consagrada, por exemplo, para o penhor constituído em garantia de instituições bancárias).

Em suma, a necessidade de flexibilização da exigência do requisito da determinação do crédito garantido constitui um argumento adicional para a sujeição a forma escrita do contrato de penhor.

Que esta exigência de determinação do objecto empenhado não é cabalmente assegurada pela entrega comprova-se pela circunstância de, naqueles ordenamentos em que se exige a descrição do bem onerado no negócio constitutivo do penhor, persistir a necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro.

Nestes ordenamentos e termos perfunctórios, a generalidade da doutrina também considera inválidas ou pelo menos amputadas do direito de preferência, as cláusulas que não identifiquem devidamente os bens empenhados,<sup>2731</sup> precisamente pelo perigo de fraude para os demais credores do devedor que as mesmas comportam.<sup>2732</sup>

---

<sup>2731</sup> Se, pelo contrário, no momento da constituição da garantia os bens não forem indicados (nem mesmo através do género) ou ainda não existissem, deverá entender-se estarmos perante a constituição de um penhor de coisa futura – Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 144.

<sup>2732</sup> Assim, Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 175 e segs. (considerando que “*Le note individuanti i beni oggetto della garanzia devono peraltro essere necessariamente ricomprese nella parte descrittiva del regolamento contrattuale, per poterlo eventualmente, in un momento o in una fase successiva, individuare in concreto*”, sendo que “*alla mancata individuazione non seguirebbe la nullità del negozio, ma (...) unicamente la sua inefficacia reale*”), Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, pág. 59 e Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 378 e segs., chamando este último a atenção para a ausência de desapossamento e de redacção de um documento contendo a suficiente indicação do crédito garantido no momento da constituição garantido, fazendo com que tal garantia resultasse do mero empossamento, mesmo que acidental do credor, admitindo, quando muito, que tal convenção produzisse efeitos obrigacionais (alertando para o facto de tal conclusão valer não só quando o penhor recaia sobre bens futuros – isto é, não existente na natureza – como também quando incida sobre um bem presente mas indeterminado e que não esteja na posse do credor, pois “*assumono rilievo unicamente l’individuazione ed il possesso del bene, entrambi mancanti al momento della sottoscrizione*”), assegurando ser essa a posição da jurisprudência dominante, para a qual este tipo de cláusulas não produz qualquer efeito se não for acompanhada, a cada acto de empossamento dos sucessivos bens, de uma identificação escrita dos mesmos ou se contiver uma descrição suficiente dos bens sobre os quais o penhor se espalhará, pelo que o simples empossamento futuro do credor não permite o nascimento do direito real, enquanto não existir um documento escrito com a indicação do género, espécie e quantidade dos bens onerados (nem tão pouco será suficiente, para este efeito, que os bens posteriormente detidos pelo credor sejam mencionados na escrituração interna do credor, pois estes documentos têm carácter unilateral). Também Lelio Barbiera, *ob. cit.*, pág. 731, admite que a doutrina tradicional se inclina para a nulidade de tais cláusulas (atenta a fraude que as mesmas representam para os demais credores do empenhante), não sem fazer menção de algumas vozes admitindo que tais cláusulas possam originar um penhor desprovido do direito de preferência, enquanto Piscitello, *Le garanzie cit.*, págs. 12 e 13, nota 23, se inclina para a tese da validade da cláusula, mas amputando a garantia do direito de preferência (para o surgimento do qual será imperiosa a redacção de um posterior documento contendo a descrição dos ulteriores bens relativamente aos quais o penhor se espalhará).

Ou seja, o recurso a cláusulas em tudo análogas, do ponto de vista do bem onerado, às analisadas cláusulas *omnibus* respeitantes aos créditos garantidos, estendendo o penhor à generalidade dos bens propriedade do empenhante já detidos pelo credor ou que, no futuro, se venham a encontrar em poder deste, é verberado pela a doutrina jurisprudência predominantes, nomeadamente italianas, atendendo sobretudo à necessidade de protecção de terceiros<sup>2733</sup>

No entanto, alguns admitem a sua validade, advogando que a individualização e o desapossamento dos bens onerados poderão ter lugar após o acordo das partes relativo à constituição da garantia, desde que o modo de especificação não seja demasiado genérico, desligado do comportamento das partes ou referido a factos acidentais<sup>2734</sup> (ou, em alternativa, considerando que semelhante penhor constitui uma *fattispecie*

---

<sup>2733</sup> Vide, por exemplo, o Acórdão da Corte de Apelo de Turim de 12/4/1974 (com nota favorável de Giuseppe Stolfi, In tema di pegno cit., pág. 224 e segs.). Com efeito, admitindo-se uma tal indicação genérica dos bens onerados pela garantia, os terceiros credores do empenhante poderiam ser defraudados, pois bastaria que qualquer bem passasse para o poder do credor, a qualquer título, para passar a estar abrangido pelo penhor, traduzindo-se num penhor de bens indetermináveis (e determináveis unicamente através da mesma formalidade constitutiva do penhor, isto é, o empossamento do credor) – Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 131 e 132, acrescentando que tais cláusulas configuram uma proibição de alienação que não corresponde a qualquer interesse legítimo e, além disso, uma “*maxi-garanzia*”. Já Stefano Ambrosini, ob. cit., pág. 319 e segs., considera tais cláusulas inoponíveis a terceiros (designadamente aos demais credores do empenhante), admitindo apenas que as mesmas possuam efeitos negociais entre as partes, enquanto Carla Carrasi, ob. cit., pág. 316, admite a existência de dois entendimentos contrapostos, um negando a validade de tais cláusulas (afirmando que com o “*mero riferimento agli oggetti posseduti o che verranno in possesso della banca i terzi (altri creditori) potrebbero facilmente essere frodati*”), outro sustentando a sua validade (ao menos desde que sejam indicados “*i beni – ulteriori rispetto a quelli costituiti in pegno – ai quali l’impegno stesso si estende per il saldo risultante da tutte le operazioni di credito incluse in un rapporto di (ad es. n.d.r.) conto corrente in atto*”). Em face do direito espanhol, Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 38 e segs., entende não ser bastante a consideração do penhor como uma relação complexa, na qual o devedor daria o seu consentimento inicial à sujeição à garantia de todos os bens que viessem a estar em poder do credor pignoratício, uma vez que “*No se trata aquí de una concesión en prenda de bienes futuros, sino de una concesión en prenda de bienes indeterminados e determinables solamente con la misma formalidad constitutiva de la prenda (imposición)*”, assegurando, ainda, que as indicações conducentes à determinação dos bens dados em garantia devem constar do próprio documento que contenha o consentimento das partes, e não de outro a redigir posteriormente (para além de aquele documento inicial dever conter a enumeração dos bens ulteriores que poderão vir a ser atingidos pela garantia).

<sup>2734</sup> Gabrielli, Il pegno cit., pág. 144, afirmando que o efeito de garantia “*soltanto a decorrere dal momento dell’effettiva sottoposizione della res ad un vincolo di indisponibilità a favore del creditore, nei cui confronti si realizzerà la situazione di vantaggio derivante dal dato materiale del possesso, alla quale seguirà anche l’effetto di prelazione, se vengono rispettate le modalità relative alla sua produzione*” e qualificando a operação como uma “*fattispecie a formazione progressiva*”, com três fases distintas – prestação do consenso, empossamento do bem e individualização por escrito - operando uma cisão entre a concessão do penhor (que produz apenas efeitos obrigacionais, traduzidos no dever do empenhante de levar a cabo todos os comportamentos necessários ao surgimento da garantia, designadamente na identificação escrita do bem a empenhar) e a constituição da garantia (vide Il pegno anomalo cit., págs. 176 e 177 - coloca reservas a este entendimento Francesco Magni, ob. cit., pág. 379 e segs., notando que o dever do devedor se circunscreve aos bens que venham a encontrar-se na disponibilidade do credor, pelo que o mecanismo “*assume rilievo pratico solo se la banca entra in possesso di beni del debitore, mentre fino a quel momento la clausula di fatto non è operativa*”). Em alternativa, poder-se-á considerar – recorrendo à ideia de penhor sem preferência - que o penhor surge, relativamente ao devedor e aos terceiros não credores deste, da conjugação do consenso do devedor a que todos os seus bens futuramente detidos pelo credor estejam onerados com o empossamento deste, dependendo a operatividade da garantia face aos terceiros credores da redacção de um documento escrito com a suficiente indicação do bem empenhado (contra, Francesco Magni, ob. cit., pág. 380, alegando que, desse modo, se cria convencionalmente um direito de retenção oponível a terceiros).

complexa,<sup>2735</sup> seja apelando à necessidade de adaptação do regime geral do penhor às específicas necessidades das relações bancárias).<sup>2736</sup>

Com efeito, algumas posições doutrinárias têm procurado obviar a que a garantia não possa incidir sobre bens futuros ou que ainda não se encontram em poder do empenhante no momento da constituição da garantia, consentindo que as partes, no momento constitutivo da garantia, façam menção dos bens que posteriormente (em relação ao objecto inicial do penhor) poderão vir a ser abrangidos pelo vínculo pignoratício.<sup>2737</sup>

Por outro lado, mesmo quando tais cláusulas, amputem o penhor do direito de preferência (por violação da imposição legal de determinação), poderão ser consideradas como válidas e produtoras de efeitos entre as partes, podendo originar a obrigação do devedor de, posteriormente, estender a garantia a outros bens, apenas no momento em que forem preenchidas as condições legais de oponibilidade da garantia.<sup>2738</sup>

---

<sup>2735</sup> Mais concretamente, o empenhador, ao aceitar tal cláusula, prestaria o seu consentimento para a sujeição ao penhor os bens que, no futuro, se viessem a encontrar em poder do credor. Tal figura complexa completar-se-ia, precisamente, com a detenção dos bens por parte do credor, “*poiché il preventivo consenso costituisce il titolo del mutamento dell’animus detinendi in animus possedendi e dunque il titolo del necessario impossessamento a titolo di pegno*” – Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 130 e 131 (mesmo que se entenda que tal penhor se encontra destituído do direito de preferência, em razão da ausência do documento escrito com data certa, tal apenas determinará a inoponibilidade do direito aos credores quirografários, mas não ao proprietário e aos terceiros adquirentes).

<sup>2736</sup> Particularmente tendo em conta a circunstância de a relação que se estabelece entre a banca e os seus clientes não costuma reduzir-se a uma determinada operação económica, antes desdobra-se numa multiplicidade de negócios que se arrastam num período normalmente dilatado (para além disso, a existência de eventuais abusos por parte da banca não constitui razão suficiente para não admitir este tipo de cláusulas, pois trata-se de uma questão de boa fé no exercício de um direito) – Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 131.

<sup>2737</sup> Neste sentido, Gabrielli, Il pegno cit., págs. 143 e 144, Il pegno anomalo cit., pág. 15 e segs. e também em I negozi costitutivi cit., págs. 166 a 167 (afirmando nesta última obra que o penhor não será oponível a terceiros “*fino a quando non si indichi, in una scrittura munita di data certa, quali siano i beni, ulteriori rispetto a quelli oggetto dell’iniziale pegno, ai quali il vincolo si estende. Sarebbe necessario, per realizzare quell’effetto, procedere alla redazione di altri atti che contengano l’indicazione del credito garantito e dei beni costituiti in pegno, man mano che gli stessi entrino in possesso della banca*”). Todavia e como bem salienta o citado Autor, mesmo quando sejam respeitadas estas formalidades, cumpre ainda indagar se estaremos ou não perante o surgimento de novos penhores, ou seja, se o cumprimento de tais formalidades importa o nascimento de uma nova garantia ou, pelo contrário, não produz efeitos novatórios sobre o penhor originariamente prestado.

<sup>2738</sup> Sendo que o incumprimento desta obrigação fará incorrer o infractor no dever de indemnizar o dano causado ao credor, à semelhança do que sucede no chamado penhor de coisa genérica (neste sentido Gabrielli, Il pegno cit., pág. 144). Outra alternativa, passa pela possibilidade de o credor intentar uma acção de execução específica, “*che, per effetto del consenso sulla clausula di cui ci occupiamo e del successivo impossamento, per un certo credito è sorto il pegno su quel certo bene; la sentenza dovrebbe essere ritenuta sufficiente ad integrare la scrittura di cui all’art. 2787 c.c. (o a fungere di equipollente di tale scrittura), e la data certa si farebbe decorrere, per gli effetti propri del giudicato, dal giorno della citazione in giudizio*” – Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 207 (admite igualmente o recurso à execução específica Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 15 e 16, realçando que a sentença, neste caso, “*avrebbe una funzione corrispondente a quella assolta nel caso di inadempimento del contratto preliminare*”, produzindo os efeitos, não tanto do contrato não celebrado, mas da documentação não assinada pelo devedor, admitindo que da cláusula de alargamento do penhor a outros bens para além dos originariamente empenhados deriva, para o empenhante, essa obrigação). Esta posição, segundo Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 219 e segs., qualifica esta interpretação como sucessiva, com o resultado de “*en el momento de la constitución inicial de la prenda ésta sólo sería tal par a los valores y saldos que en ese momento estuviesen en poder del banco, mientras que para los otros sería necesario que se produjese el traspaso de la posesión y la redacción de un nuevo documento público*” (posição esta que o Autor contesta, tanto ao nível dogmático – refutando que “*se pueda decir que la prenda ya existe*

Em termos mais concretos, ao subscrever um contrato de penhor contendo uma cláusula dessa índole, o empenhante concederia ao credor pignoratício o direito de sujeitar ao penhor os bens que posteriormente entrem em poder deste último, desse modo completando o iter procedimental de constituição da garantia, funcionando o consentimento prévio como título para a inversão do *animus possidendi* do credor pignoratício: de *animus detinendi* para *animus possidendi*.<sup>2739</sup>

Mais ainda, para quem identifique o objecto do penhor como o valor económico do bem onerado, ao menos na fase de execução, é possível dar um passo ulterior e dispensar o cumprimento das formalidades a cada substituição do *quid* onerado.<sup>2740</sup>

De acordo com esta perspectiva mais elástica, será possível a substituição (e até o incremento e a diminuição)<sup>2741</sup> dos bens originariamente onerados, sem prejuízo da

---

*para todos los objetos pero que no goza de eficacia erga omnes, ya que, en nuestra opinión, si la prenda es un derecho real de garantía, no se puede sostener que exista una prenda sin eficacia erga omnes*” - quanto no que concerne aos seus efeitos, porquanto não permite a conservação da data inicial para efeitos de direito de preferência).

<sup>2739</sup> Neste sentido, Giovanni Colombo, ob. cit., pág. 201 e segs., embora não deixando de assinalar a indispensabilidade, para efeitos de atribuição do direito de preferência, de “*via via che nuovi beni del cliente entrino in possesso della banca, alla redazione di atti scritti i quali indichino il credito garantito e i beni costituiti in pegno*”. O Autor preocupa-se ainda em rebater alguns dos argumentos mais utilizados para negar a validade de tais cláusulas, como sejam, o facto da mera referência aos objectos que venham no futuro a estar em poder do credor pignoratício poder lesar os demais credores do empenhante (pois bastaria ao empenhante entregar um objecto ao seu credor para ele ficar abrangido pela garantia) ou o terceiro adquirente (pois, por força do princípio da posse vale título, a entrega dos bens a um credor de boa fé faria o seu direito suplantar o daquele terceiro adquirente): quanto ao primeiro, “*non può realizzarsi, posto che per la prelazione - - non basta certo la clausula in esame e il successivo impossessamento, ma è necessario l’atto di data certa contenente la sufficiente indicazione de la cosa*”; quanto ao segundo, “*non è più grave di quello che sempre incombe su ogni acquirente di bene mobile il quale non consegua il possesso contestualmente alla stipulazione del negozio*”. Por outro lado, sustenta que a lei não impõe uma identificação dos bens no momento da constituição do penhor, apenas a exigindo como condição do surgimento da preferência, esclarecendo que “*la individuazione è necessaria - per la natura reale del diritto di pegno - nel momento in cui il pegno sorge, ma non si vede quale principio imponga di desumere da questa constatazione la necessità di individuazione dei beni già nella fase prodromica della manifestazione del consenso*”. Em termos paralelos, Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 175 e segs., alvitrando que este tipo de cláusulas possuem “*un valore impegnativo inter partes, quanto meno in ordine ai materiali comportamenti che le parti si impegnano a porre in essere per la successiva estensione del preesistente vincolo di garanzia ad altri e successivi crediti e/o beni*” (acrescentando que, do ponto de vista dogmático, a cláusula em questão deverá ser incluída no âmbito do penhor de coisa genérica - que apenas produzirá efeitos quando o credor obtiver a posse do bem e sejam preenchidos os outros requisitos de que depende a atribuição do direito de preferência - ou de coisa futura - quando os bens não sejam identificados sequer quanto ao género ou tão pouco existam no momento da conclusão do contrato).

<sup>2740</sup> É a posição sustentada por Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 221 e segs., contestando que a finalidade do penhor seja, pelo menos em sede de execução (apenas na fase de segurança se poderá afirmar ser a coisa o *quid* sobre o qual recai a garantia), a obtenção a coisa objecto da garantia, mas antes o valor económico que dela pode ser retirado (como argumento adjuvante deste entendimento o Autor invoca a norma proibitiva do pacto comissório, dado que “*Si el acreedor pignoraticio no puede apropiarse del objeto de la prenda sin valorar que éste coincide con la cantidad garantizada es porque, en realidad, el objeto de su derecho no es la cosa en sí, sino su valor económico*”). Ainda assim, o Autor sustenta a necessidade de estabelecer as classes de bens que, em concreto, podem a vir a fazer parte da garantia (embora não impondo a sua descrição minuciosa, “*basta con hacer referencia a valores y saldos*”) e, ainda, a fixação de um valor máximo a que pode chegar a garantia (que não tem que coincidir com o valor do crédito garantido, admitindo o Autor que possa superar o valor deste em 10%: sem suma, “*la consideración de los concretos elementos que integran la garantía como fungibles*” (no entanto, no caso dos valores mobiliários escriturais, surge um obstáculo adicional, qual seja o facto de “*en la inscripción de los valores que se incluyan en un momento posterior a la constitución inicial de la prenda, constará como fecha de constitución la de la aición e no la inicial, con lo que los terceros podrían alegar que ésta y no la otra es la fecha desde que la prenda les es oponible*”).

manutenção do grau de preferência inicial, nos termos que se esclarecerão ao abordar a problemática das cláusulas rotativas.<sup>2742</sup>

Claro que esta faculdade de alteração dos concretos bens abarcados pelo penhor se mostra mais adequada para determinados bens, como os fungíveis (sujeitos a mistura como outros do mesmo ou de género diverso, não contendo características que os permitam distinguir de outros da mesma espécie, como acontece com alguns títulos de crédito<sup>2743</sup> e valores mobiliários (seja antes da respectiva emissão, seja mesmo em momento posterior)<sup>2744</sup> ou submetidos a um processo de transformação (nomeadamente

---

<sup>2741</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 237 e segs., justifica a necessidade de ir além da mera substituição sem modificação do valor global do objecto do penhor com a probabilidade de o produto da venda dos valores que integram uma carteira de valores não serem imediatamente reinvestidos, permanecendo na conta que o gestor possui do seu cliente “*con lo que su posterior inversión en valores no podría calificarse estrictamente como sustitución*”. Todavia e para prevenir abusos (“*Fundamentalmente, por la posibilidad de que se cree por la connivencia entre el banco y el cliente un crédito aparente que justificasse la extensión de la prenda a todos los elementos depositados in extremis en el banco*”), no caso de aumento da garantia dever-se-á estabelecer uma quantidade máxima de valor pelo qual o conjunto onerado responda; paralelamente, em caso de diminuição caberá estipular um limite mínimo relativamente ao montante garantido por penhor (ou seja, à medida que o crédito seja liquidado, consentir-se-á ao devedor desonerar uma parte proporcional dos bens empenhados), limite este que deverá assegurar uma margem de garantia que acresça ao montante em dívida a cada momento (assim se afastando, por convenção das partes, o princípio indivisibilidade da garantia).

<sup>2742</sup> Acerca dos efeitos e dos requisitos de legitimação das cláusulas rotativas, vide infra n.º 3.1 do Capítulo II.

<sup>2743</sup> Quanto aos títulos de crédito, Carlo Rimini, ob. cit., pág. 194 e segs., entende ser necessária a indicação, para cada um deles, da respectiva data de vencimento, do nome do emitente e da importância do crédito nele incorporado, esta última menção considerada particularmente importante tendo em vista a tutela dos demais credores (em sentido conforme, vide os Acórdãos do Tribunal de Bolonha de 18/1/1996 e de 3/12/1996, transcritos no memo local), rejeitando que o conteúdo do contrato possa ser retirado da combinação do contrato escrito com os diversos endossos que o houvessem concretizado (por possibilitar a substituição dos títulos inicialmente empenhados por outros, com prejuízo para os demais credores) ou da enumeração dos títulos dados em penhor em documentos separados do contrato constitutivo de penhor (pois nada garante que essa enumeração não venha a ser alterada em momento posterior). Já Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 130, dá conta de uma desconformidade, ao nível judicial, entre a posição mais exigente da jurisprudência de mérito (exigindo a indicação do número, do valor total dos títulos, assim como a primeira e a última data de vencimento) e a menos rígida da Corte de Cassação (para qual bastará a indicação da simples menção da natureza do título e do montante do crédito incorporado, alegando que o art.º 2787.º, n.º 3, do CCI – em homenagem a sua ratio de evitar a substituição do bem originariamente empenhado por outro de maior valor - não impõe a descrição de todos os elementos da coisa empenhada), enquanto para Stefano Ambrosini, ob. cit., pág. 319 e segs., importa distinguir consoante os títulos sejam fungíveis (caso em que bastará a identificação do emitente, da data de vencimento e da série de emissão) ou não fungíveis, designadamente em função do seu diverso valor (caso em que será necessária ainda uma identificação numérica dos títulos empenhados). Especificamente no que concerne aos títulos ao portador, Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 704, aponta a existência de três entendimentos contrapostos: um, mais liberal, sustentando bastar a indicação da natureza do título e do montante do crédito nele incorporado; outro, bem mais restritivo, advogando a necessidade de referência adicional ao número de identificação e ao valor de cada um dos títulos; finalmente, uma tese intermédia, adoptando como regra o entendimento mais flexível, excepto para a eventualidade de títulos reembolsáveis através de sorteio, caso em que será necessária a identificação exacta do título. Francesco Caringella, ob. cit., pág. 3555, enumera várias decisões judiciais mais exigentes (uma das quais recusando que a identificação do objecto onerado - no caso títulos de crédito - possa ser cumprida mediante uma simples indicação genérica dos “*titoli ed i valori depositati i che verranno depositati sul conto/deposito a garanzia esistente presso la banca creditrice*” – cfr. sentença da Corte de Cassação de 20/3/2004, n.º 4079) e outras em que a jurisprudência se mostra mais flexível (bastando-se, no caso de penhor de títulos ao portador, com a menção “*della natura del titolo e dell’ammontare del credito in esso incorporato, senza necessità di ulteriore specificazione di tutti gli elementi occorrenti per l’esatta identificazione del documento*” – cfr. sentença da Corte de Cassação de 28/10/2005, n.º 21084).

<sup>2744</sup> Negando, em razão da indeterminabilidade do objecto da garantia (do contrato apenas constava a referência à espécie de títulos, à sua data de vencimento e ao seu valor nominal total), a validade de um

matérias primas que venham a ser transformadas num produto final diverso da mera junção daquelas).

Em termos mais gerais, poder-se-á afirmar que a exigência de determinação varie em função da natureza do objecto do penhor.<sup>2745</sup>

No que toca aos bens fungíveis e em vista desta identificação, sobretudo quando o contrato de penhor não tenha que ser reduzido a escrito e conter a identificação do objecto empenhado (como acontece entre nós), este desiderato será mais cabalmente atingido impondo ao credor o dever de manter separados os bens empenhados dos seus próprios bens da mesma natureza (e, não o fazendo, atribuindo-se ao empenhante legitimidade para reclamar a restituição do bem).

Pelo contrário, estando ausente esta identificação ou existindo cláusula expressa exonerando o credor daquela obrigação de separação, este assume a obrigação de devolução de outras do mesmo valor e quantidade, assim transformando a garantia num penhor irregular: ora, as soluções defendidas neste parágrafo e no anterior encontraram consagração no recentemente introduzido art.º 2341.º do CCF.

Não nos repugna até que, quando o penhor incida sobre bens fungíveis, se estabeleça uma presunção nos termos da qual o credor pignoratício apenas seja obrigado a devolver, em caso de cumprimento da obrigação garantida, outros bens de qualidade e valor equipolentes aos inicialmente onerados.

No caso específico das universalidades, poder-se-á até considerar que a faculdade de substituição é inerente ao próprio *quid* onerado, pelo que a alteração das partes que compõem o todo surge como natural (assim consentindo, por exemplo, o penhor de carteiras de valores mobiliários<sup>2746</sup> e do estabelecimento comercial,<sup>2747</sup>

---

penhor constituído sobre títulos da dívida pública em Itália, vide o Acórdão do Tribunal de Roma de 18/7/1991, in Rivista di Diritto Civile, 1992, Tomo II, pág. 267 e segs., com anotação crítica de Gabrielli, para quem um penhor constituído nesses termos “*deve considerarsi validamente costituito in presenza di tali elementi. È infatti la peculiare natura del bene che segna le note essenziali e i criteri per la sua individuazione nel sistema della circolazione dei diritti*” (posição reafirmada em Pegno cit., pág. 697, embora citando diversas decisões que retêm não ser tais elementos suficientes). Em termos semelhantes, Maria Costanza, Valori mobiliari cit., pág. 1044 e segs., constatando que “*Per il caso del pegno su titoli del debito pubblico, quindi, dovrebbe ritenersi sufficiente per soddisfare il requisito della determinatezza dell’oggetto l’indicazione del valore dei titoli, dalla data e della serie della loro emissione*”, embora reconhecendo que, para efeitos de atribuição do direito de preferência e por força do art.º 2787.º do CCI, será necessário o depósito dos ditos valores.

<sup>2745</sup> Neste sentido, Maria Costanza, Valori mobiliari cit., pág. 1044.

<sup>2746</sup> Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 228 e segs., refere-se principalmente às carteiras dinâmicas (alvo de uma “*gestión unitaria que busca obtener un beneficio mayor que el derivado de la rentabilidad individual de los distintos elementos que lo componen (...) aprovechando las fluctuaciones del mercado, por lo que es necesaria la realización de modificaciones constantes de los valores concretos que integran la cartera*”) e não tanto estáticas (que se ocupam da rentabilidade dos concretos elementos que a compõem, sem que a sua reunião obedeça a alguma finalidade de exploração, como sucede com os pequenos investidores que compra alguns valores e os deposita no banco), bem como às que sejam objecto de gestão por parte de intermediários profissionais a nível individual (para cada cliente) e não colectiva (como sucede com os fundos de investimento). Com base no entendimento exposto no texto, o Autor admite a substituição dos bens inicialmente onerados (em conformidade com o que diz ser a posição dominante), sem necessidade sequer de renovação das formalidades necessárias para a constituição da garantia (aqui sim se afastando da generalidade da doutrina), apontando como paradigma a Lei Catalã sobre garantias mobiliárias (e, desde logo o próprio preâmbulo do diploma, no qual se afirma que o penhor de coisas fungíveis “*tiene como base el paso del concepto de prenda objeto al de prenda de valor. Esto significa la posibilidad de substituir la totalidad o una parte de las cosas dadas en prenda por otras de la misma especie y calidad, siempre que se hubiese pactado expresamente, lo cual implica el mantenimiento de la garantía. Esta regulación tiene especial transcendencia en el caso de una prenda de un conjunto o paquete de valores*”), muito especialmente o seu art.º 12.º, o qual consente a substituição dos concretos bens que compõem um penhor sobre um conjunto de bens fungíveis (e em termos amplos, quer quanto aos negócios concretos em que se baseie a substituição – troca de valores, reagrupamentos,



incidindo a garantia sobre o conjunto e não sobre cada um dos concretos valores que a compõem).<sup>2748</sup>

direitos de subscrição, atribuições gratuitas, etc. - quer quanto à sua extensão – podendo ser total ou parcial), exigindo unicamente um pacto a consentir tal substituição (pacto esse que, na opinião do Autor, poderá ser posterior à data da constituição da garantia e, por outro lado, que se presume existir no penhor de carteiras de valores, “*ya que es inherente a este tipo de prendas el mantenimiento de la posibilidad de substitución por parte del gestor de la cartera*”), que os a substituição se faça por outros bens da mesma espécie e qualidade (ou seja, impondo a especificação prévia do tipo de bens fungíveis constituem ou podem vir a constituir objecto do penhor e, no caso de penhor de carteiras de títulos, que tipo de valores se poderão incluir nestas: contudo, o Autor sustenta que este requisito deve ser entendido em sentido amplo, não exigindo que a substituição se tenha que fazer sempre entre o mesmo tipo de valores – v.g. acções por acções – exigindo antes uma equivalência económica entre bens objecto de cotação em mercados oficiais, isto é, “*se puede sustituir cualquier bien del conjunto siempre que sea por otro bien incluido dentro de los que pueden formar parte de dicho conjunto y cuyo valor sea equivalente al o a los que sustituye*”), não se exigindo, a cada substituição, a renovação das formalidades previstas para a constituição da garantia. Por outro lado, a própria constituição da garantia se poderá reflectir no contrato de gestão, originando modificações, sempre inspiradas pela tutela do valor dos bens afectos em garantia, nas faculdades do titular da carteira e do gestor: o primeiro, perderá o direito de retirar, no seu todo ou em parte, as quantias ou valores de que seja titular (excepto quando se tenha convencionado um limite mínimo para o conjunto dos bens empenhados e o constituinte pudesse fazer reintegrações parciais até esse montante), o direito a revogar a comissão concedida ao gestor (a não ser com o consentimento do credor pignoratício) e o poder de dar instruções vinculantes ao gestor relativamente às operações a efectuar (embora o Autor considere que tal poder não se transfere para o credor pignoratício, pelo que avança duas alternativas: ou a obrigação de o proprietário dos valores informar previamente o credor pignoratício das suas intenções, para que este se possa opor quando as considere abusivas; ou o exercício conjunto desse poder, devendo o gestor executar a ordem de apenas um deles quando tal instrução seja claramente benéfica para a carteira). Pelo contrário o gestor deverá prosseguir uma política de investimento com um risco mínimo (assegurando, antes de mais, a conservação do valor económico da carteira), devendo informar também o credor pignoratício sobre a evolução da carteira (enviando extractos periódicos se tal lhe for solicitado) e entregar a este último os rendimentos produzidos pelos valores que compõem a carteira (nos termos do pacto anticrético presumido constantes do regime geral do penhor), respondendo também perante ele pelo incumprimento dos seus deveres. Em face da alteração que a dação em penhor acarreta para o contrato de gestão, o Autor admite que o gestor possa negar-se a manter o conteúdo do contrato nas novas circunstâncias, podendo recusar-se a aceitar o papel de terceiros depositário dos bens onerados.

<sup>2747</sup> Sobre esta garantia, vide supra n.º 3.5 do Capítulo I.

<sup>2748</sup> Qualifica o penhor de carteiras de valores mobiliários como um penhor de universalidades Bautista Pérez, ob. cit., pág. 59 e segs.. O Autor, depois de distinguir as carteiras estáticas (nas quais os valores que as compõem possuem um valor intrínseco – resultante das suas características essenciais, como a sua categoria e liquidez - e outro extrínseco, resultante da avaliação que é feita desses valores no momento da constituição da garantia e que, naturalmente, está sujeito às variações do mercado: de qualquer modo, o que mais releva neste tipo de carteiras é a sua específica configuração, “*de tal suerte que al acreedor pignoraticio lo que más le interesa de la garantía es la no-variación en la composición de la cartera por ser para él primordial la bondad de los valores que la integran*”) e dinâmicas (nas assume primordial importância, não o preço de cada valor que as compõem, mas sim do conjunto, daí advindo a possibilidade de alteração da respectiva composição), consoante seja ou não possível alterar a sua composição. Sucede, porém, que esta possibilidade de alteração do quid onerado parece chocar com a necessidade de determinação *ab initio* do objecto da garantia (imposta pelo art.º 1858.º do CCE): todavia, será possível considerar que essa condição se encontra verificada, desde que se considere que o quid onerado no penhor de carteiras de valores não são estes últimos, mas antes “*la propia cartera como universalidad considerada en la que se pacta entre las partes un acuerdo de subroación real de los distintos valores que la integran de tal suerte que se pueden cambiar unos por otros, de acuerdo con los pactos y en la forma que se ha establecido al constituir el derecho real, sin que el objeto de la garantía, la cartera, quede alterado*”, tanto mais que esta concepção logrou acolhimento legal no direito catalão (cfr. art.º 16.º da Lei sobre garantias reais de 2002, que consente, havendo pacto nesse sentido, que o devedor possa substituir, total ou parcialmente, os bens fungíveis empenhados: em face deste regime, o Autor constata que “*la Ley Catalana ha evolucionado, acertadamente, del concepto de prenda del objeto al de prenda de valor*”) e no regime do penhor financeiro (ao atribuir ao credor, se as partes assim o estipularem, um direito de substituição e/ou de disposição do objecto da garantia, completado com a

Também já se defendeu assumir esta obrigação de identificação do objecto onerado contornos mais laços quando o objecto empenhado consista num crédito, permitindo a dação em penhor de créditos não determinados:<sup>2749</sup> porém, a necessidade de notificação do terceiro devedor do crédito empenhado como condição do nascimento desta garantia (art.º 681.º, n.º 2) requer, salvo melhor juízo, que no momento da sua constituição, sejam indicados quais os aqueles terceiros (ou melhor, quais as relações jurídicas entre esses terceiros e o empenhante) que poderão, no futuro, vir a ser devedores dos créditos a onerar.

Um outro domínio específico em que a questão de determinação do *quid* onerado se faz sentir com particular acuidade é o das garantias sobre depósitos bancários, em particular quando incidam sobre o saldo de uma conta corrente.<sup>2750</sup>

---

obrigação de, o mais tardar no momento do vencimento das obrigações garantidas. Para além disso, este regime consente igualmente o pacto que permita ao credor, em caso de diminuição do valor da garantia, exigir o restabelecimento do equilíbrio inicial e, assim, a oneração de novos valores: o Autor estranha o porquê da lei apenas aludir à reposição do equilíbrio a favor do credor e não a favor do devedor – em caso de aumento do valor dos bens inicialmente empenhados -, mas aceita igualmente uma convenção neste último sentido).

<sup>2749</sup> Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 19, invoca, em abono da sua tese, um argumento literal retirado do n.º 1 do art.º 666.º, afirmando que “*em relação ao penhor de créditos, o art.º 666.º estabelece que a satisfação preferencial do crédito é efectuada pelo valor de créditos, pertencentes ao devedor ou a terceiro. Já no que tange ao penhor de coisas, a mesma disposição esclarece que o interesse do credor é satisfeito pelo valor de certa coisa móvel. A diferença do texto normativo reside precisamente na qualificação da coisa móvel como certa, mas já não dos créditos*”. Esta menor exigência relativamente ao penhor de créditos destina-se a permitir o empenhamento de créditos não determinados, mas determináveis (ou seja, mesmo que não se encontrem identificados todos os elementos do crédito a empenhar, desde que seja respeitado o modo específico de constituição da garantia com este tipo de objecto), tendo em conta que o desapossamento apenas seria constitutivo para o penhor de coisas.

<sup>2750</sup> Alude a este problema Finez Ratón, ob. cit., pág. 198 e segs., mas, na senda das soluções do direito francês, descarta trata-se de um obstáculo incontornável, realçando como o problema entronca num outro – mais vasto – da admissibilidade de um penhor sobre coisas futuras, normalmente negado por força da exigência de desapossamento material do empenhante: todavia, tal limitação não se verifica nos penhores sem desapossamento e no penhor de créditos (figura que o Autor entende ser a mais adequada ao enquadramento do penhor de depósitos bancários), considerando ainda que, no caso dos depósitos bancários se verificará, quando muito, uma indeterminação da sua quantia e não da respectiva existência. Seguindo esta linha de pensamento, o Autor admite que, no penhor de depósitos bancários, “*la prenda pueda extenderse a los bienes, títulos o otros valores del cliente que lleguen a poder del banco*”, sobretudo porque o art.º 1865.º do CCE (ao invés dos seus homólogos francês e italiano) não impõe a expressa determinação do objecto onerado e, por outro lado, porque o Autor sustenta a desnecessidade de notificação do devedor do crédito empenhado como condição de surgimento ou oponibilidade da garantia (o que permite empenhar créditos futuros, mesmo quando se desconheça a identidade daquele): por ser assim, o Autor entende que “*no hay razón para excluir como objecto de la garantía el eventual saldo acreedor a favor del cliente de una cuenta corriente bancaria*” (até porque não se trata de um crédito futuro em sentido estrito, mas antes de um créditos pré-existente de quantia indeterminada), assegurando que “*la cuenta corriente, como servicio de caja de las distintas operaciones entre el banco y el cliente, es criterio suficiente de identificación del crédito garantizado*”, esclarecendo, por último, que a garantia pode abarcar igualmente as quantias que, em momento posterior ao da constituição do penhor, venham a ser inscritas a favor do empenhante nas suas contas bancárias (a menos que, no contrato de garantia, se estipule que esta incide apenas sobre o saldo existente nessa data), uma vez que o que está em causa não é o penhor de um bem futuro (pois o depósito existe na data do surgimento da garantia), mas sim de determinação do montante onerado e sendo que a falta desta não é um óbice à validade do penhor (é certo que, em rega, a dação em penhor de um depósito bancário implica o bloqueio da conta – e, assim, a plena determinação do valor onerado – mas tal não é forçoso, podendo o credor assumir o risco de autorizar a sua movimentação ou a manutenção da relação de conta corrente). De acordo com Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 132, se a subscrição do contrato contendo a cláusula de extensão da garantia a todos os bens que, futuramente, viessem a estar em poder da banca credora ocorrer contextualmente à estipulação da antecipação bancária ou sucessivamente as conclusões são as mesmas a retirar, em termos genéricos, relativamente à validade de semelhante tipo de cláusulas (designadamente por semelhante cláusula

Em suma, para aqueles penhores cuja constituição se processe mediante o desapossamento do empenhante, à partida essa entrega será bastante para preencher o requisito legal de determinação do objecto onerado (apesar de, desse modo, se excluir a oneração de bens futuros): porém, para aqueles bens para cuja oneração pignoratícia a lei imponha formalidades distintas e, bem assim, para aqueles outros cuja variabilidade no decurso da relação pignoratícia comprometeria, quiçá inevitavelmente, a sua oneração, se, porventura, a cada alteração fosse necessária uma nova entrega de determinado tipo de bens (como sucede com as universalidades ou as coisas fungíveis), tal exigência legal deverá ser adaptada.

À imagem do defendido a respeito das cláusulas *omnibus* e de extensão relativas ao crédito garantido, também nesta sede e por identidade de razão a possível indeterminação do objecto da garantia (quando se trate de penhor que dispense a entrega material do bem e os mecanismos alternativos – registo e/ou redução a escrito não o consintam) conduzirá, de *lege data*, à nulidade da própria cláusula, por violação do art.º 280.º, n.º 1, que comina esta sanção (analogamente, se a falta de concretização for apenas parcial – por estarem discriminados os bens a onerar no presente, mas não aqueles a que a garantia pode vir a atingir no futuro – a invalidade dirá apenas respeito a estes últimos, não prejudicando o surgimento da garantia relativamente aos primeiros).<sup>2751</sup>

A finalizar, cabe realçar que estas interrogações acerca do preenchimento das condições legais de identificação do crédito garantido e dos bens empenhados se adensam quando são utilizadas conjuntamente cláusulas pretendendo abranger um número indefinido de créditos garantidos e onerando todos os bens do devedor<sup>2752</sup> que estejam ou venham a estar no futuro, a qualquer título, em poder do credor pignoratício,<sup>2753</sup> constituindo o que já foi apelidado de penhor global.<sup>2754</sup>

---

comportar uma alteração da proporcionalidade entre a garantia e o crédito assegurado, alargando aquela a créditos diversos dos resultantes do contrato de antecipação). Já, pelo contrário, quando o contrato de antecipação bancária for posterior à do contrato no qual foi inserida a cláusula de extensão aos demais bens do devedor futuramente na posse do credor (nomeadamente em consequência da dita antecipação bancária), o Autor sustenta que o momento da constituição do penhor será aquele em que se celebra a antecipação bancária (e não do contrato contendo a cláusula *omnibus*), pois só nesse momento se verifica o desapossamento do empenhador.

<sup>2751</sup> Aliás, esta última será a solução mais comum, uma vez que a identificação dos bens empenhados no momento da constituição da garantia resulta da entrega efectuada ao credor ou a terceiro.

<sup>2752</sup> O mesmo perigo poderá advir da junção de uma cláusula *omnibus* com outra de rotatividade, afirmando Joana Dias, ob. cit., pág. 137, que, neste caso, “*a rotatividade poderá transformar-se, deixando de consistir na possibilidade de conservar, com carácter de continuidade, um direito de preferência sobre um bem do mesmo valor mas mutável, num prolongamento indefinido no tempo de uma preferência. Não pode permitir-se que o valor de um determinado bem do devedor ou de terceiro fique vinculado ad eternum, por todas as dívidas de montantes e natureza totalmente indeterminados que um devedor venha a contrair perante um banco*”.

<sup>2753</sup> Para Joana Dias, ob. cit., pág. 134, o penhor abrangendo todo e qualquer bem que faça parte do património do devedor, por si só, não será ilícito, sobretudo quando o seu valor estiver limitado ao montante do crédito garantido e este se encontre determinado, por exemplo por um tecto máximo de responsabilidade. Como bem notam Gorla e Zanelli e Zanelli, ob. cit., pág. 6, a hipótese mencionado no texto é viável para o penhor de coisas – para cuja constituição a entrega do bem ao credor é, em regra, indispensável -, mas não para o penhor de créditos e de outros direitos, casos em que as formalidades impostas por lei (redução a escrito e notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado – cfr. art.º 280.º do CCI) são insubstituíveis. Por seu turno Gabrielli, Il pegno cit., pág. 144, esclarece que, se no momento da aposição da cláusula, os bens ou créditos empenhados não fossem indicados sequer pelo seu género (ou ainda nem sequer existissem), tal garantia deveria qualificar-se como um penhor de coisa futura.

<sup>2754</sup> Denomina assim um penhor com estas características, Joan Marsal Guillaumet, ob. cit., pág. 356 e segs.

### 3 - Impossibilidade de substituição do objecto da garantia

#### 3.1 - Os penhores rotativos

Um domínio específico em que se questiona o preenchimento ou não das condições legais de determinação do objecto da garantia é o dos chamados penhores rotativos.

A necessidade de contornar os inconvenientes normalmente associados à impossibilidade de substituição do objecto da garantia, fomentou o surgimento das cláusulas ou pactos de rotatividade,<sup>2755</sup> podendo definir-se o penhor rotativo como aquela garantia “*che consenta la sostituibilità e mutabilità nel tempo dell’oggetto del vincolo senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, e soprattutto senza che tale mutamento dia luogo alle condizioni per la revocabilità, ordinaria ou falimentar, dell’operazione economica in tal modo posta in essere*”<sup>2756</sup> ou, em alternativa, como aquelas que consentem a substituição e/ou mutação, no tempo, do objecto da garantia, sem comportar, a cada substituição ou mutação, a necessidade de renovar o cumprimento dos requisitos exigidos para a constituição da garantia e sem novação da obrigação inicialmente contraída.<sup>2757</sup>

Contudo, a configuração desta figura não é unânime, desde logo quanto à sua denominação (oscilando entre a designação “rotativo”<sup>2758</sup> e “flutuante”), para além de o

---

<sup>2755</sup> Dentro do fenómeno da rotatividade, podemos operar diversas distinções, tendo em conta várias classificações. Assim, de acordo com a fonte, podemos encontrar a chamada rotatividade legal (em que a substituição do objecto da garantia resulta directamente da lei – cfr. art.ºs 670.º, alínea c) e 692.º) e a rotatividade convencional (quer nos casos em que não exista previsão legal a esse respeito, quer nos casos em que a lei se limita a consentir que as partes acordem nesse sentido – cfr. art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, em matéria de penhor financeiro). Por outro lado e no que se refere à amplitude dos créditos garantidos, a garantia rotativa pode abranger apenas créditos actuais ou, ao invés, também créditos futuros (neste último caso, estaremos perante uma cláusula omnibus rotativa). Já no que concerne à abrangência da fonte contratual, podemos distinguir a rotatividade para assegurar créditos resultantes de uma única fonte contratual ou de uma fonte contratual múltipla. Poder-se-á igualmente diferenciar as garantias rotativas relativamente à necessidade ou desnecessidade de desapossamento das mesmas. Por último, cumpre separar, tendo em conta os poderes de disposição do devedor sobre os bens empenhados, as garantias rotativas fortes (aquela em que o devedor possa dispor desses bens sem consentimento do credor), médias (em que apenas ou poderá fazer com aquele assentimento) ou fracas (em que o poder de disposição por parte do devedor é excluído). Para além disso, as partes podem alcançar o mesmo desiderato da rotatividade através de outros esquemas contratuais, como seja a constituição de um penhor sobre determinados créditos, conjugada com a cessão em garantia de todos os créditos, presentes e futuros, do devedor não incluídos no objecto do penhor. Sobre este assunto, vide Joana Dias, ob. cit., págs. 100 a 103.

<sup>2756</sup> Cfr. Gabrielli, Il pegno cit., pág. 224 (aceita esta noção Matteo Rescigno, Le garanzie “rotative” convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina, in BBTC, n.º 54 (2001), pág. 1 e segs.).

<sup>2757</sup> Para uma noção aproximada Joana Dias, ob. cit., pág. 111.

<sup>2758</sup> Gabrielli, Il pegno cit., págs. 257 a 216, confrontado com outras qualificações da figura, nomeadamente quando a mesma incida sobre instrumentos financeiros (tendo em conta que a lei italiana – cfr. art.º 34.º, n.º 2, do d.lgs. 213 de 24/6/1998 – prevê a criação de contas específicas destinadas à constituição de vínculos sobre a totalidade dos valores mobiliários registados nessas mesmas contas), rejeita estes outros entendimentos. Face àqueles que qualificam este penhor como “um penhor sobre o valor do conjunto” (considerando que o vínculo se constitui sobre o valor do conjunto dos instrumentos financeiros registados na conta, permitindo-se ao constituinte da garantia dispor livremente de cada um dos instrumentos onerados, até ao momento em que a garantia deixa de flutuar e se cristaliza numa série

fenómeno se reportar, não apenas ao objecto da garantia, como também aos créditos assegurados.<sup>2759</sup>

Por forma a melhor delimitar os contornos exactos das cláusulas de rotatividade, deveremos distingui-las das cláusulas de extensão - as quais se caracterizam por alargar o penhor a bens que posteriormente acresçam àqueles que constituíam o objecto da garantia -, uma vez que, aparentemente, em ambos os casos o objectivo perseguido pelas partes é o mesmo, qual seja o de permitir uma possível alteração da configuração inicial do objecto empenhado.

A nosso ver, as cláusulas de rotatividade procuram assegurar um objectivo similar ao visado pelas cláusulas de extensão (possibilitar a modificação dos bens originariamente onerados), mas têm um âmbito mais restrito, porquanto, como melhor se verá adiante, pressupõem uma paridade de valor entre os bens inicialmente onerados e os substitutos, exigência esta que não se verifica no âmbito das cláusulas de extensão (nas quais o valor dos bens que passem a integrar a garantia pode crescer aos dos onerados *ab intitio*).<sup>2760</sup>

---

de bens concretos, sempre no limite inicialmente acordado), contrapõe que o objecto deste tipo de penhor são os próprios instrumentos financeiros e não o seu conjunto (tendo em conta que a própria lei se refere a um vínculo “*sugli strumenti finanziari*” e, ademais, exige a indicação da respectiva espécie, quantidade e valor – vide art.º 46.º do Regulamento Consob n.º 11768, de 23/12/1998, alterado pelo Regulamento 13085, de 18/4/2001), nem tão pouco a conta de depósito (a qual funciona apenas como lugar escriturário onde tais valores são “colocados” e custodiados, até porque – prossegue o Autor - a conta em si não é um bem, nem um direito, que possa ser objecto de penhor). As mesmas críticas podem ser dirigidas aos que entendem estarmos perante um penhor “sobre o valor”, acrescentando que uma coisa é o interesse protegido pela garantia (precisamente à obtenção do valor económico resultante do objecto recebido em penhor) e outro é o próprio objecto da garantia (que deve ser concretamente identificado). Finalmente, respondendo aos que apelidam o fenómeno de “*penhor flutuante*”, o Autor sustenta que esse tipo de garantia é próprio dos ordenamentos de origem anglo-saxónica, encontrando consagração em Itália a propósito da dação em garantia de bens da empresa (cfr. art.º 46.º do Texto Único em matéria bancária e creditícia, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 385, de 1/9/1993), não exigindo a identificação concreta dos bens que compõem o conjunto, ao contrário do que sucede com o penhor de instrumentos financeiros, relativamente ao qual a lei impõe tal identificação. Concluindo, o Autor sustenta que o penhor sobre instrumentos financeiros se consubstancia num “*pegno anomalo, contenente, per quanto riguarda la conservazione dell’integrità del valore del vincolo, un patto di rotatività della garanzia*”. Já para Luciano Panzani, ob. cit., pág. 943 e segs., o penhor rotativo constitui uma modalidade do penhor de valor, definido este último como aquele em que “*l’oggetto dalla garanzia non viene in considerazione nella sua individualità, in quanto res, ma per il valore dei beni che dalla garanzia sono oggetto e che possono essere oggetto di sostituzione in costanza del rapporto, purché ne rimanga immutato il valore*”, entendendo que o penhor de instrumentos desmaterializados incide sempre “*sull’insieme degli strumenti finanziari registrati in conto*”, muito embora um penhor com semelhante objecto não tenha que ser forçosamente um penhor rotativo (isto é, “*le istruzioni che l’intermediario deve rispettare attengono essenzialmente al caso in cui sia previsto il patto di rotatività*”, uma vez que é necessário assegurar a manutenção do valor a cada substituição; “*diversamente si avrà pur sempre un pegno sull’insieme degli strumenti finanziari registrati in conto, ma non necessariamente un pegno di valore*”). Segundo Paolo Piscitello, Le garanzie cit., pág. 2 e segs., a característica essencial da rotatividade é a contínua variação do objecto, sem que isso implique a constituição de um novo vínculo.

<sup>2759</sup> Joan Marsal Guillamet, ob. cit., pág. 356 e segs., dá conta que, no direito espanhol, a expressão “*penhor flutuante*” é utilizada, não só para designar a possibilidade de o empenhante alterar o objecto inicialmente onerado (sempre ressalvando a dificuldade de conciliar esta figura com o desapossamento possessório imposto pelo regime geral do penhor, advogando, em conformidade, que o seu terreno de eleição é o da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento), mas igualmente a amplitude dos créditos assegurados.

<sup>2760</sup>

Por outro lado, importa realçar que os penhores com pacto de rotatividade, entenda-se ou não que estes operam por força de um princípio de sub-rogação real, não se assemelham a um penhor de coisa futura.<sup>2761</sup>

Ao invés, se confrontarmos as cláusulas de rotatividade com as chamadas cláusulas de “*transformação*” ou “*laboração*” (ou até às que alargam a garantia ao produto da venda dos bens onerados ou aos respectivos créditos), constatamos que as primeiras possuem um alcance mais vasto, uma vez que as segundas apenas permitem a substituição dos bens onerados quando se verifique alguma das circunstâncias referidas, ao passo que o mesmo fenómeno se poderá produzir no seio da rotatividade, ainda quando não se tenha verificado qualquer transformação dos bens originariamente empenhados.<sup>2762</sup>

As cláusulas rotativas assumem particular relevância quando a garantia incida sobre bens substituíveis da empresa<sup>2763</sup> e, sobretudo, sobre instrumentos financeiros,<sup>2764</sup>

---

<sup>2761</sup> Este equívoco surge em algumas decisões da Corte de Cassação italiana (cfr. n.º 10685, de 27/2/1999, n.º 8089, de 14/6/2000 e n.º 16914, de 11/11/2003), que qualificam o penhor rotativo como uma “*fattispecie a formazione progressiva*”. Como salienta Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 246 e 247, os arestos confundem “*la struttura ed il meccanismo formale della rotatività del vincolo, com il suo realizzarsi nel tempo, e non ha compreso che (...) il senso della rotatività del vincolo è proprio quello di creare ab origine un’unitaria operazione economica, e quindi di escludere, nonostante le avvenute sostituzioni, il carattere novativo del rapporto, così che la fattispecie fin dal momento della sua costituzione, sia dotata, in ragione della completezza dei suoi elementi, di un effetto di garanzia e del diritto di prelazione, che siano contestuali alla costituzione del diritto reale di garanzia*”, pelo que penhor rotativo e penhor de coisa futura se apresentam como realidades incompatíveis, porque naquele a garantia se encontra constituída inicialmente sobre bens presentes, apenas sendo modificado, sem efeitos novatórios, um dos seus elementos – o objecto – aquando das diversas substituições (em termos idênticos, Gazzoni, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazione)*, in *Rivista del Notariato*, 2000, pág. 1464 e segs.).

<sup>2762</sup> Alude a esta distinção Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 115 e segs..

<sup>2763</sup> Como nota Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 27 a 29, o objectivo das garantias rotativas é o de permitir a continuação da actividade da empresa, consentindo “*a alienação dos bens onerados e a reconstituição das provisões e stocks, de modo a não interromper o círculo produtivo*”. Para Paolo Piscitello, *Costituzione in pegno cit.*, págs. 178 e 179, o reconhecimento de garantias sobre o conjunto das mercadorias (bem como das cláusulas de laboração) está dependente do “*riconoscimento della rotatività della garanzia, per evitare che ad ogni operazione di sostituzione dei beni vincolati debbano ripetersi le formalità di costituzione del pegno e soprattutto si modifichino i presupposti per l’esercizio delle azioni revocatorie*”, assegurando subsistir a necessidade de “*un intervento del legislatore che adegui i modelli tradizionali (...) mirare ad una riorganizzazione complessiva delle garanzie mobiliari sui beni dell’impresa*”. De acordo com este último Autor (in *Le garanzie cit.*, pág. 4), as cláusulas rotativas sobre bens da empresa apresentam duas vantagens essenciais: ao incidirem sobre um conjunto de bens continuamente substituíveis, permitem a continuação da actividade da empresa (consentindo igualmente a alienação e a reposição dos bens); em segundo lugar, desobrigam o credor dos custos de armazenamento dos bens onerados: porém, adverte que a necessidade de desapossamento impõe que a manutenção dos bens em poder do empenhante seja acompanhada da concessão em locação ao credor das instalações onde os bens se encontrem, podendo este nomear alguém da sua confiança para vigiar o estado das coisas oneradas (aludindo, ainda, ao facto de ser comum a previsão do prolongamento do vínculo sobre os produtos decorrentes da transformação ou sobre as mercadorias adquiridas para prosseguir o processo produtivo).

<sup>2764</sup> O intuito é o de tornar possível uma gestão profissional (por parte do credor ou de um terceiro) e, quando sejam dados em penhor instrumentos financeiros de curto prazo, impedir a anulação da garantia antes do vencimento da obrigação garantida (além disso, estes bens são de fácil avaliação e possuem liquidez de mercado, permitindo a sua substituição evitar a diminuição do seu valor) – neste sentido, Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 2, acrescentando que os penhores rotativos sobre este tipo de bens não colocam problemas de conservação e custódia, para além de os bens serem de fácil avaliação, permitindo uma pronta liquidação em caso de incumprimento. Para Realmondo, *L’oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi*, in *BBTC*, pág. 10 e segs., a colocação em penhor de instrumentos financeiros e/ou valores mobiliários poderá, teoricamente, ocorrer de três modos diversos: ou através de um contrato através do qual o empenhante confie ao credor ou a um terceiro a gestão dos valores, para constituir um penhor sobre o direito à devolução dos valores (solução excluída por ser de negar a empenhabilidade do direito à

não admirando, por isso, que seja com respeito a este tipo de bens que as garantias rotativas convencionais tenham surgido.

A necessidade de estipulação de cláusulas rotativas resulta do desfasamento temporal entre a “vida” do objecto, muitas vezes curta, e a duração potencialmente duradoura da obrigação garantida.<sup>2765</sup>

A respeito dos instrumentos financeiros, a rotatividade encontra-se intimamente associada à sua desmaterialização, na medida em que esta confere inequívoca natureza fungível a esse tipo de bens: não espanta, por isso, que a consagração legal daquela desmaterialização seja muitas vezes acompanhada do reconhecimento das cláusulas rotativas,<sup>2766 2767</sup> sendo disso exemplo paradigmático o regime do penhor financeiro.<sup>2768</sup>

---

entrega de uma coisa certa e determinada, pois no património do empenhante o direito de crédito à devolução não poderá transformar-se num direito de propriedade sobre os mesmos títulos, uma vez que estes últimos já são seus) ou através de um penhor irregular, nos termos do qual a propriedade dos valores se transmite para o credor pignoratício, ao qual assiste a faculdade de deles se dispor, com a obrigação de restituir, no momento do vencimento do crédito garantido e em caso de cumprimento, outros bens da mesma espécie de acordo com o valor determinado naquele mesmo momento ou o seu contra-valor em dinheiro (hipótese que considera viável, mas com o inconveniente de o dador de penhor, além do risco inerente à perda da propriedade daqueles bens, não poder dar instruções ao credor sobre o modo de gerir a carteira de títulos dados em garantia e, para o credor pignoratício, de ter que restituir títulos que entretanto tenham aumentado de valor) ou, finalmente, recorrendo à inserção no contrato de penhor de uma cláusula de rotatividade, com base na qual seria suficiente a indicação, para além dos títulos originários, da espécie de títulos pelos quais aqueles pudessem vir a ser substituídos, argumentando que de tal cláusula não advirão prejuízos para os demais credores do empenhante desde que o direito de preferência se confine ao valor dos bens inicialmente dados em garantia (porém, o Autor refere que esta possibilidade se defronta com a necessidade de, a cada substituição, renovar o documento escrito contendo a suficiente indicação da coisa dada em penhor e, para além disso, enfrenta a desconfiança da jurisprudência). Relativamente à cláusula de rotatividade, o Autor propõe uma formulação alternativa, prevendo a transformação do penhor regular originariamente constituído sobre determinados valores se transmutar, no momento do vencimento destes e quando devessem ser renovados ou alienados a fim de adquirir outros, num penhor sobre o crédito *ex mandato* à aquisição de novos títulos e à transferência da respectiva propriedade ao empenhante ou à restituição do seu contra-valor.

<sup>2765</sup> Como bem salienta Realmonte, L’oggetto cit., pág. 10 e segs., “*La (quasi) inevitabile sfassatura temporale tra la “vita” dell’oggetto della garanzia e quella del credito che con esso si intende garantire fa emergere immediatamente l’esigenza, avvertita dal creditore pignoratizio, di neutralizzare gli “inconvenienti” insiti nelle sostituzioni del bene originariamente costituito in pegno e quella, (eventualmente) contraposta, del datore di poter compiere siffate sostituzioni (...) che consenta la sostituzione nel tempo – ad opera sia del datore, sia del creditore pignoratizio – dei titoli dati in garanzia e non comporti, al verificarsi di ogni sostituzione, né la necessità di rinnovare il compimento delle formalità prescritte per l’esercizio di prelazione*” Em termos análogos, Piscitello, Le garanzie cit., pág. 8 e segs., assegura que, no caso dos instrumentos financeiros, a convenção típica atribuí ao constituinte da garantia ou ao credor o poder de substituir os bens inicialmente empenhados por outros, assim consentindo superar esse desfasamento entre o período de validade do título e o do financiamento e, por outro lado, tornando possível uma eficaz administração dos bens onerados, nomeadamente através da celebração de um contrato de gestão dos mesmos.

<sup>2766</sup> No direito italiano, o processo de desmaterialização culminou com a entrada em vigor do Texto Único de intermediação financeira (aprovado pelo d.lg. n.º 58, de 24/2/1998), em cujo art.º 87.º se prevê que os vínculos sobre instrumentos financeiros integrados num sistema centralizado se transferem, sem efeitos novativos, para os direitos do depositante através do endosso à sociedade gestora, considerando-se como não escritos os averbamentos no título, devendo tais vínculos ser inscritos no registo gerido pelo depositário, produzindo este registo os efeitos próprios da constituição do vínculo sobre o título (acrescentando ainda o n.º 4 deste preceito que os averbamentos deverão ser comunicados, no prazo de três dias, ao emitente para que este proceda às inscrições necessárias). Pouco tempo depois foi aprovado o d.lg. n.º 213, de 24/6/1998, diploma este impõe a desmaterialização obrigatória dos instrumentos financeiros negociais ou destinados à negociação ou à difusão pelo público (art.º 28.º), impondo-se às sociedades gestoras a obrigação de abrir uma conta em nome do emitente por cada emissão (art.º 29.º), constituindo-se o penhor através do registo nestas contas detidas pelo intermediário, devendo este registo comunicado ao emitente (art.ºs 34.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 3). É com este último diploma (e com as normas

que a vieram desenvolver, *maxime* os art.ºs 45.º a 47.º do Regulamento Consob n.º 11768, de 23/12/1998, alterado pelo Regulamento 13085, de 18/4/2001, de entre os quais cumpre salientar o n.º 1 do art.º 46.º “*per gli strumenti finanziari registrati in cont in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati*” e o n.º 2 do art.º 47.º “*contestualmente alla costituzione del vincolo il titolare del conto impartisce all’intermediario per iscritto istruzioni conformi agli accordi intercorsi con il beneficiario del vincolo in ordine alla conservazione dell’integrità del valore del vincolo e all’esercizio dei diritti sugli strumenti finanziari registrati nel conto*”) que se consagra de modo mais explícito a viabilidade das cláusulas rotativas, sobretudo tendo em conta dois aspectos: em primeiro lugar, o facto de a garantia se constituir unicamente através do registo nas contas do intermediário financeiro comprova como uma técnica alternativa à entrega do bem não desvirtua a natureza pignoratícia da garantia; em segundo lugar e decisivamente, o vínculo de garantia considera-se constituído e oponível a terceiros no momento da sua constituição, independentemente de futuras substituições ou integrações, sem necessidade de renovação das formalidades necessárias para a atribuição do direito de preferência, com a única condição de a substituição ou integração ter lugar a paridade de valor (acerca desta evolução, vide Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 225 a 235, entendendo que, com o último dos diplomas citados, “*la questione del pegno rotativo può considerarsi superata*”; reconhecem igualmente que este último preceito consagra a continuidade da garantia, apesar da substituição do bem empenhado, Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 388, Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 586 (falando do “*definitivo superamento della materialità del pegno; il vincolo non è costituito sulla res o su titoli determinati, ma sul valore di questi (...) gli effetti propri della costituzione del vincolo si producono con la sua iscrizione nel apposito registro o conto. Ora non è più necessaria la consegna della res (quindi lo spossessamento) ed i titoli possono essere sostituiti senza che da ciò discenda la costituzione di un nuovo pegno (...). Si tratta di un riconoscimento esplicito, a livello normativo, del pegno rotativo come pegno di valore*”, pelo que, uma vez constituída a garantia e desde que o valor permaneça igual, a substituição do objecto não implicará nenhum ulterior documento com data certa, nem produzirá efeitos novatórios) e Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 137 e segs. (embora considere não ter havido um abandono da disciplina cartular, mas antes o legislador tenha identificado o documento físico com o registo na conta do intermediário, de modo que “*il superamento della fisicità del titolo di credito non sembra comportare il superamento della sua logica di funzionamento: i relativi diritti si trasferiscono e si costituiscono comunque (su e) attraverso la individuazione di una res che, perduta la sua materialità, è divenuta res scritturale*”. A Autora acrescenta ainda que o mesmo regime vigora para os títulos da dívida pública). Também Giuseppe Martino, *ob. cit.*, pág. 65 e segs., assegura que o diploma legal por último referido, conjugado com o respectivo regulamento de execução, consagra o mecanismo da rotatividade e assegura a ausência de efeitos novatórios do mesmo (embora sempre com a limitação do valor inicial do objecto onerado), concluindo o Autor que se trata de um “*pegno di valore, ovvero sia un pegno dove l’oggetto della garanzia non sia considerato nella sua individualità fisica, ma nel valore economico che esprime*”, posição subscrita igualmente por Clementina Scaroni, *ob. cit.*, págs. 413 e 414 (realçando a desnecessidade de renovação, a cada movimentação da conta, das formalidades prescritas para o surgimento da preferência pignoratícia, destarte consentindo às partes “*raggiungere convenzionalmente il risultato di ancorare il vincolo alla data della sua originaria costituzione nonostante le successive modificazioni o integrazioni dei beni concessi in garanzia (...). La garanzia rimane legata al valore economico degli strumenti finanziari registrati in sostituzione o integrazione del vincolo e le successive sostituzioni sono senza effetti novativi purché ciò avvenga a parità di valore. I creditori successivi non subiscono alcun pregiudizio poiché si tratta del medesimo vincolo, anche se modificato nell’oggetto*”, pelo que conclui estarmos perante “*un unico pegno rotativo e fluttuante, che possa essere modificato nel contenuto, e non più pegni*”). Todavia, como salienta Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, pág. 135 e segs., existe alguma desarticulação entre os regulamentos de desenvolvimento e o respectivo decreto-lei (para além do facto de a lei de autorização do decreto-lei não fazer referência a qualquer intervenção no âmbito do penhor rotativo), tendo em conta que aqueles falam da constituição de penhor sobre um “valor”, enquanto o decreto-lei respectivo omite tal referência e tal *quid* não consta de entre aqueles que, nos termos do regime civilístico do penhor, podem ser objecto desta garantia (tal desfazamento, prossegue o mesmo Autor, pode ser corrigido de duas formas: ou considerando que o regulamento modifica a previsão legislativa – solução duvidosa – ou, pelo contrário, entendendo que a expressão utilizada se encontra privada de qualquer significado autónomo, sendo apenas fruto da confusão entre o interesse protegido com a garantia – obtenção do valor económico representando pelo objecto do penhor - e o respectivo objecto – o conjunto dos instrumentos financeiros registados na conta).

<sup>2767</sup> No direito francês, o art.º art.º L211-20 do Code Monétaire et Financier dispõe que “*Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en*



Apesar de a rotatividade andar muitas vezes de mãos dadas com fenómeno da desmaterialização,<sup>2769</sup> não será correcto falar de uma identificação absoluta entre garantias não possessórias e rotatividade, no sentido em que esta última não tem que, necessariamente, prescindir da entrega dos bens empenhados ao credor ou a terceiro, ou seja, a rotatividade é concebível mesmo no âmbito de penhores com desapossamento.<sup>2770</sup>

---

*garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement. Les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, en garantie de la créance initiale du créancier nanti, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale*” – deste preceito decorre que o penhor incide sobre a conta do empenhante (e não sobre o conteúdo da mesma), com a consequência de o penhor surgir com o ingresso dos títulos naquela conta, abrangendo não só os existentes na conta empenhada no momento da constituição da garantia, mas igualmente aqueles que os substituam ou completem em garantia do crédito pignoratício (bem como os frutos e produtos em qualquer moeda), os quais se encontram-se sujeitos às mesmas condições que os inicialmente oferecidos em garantia e, por isso, se consideram entregues na mesma data. Já anteriormente, o art.º 29.º da Lei de 3/1/1983, alterada pela Lei de 2/7/1996, dispunha que, no penhor sobre os títulos desmaterializados depositados em conta, *“Tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d'échanges, de regroupements, de divisions, d'attributions gratuites, de suscription en numéraire ou autrement sont, sauf convention contraire, compris dans l'assiette du gage à la date de la déclaration”*. O expresse reconhecimento legal da possibilidade de substituição (ou de complemento), sem prejuízo da continuidade da garantia, dos instrumentos inicialmente onerados por outros instrumentos e/ou por quantias em dinheiro resultante da venda dos instrumentos previamente empenhados, representa, no entender de Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 66, o reconhecimento que o objecto do penhor é o portefólio de instrumentos financeiros e não os concretos activos originariamente onerado, consubstanciando um verdadeiro penhor de uma universalidade de facto (para além de sancionarem a validade de cláusulas contratuais destinadas a assegurar a manutenção do valor da garantia – através, por exemplo, das chamadas *“clauses de arrosage”*, nos termos das quais o constituinte se obriga a onerar novos bens em caso de o valor dos inicialmente onerados descer abaixo de um determinado nível, sem que isso implique a constituição de uma nova garantia, uma vez que o penhor incide sobre o portefólio entendido como uma universalidade e, por isso, *“il n'y a pas de modification de l'objet de la sûreté, puisqu'il ny a pas de modification en valeur para rapport à l'affectation initiale. Parce que l'arrosage maintient seulement la valeur do gage au niveau convenu sans en augmenter la consistance, il n'y aurait pas une nouvelle affectation”* - e mesmo o aumento desse valor, nomeadamente prevendo um suplemento de garantia em caso de aumento do valor do crédito garantido).

<sup>2768</sup> Acerca do regime geral do penhor financeiro e ao reconhecimento legal da rotatividade de uma garantia com este objecto, vide supra n.º 1.2.8.4 do Capítulo II.

<sup>2769</sup> Saliencia a ligação entre os dois factores Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 61 e segs., pondo em destaque o papel fulcral desempenhado pelas sociedades de gestão centralizada, que abrem uma conta para cada um dos emitentes que tenha introduzido no sistema os seus instrumentos financeiros (e na qual são inscritas as diversas emissões e respectivas informações) e outras contas de propriedade e de terceiros por cada intermediário, enquanto estes últimos abrem contas em nome de cada um dos clientes (onde anotam todas as vicissitudes jurídicas dos instrumentos dela constantes): nesta conformidade, a constituição de uma garantia sobre um instrumento financeiro deve ser duplamente inscrito, isto é, no registo da sociedade gestora e da sociedade intermediária (podendo esta última emitir certificados atestando a legitimidade para o exercício dos direitos sociais). Em face do exposto, *“non ha più senso, trattando di pegno, porsi il problema dell'effettiva individuazione della res”*, uma vez que *“il legislatore ha sostituito la legittimazione basata sul possesso con la legittimazione basata sul meccanismo della dupla registrazione”* (embora ressalve que tal não desobriga as partes do ónus de identificação do objecto da garantia, mas assegura que tal desiderato pode ser alcançado através de métodos alternativos de escrituração aptos a determinar os títulos imateriais).

<sup>2770</sup> Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 2, embora reconheça que, frequentemente, a rotatividade e a ausência de desapossamento do empenhante se conjugam, entende que tal binómio não é forçoso, apontando como exemplo o penhor rotativo – tipificado legalmente - de títulos de crédito, com pacto de substituíbilidade na data do vencimento com outros – que deverão, também eles, ser entregues ao credor - adquiridos com o produto da venda dos inicialmente onerados.

Outro campo de eleição da rotatividade será o penhor irregular, pois poder-se-á sustentar que a passagem do propriedade do bem onerado para o credor torna esta figura imune a muitas das reservas formuladas a respeito das cláusulas rotativas.<sup>2771</sup>

Em Itália, no âmbito de uma clara recepção jurisprudencial de uma construção doutrinal atribuída a ENRICO GABRIELLI,<sup>2772</sup> desde 1998<sup>2773</sup> que a Corte Suprema

---

<sup>2771</sup> É a posição de Relamonte, L'oggetto de pegno cit., pág. 12, segundo a qual a passagem da propriedade dos bens para o credor torna irrelevantes as vicissitudes por que tais bens passem no decurso do período que medeia entre a constituição da garantia e a eventual restituição do *tantundem*, pelo que as substituições eventualmente efectuadas pelo credor pignoratício não afectam a operatividade da garantia (chamando a atenção, porém, para os inconvenientes desta figura, sobretudo porque o empenhante não terá a possibilidade de dar indicações ao credor pignoratício acerca da gestão dos títulos e ficará exposto ao risco da perda da propriedade dos mencionados bens, enquanto o credor poderá ter de restituir títulos que, entretanto, tenham aumentado de valor, porquanto a obrigação de restituição vence-se no momento do vencimento do crédito garantido e tem por objecto bens da mesma espécie “*secondo il valore degli stessi al momento della scadenza, ovvero del loro controvalore*”), posição que merece a aprovação de Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 151 e, especialmente de Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 183 a 185. Este último Autor, depois de lembrar que o penhor irregular apenas pode incidir sobre bens fungíveis e de fácil avaliação em qualquer momento (no que especificamente respeita aos títulos de crédito, duvida que aqui se possam considerar todos eles ou apenas os cotados em bolsa), admite que, no âmbito desse especial tipo de penhor, se possa produzir a substituição dos bens empenhados, mas unicamente se tal substituição se verificar por decisão e iniciativa do credor (podendo, assim, este alienar os bens recebidos em garantia e, com o produto dessa venda, adquirir outros – mesmo se outra espécie – uma vez que tal circunstância em nada altera a obrigação de restituição do *tantundem*, surgindo antes como um efeito inerente à transferência da propriedade dos bens empenhados para o credor, próprio do penhor irregular: nesta conformidade, a cada substituição não será necessária a renovação das formalidades para o surgimento do direito de preferência), designadamente se o devedor conceder ao credor instruções acerca da venda dos títulos dados em garantia e aquisição de outros ou o credor se obrigue a seguir tais instruções (e desde que sem influência na obrigação de restituição a cargo do credor). Ao invés, quando ocorrer a alteração da obrigação de restituição que impende sobre o credor (nomeadamente quando o credor conceda ao devedor a faculdade de retirar os bens previamente concedidos em garantia e de lhe entregar outros de diversa espécie, caso em que a obrigação deixa de dizer respeito aos bens originariamente empenhados, para passar a contender com os posteriormente adquiridos em substituição daqueles), estaremos perante uma alteração do objecto da garantia enquadrável no âmbito do penhor regular (o mesmo Autor, in *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 121, relata que a jurisprudência reconhece o efeito rotativo no penhor irregular de títulos ou valores). Salienta também este aspecto Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 35 e 36, repisando que no penhor irregular o credor se obriga a devolver, em caso de cumprimento por parte do devedor, não os bens originariamente recebidos em garantia, mas outros da mesma espécie e de igual valor, pelo que a possibilidade de substituição surge como inerente ao funcionamento deste tipo de garantia, para além do facto de a propriedade do bem dado em garantia se transferir para o credor, pelo que este poderá livremente dispor dele como bem entenda (no mesmo sentido, Francesco Magni, ob. cit., pág. 385, salientando que a aquisição da propriedade dos bens empenhados por parte do credor determina que “*la sostituzione di quelli scaduti nel corso del rapporto, mediante acquisto di altri, non incide sull'oggetto del pegno, dal momento che la banca deve sempre restituire il tantundem. Il discorso, in effetti, non coinvolge il problema della rotatività del pegno, in quanto riguarda beni fungibili, di cui la banca acquista la proprietà in origine*”).

<sup>2772</sup> Giorgio De Nova, Recensione a Enrico Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., págs. 408 a 410, reconhecesse isso mesmo, aplaudindo a abertura jurisprudencial, até por não ter mediado um período de tempo muito longo entre a elaboração doutrinal da figura do penhor rotativo e o seu acolhimento por parte do aparelho judicial. Também Melissa Magnano, ob. cit., pág. 582, constata este facto, especialmente no que se refere à consideração do objecto da garantia na sua componente de valor (e não na sua individualidade) e ao enquadramento jurídico na rotatividade no âmbito da sub-rogação real.

<sup>2773</sup> Primeiramente na decisão n.º 5264, de 28/5/1998 (apesar de ter decidido no sentido da invalidade da convenção *sub iudice*, por não verificação de um dos requisitos erigidos como condição de admissibilidade dos pactos rotativos, *in casu*, o facto de a substituição do bem objecto da garantia ter ultrapassado o dos bens originariamente onerados), com inúmeras anotações, como as de Luciano Panzani, ob. cit., pág. 943 e segs. (aplaudindo, genericamente, os fundamentos da decisão, designadamente na parte em que reconhece não ser a entrega do bem relevante em si, mas antes enquanto meio para colocar o devedor numa situação de impossibilidade de dispor do bem empenhado – por isso

reconhece esta figura, atribuindo-lhe eficácia mesmo para além dos casos

---

considerando estarmos perante uma modalidade anómala e não atípica de penhor - e, por outro lado, ao admitir a substituição dos bens originariamente empenhados – seja porque estes são tomados em consideração pelo seu valor económico, seja porque daí não advém prejuízo para os demais credores, desde que o valor dos bens substitutos não seja superior ao dos bens originariamente empenhados – recorrendo, para tal, ao instituto da sub-rogação real), Chiara Mancini, *La riconosciuta normalità del pegno “rotativo”*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, II, pág. 678 e segs. (colocando o acento tónico nas condições impostas para a validade das convenções rotativas, a saber, que o novo bem tenha o mesmo valor do precedente; que o novo bem seja entregue ao credor; e que a entrega de cada novo bem seja acompanhada de um documento escrito com data certa contendo uma suficiente descrição do bem empenhado e do crédito assegurado. A Autora contesta a necessidade de observância desta última condição, alegando que “*Se il vincolo di destinazione inersisce al valore rappresentando del bene e non al bene in quanto tale, una volta costituitosi originariamente il pegno mediante consegna del bene (...) al creditore con atto avente data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa, la successiva sostituzione del bene – ma non del valore – non abbisogna di alcuna scrittura con data certa*”), Fabrizio Maimeri, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazione*, in *Giustizia Civile*, 1998, I, pág. 2162 e segs. (realçando a configuração do objecto da garantia enquanto valor económico ou reserva de utilidade, a ausência do carácter novatório da substituição e a necessidade de cada uma das operações de modificação do objecto do penhor respeitar o limite de valor dos bens inicialmente empenhados), Carmine Stingone, *Il pegno rotativo nella teoria delle garanzie reali*, in *Il diritto fallimentare*, 1998, II, pág. 609 e segs. (pondo igualmente em relevo os três requisitos de que depende a validade das cláusulas rotativas e o facto de a decisão em questão fazer alusão ao princípio da liberdade contratual – traduzida, neste caso, na obtenção de uma garantia capaz de proporcionar ao credor a obtenção e a manutenção de uma reserva de utilidade sobre a qual poderá satisfizer, em caso de incumprimento, o seu crédito - enquanto fundamento das mesmas), Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 90 e segs. (salientando três aspectos: o facto de a decisão – depois de, em geral, declarar que os privados podem incidir sobre o aspecto funcional, mas não sobre a vertente estrutural – não excluir a possibilidade de as partes salvaguardarem a continuidade da garantia, apesar da alteração do respectivo objecto; os limites, já aflorados, à validade das convenções rotativas, atribuindo especial atenção à necessidade de um documento escrito contendo suficiente indicação do crédito garantido e do bem onerado não consubstanciar a constituição de uma nova garantia, mas tão somente “*ricollegare i nuovi beni alla garanzia pignorizia precedentemente costituita, salvaguardando la continuità del vincolo*”; e, finalmente, criticando a necessidade de redacção do dito documento a cada substituição do objecto da garantia, alegando que das três indicações que desse escrito devem constar – crédito garantido, data da constituição da garantia e objecto onerado – as duas primeiras se mantêm intactas e, relativamente à última, se o penhor rotativo é um penhor de valor, no qual o que releva é o valor do bem e não a *res* enquanto tal, “*non si comprende la ragione per cui la consegna di un nuovo bene debba essere accompagnata da scrittura con data certa e contenente sufficiente indicazione della cosa*”, concluindo, por isso, que “*i giudici non sembrano aver colto appieno tutti i possibili effetti della propria impostazione del problema e delle soluzioni prospettate*”). Vide também o sugestivamente apelidado estudo de Andrea Azzaro, *Il pegno “rotativo” arriva in Cassazione: ovvero “comme la dottrina diventa giurisprudenza”*, in *BBTC*, 1998, II, págs. 491 e segs., reforçando o facto de a sentença em questão recusar a qualificação do penhor rotativo como um penhor atípico (asseverando que nesta *fattispecie* a função de garantia se manifesta através de técnicas alternativas ao desapossamento), mas não deixando de lhe dirigir algumas críticas (nomeadamente pela contradição em que incorre, ao afirmar, por um lado, que “*le modificazioni oggettive dei beni darebbero vita alla costituzione di un rapporto nuovo*” e, por outro, que “*la modificazione dell’oggetto non comporti il sorgere di un nuovo rapporto di garanzia che prenda data dalla consegna dei nuovi beni*”, contrapondo o Autor que a admissibilidade dos pactos rotativos deve conduzir à conclusão que “*La sostituzione dell’oggetto non determina nella fattispecie la costituzione di un nuovo pegno rispetto a quello originario ma dà luogo ad una surrogazione reale: lo stesso valore formale di garanzia può infatti accedere ad oggetti materiali diversi e mutevoli nel tempo*”). Por último, Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 417 e segs., advertindo que a solução proposta nesta decisão judicial “*non supera il principio del necessario spossessamento dei beni da parte del creditore e che dunque mal si concilierebbe con garanzie pignorizie costituite su beni che debbono restare nella disponibilità del debitore (ad es. pegni su scorte di magazzino, su merci in lavorazione ecc.)*” e Gessica Pavasini, *Pegno rotativo*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon, pág. 279 e segs. (destacando que o reconhecimento do penhor rotativo não é absoluto, na medida em que não poderá desvirtuar a estrutura fundamental do penhor e, para protecção dos demais credores, não poderá servir de fundamento para um decréscimo do valor dos bens sobre os quais estes se podem satisfazer).

expressamente previstos na lei, ainda que sujeitando a sua validade a determinadas condições, posição esta reforçada em diversas pronúncias posteriores da mesma Corte<sup>2774</sup> e de outros tribunais,<sup>2775</sup> (apesar de, mesmo antes dessa data, vários arestos dos tribunais comuns já deporem no mesmo sentido).<sup>2776 2777</sup>

---

<sup>2774</sup> Designadamente no Acórdão de 27/9/1999, n.º 10685, in Rivista di diritto commerciale, 2000, II, pág. 255 e segs., no qual se pode ler que “È legittimo il c.d. pegno rotativo che si realizza quando nella convenzione costituita della garanzia – avente efficacia obbligatoria – le parti prevedano la possibilità di sostituire i beni originariamente costituiti in garanzia, con la conseguenza che la sostituzione posta in essere non determina effetti novativi sul rapporto iniziale, a condizione che le sostituzioni risultino da atti scritti aventi data certa, che avvenga la consegna del bene e che questo bene offerto in sostituzione abbia un valore non superiore a quello sostituito”. Também esta decisão foi alvo de diversos comentários, como os de Andrea Maria Azzaro, Pegno rotativo e operazione economica, in Rivista di diritto commerciale, 2000, II, pág. 259 e segs., elogiando esta orientação e salientando que representa o reconhecimento do carácter unitário da operação complexa “attraverso l’individuazione del dato funzionale, il mantenimento della riserva di utilità nel limite del valore pattuito, e di quello strutturale, la qualificazione dei singoli atti di sostituzione dell’oggetto della garanzia in termini di surrogazione reale” e de Dario Finardi, Efficacia cit., pág. 775 e segs., colocando em relevo a circunstância de esta decisão ter eliminado algumas dúvidas a que o anteriormente aludido aresto de 1998 havia dado azo (sobretudo na parte em que se referia às modificações do objecto da garantia como “un rapporto nuovo”, embora notando que esta expressão, enquadrada no conjunto da decisão, era interpretada como um *lapsus calami*, como também salienta Luciano Panzani, ob. cit., pág. 943 e segs.), afirmando, em termos que não deixam margem para dúvida, que “la continuità del rapporto non è incompatibile con la realtà del pegno, perché deriva dalla convenzione con la quale le parti prevedono la possibilità di sostituirne l’oggetto senza estinzione del precedente rapporto di garanzia”, uma vez que “la genesi del diritto reale di garanzia debba farsi risalire al momento della stipulazione originaria” (por outro lado, reforça que o aresto em questão alude ainda os limites às cláusulas de rotatividade impostas – a identidade da natureza e do valor dos bens empenhados – e ao fundamento da admissibilidade de tais cláusulas, que repousa, no caso dos instrumentos financeiros, na sua desmaterialização, porquanto no quadro desta última “la traditio appare sempre più aliena da questo sistema nel quale il bene negoziato è un elemento di una banca dati, (...) la traditio materiale del bene si sostanzia nella ricezione di una comunicazione”). Também Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 103 e segs., comenta esta decisão em destaque a circunstância de o aresto sob anotação declarar a ausência de qualquer incompatibilidade entre a natureza real do penhor e o efeito rotativo - e a consequente continuidade da relação de garantia - e, noutro plano, o recurso à sub-rogação real para qualificar o elemento estrutural da *fattispecie*, conjuntamente com a identificação do objecto da garantia no valor económico do bem e não no bem usado para o concretizar), dirigindo-lhe duas críticas essenciais: a incongruência ao afirmar, por um lado, que o pacto de rotatividade apenas pode produzir efeitos obrigacionais relativamente à futura substituição do bem empenhado e, por outro, que a entrega do bem substituído será o elemento de uma *fattispecie* de formação progressiva cuja origem remonta ao momento da celebração do acordo de rotatividade (contrapondo o Autor que “il momento surrogativo non ha valenze costitutive della garanzia, che – al contrario – si fanno risalire al momento costitutivo originario (...). Allora, se il valore non muta e le sostituzioni oggettive non variano questa situazione, non ha senso parlare di perfezionamento del diritto tramite la consegna della cosa, perchè in questo tipo di pegno la garanzia è costituita hic et nunc e le successive sostituzioni comportano una mera surrogazione reale dell’oggetto della garanzia”); e, por outro lado, pela assimilação entre penhor rotativo e penhor de coisa futura (distinguindo o Autor as duas figuras, porquanto nesta última “la costituzione del diritto reale di garanzia si avrà con l’effettiva creazione della cosa e con la sua consegna al creditore (...) esiste un diaframma temporale fra conclusione del accordo e il sorgere del diritto reale di garanzia”, sendo que no penhor rotativo “esistendo già al momento della stipulazione il bene, il diritto sorge contestualmente alla stipula, essendo – di conseguenza – immediatamente opponibile ai terzi (...) il pegno rotativo è valido e efficace ab initio”, concluindo pela inexactidão da explicação do penhor rotativo, realizada pelo aresto, como uma *fattispecie* de formação progressiva). Também Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 282 e segs., contesta o facto de a decisão em questão propender para a qualificação do penhor rotativo como penhor de coisa futura, asseverando que “il pegno è costituito ab initio e solo l’oggetto è modificato (...) al momento delle successive rotazioni”, ao contrário do penhor de coisa futura que se constitui “solo quando la cosa è consegnata, una volta venuta ad esistenza, senza ovviamente alcuna retroattività dell’effetto reale, posto che se la cosa ab initio non esisteva in rerum natura non si vede come su di essa sarebbe potuto costituire un pegno”. Especial referência merece o comentário de Melissa Magnano, ob. cit., pág. 582 e segs., destacando que

---

esta decisão, ao contrário da de 1998, prescinde da necessidade de, a cada substituição dos bens onerados, se proceder à redacção de um documento escrito com data certa contendo a suficiente indicação do crédito garantido e do bem onerado, bastando que tal ocorra no momento inicial da constituição da garantia (no mesmo sentido, Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 285). Gessica Pavasini, ob. cit., págs. 286 e 287, cita ainda duas decisões posteriores da mesma Corte – n.º 16914, de 11/11/2003 e n.º 4520, de 3/3/2004 - , nas quais se reafirma, com remissão para os arestos de 1998 e 1999, a admissibilidade do penhor rotativo.

<sup>2775</sup> Vide, por exemplo, a decisão da Corte de Apelo de Milão de 4/7/2001 (no qual se reconhece a validade dos pactos de rotatividade, na condição de o bem substituído não exceder o valor do bem substituído), com comentário de Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 695 e segs.. Esta Autora, depois de analisado o panorama jurisprudencial e doutrinal, conclui que se encontra superado o problema da admissibilidade do penhor rotativo, concluindo estarem assentes os traços gerais da figura, como sejam a sua natureza típica (apenas divergindo do penhor tradicional na medida em que o objecto da garantia reside no valor do bem empenhado e não no bem em si), a noção de substituição (fundada na sub-rogação convencional com efeitos análogos aos da sub-rogação real legal, podendo ser total ou parcial, embora não haja unanimidade quanto ao facto de os pactos rotativos contemplarem, além da substituição, também a integração dos bens inicialmente empenhados: um argumento a favor desta segunda alternativa pode retirar-se do regime do penhor de instrumentos financeiros – cfr. art.º 46.º do Regulamento Consob citado supra – em que se admite expressamente, além da substituição, também a integração, mas, em ambos os casos, respeitando a paridade de valor) e a ausência de efeitos novatórios da substituição (devendo atender-se, por isso, à data da originária constituição, designadamente para efeitos de invalidade em sede falimentar). Todavia, existem ainda alguns aspectos relativamente aos quais as divergências persistem, designadamente quanto à noção de paridade de valor (contrapondo-se os que entendem que o limite deve ser aferido relativamente ao valor que o bem inicialmente empenhado tinha no momento da constituição da garantia, aos que sustentam que se deve atender ao valor do mesmo bem no momento da substituição), aos elementos que devem constar do acordo inicial de rotatividade (depois de constatar a falta de unanimidade jurisprudencial e o escasso contributo doutrinal, conclui que se deverá exigir um grau de especificação que permita aos terceiros credores controlar que os bens inicialmente empenhados não serão substituídos por outros de maior valor, assim identificando os bens a que o vínculo se poderá estender no decurso do funcionamento da cláusula de rotatividade – variando o grau de especificação em função do concreto bem empenhado - e as modalidades em que a substituição poderá operar – sugerindo alguns a criação de um dossier para aí agrupar os diversos títulos) e à eventual necessidade de renovação, a cada substituição, do documento escrito de data certa contendo a suficiente descrição do crédito garantido e do bem empenhado (noticiando que a generalidade da doutrina e jurisprudência respondem afirmativamente quanto à identificação do bem e do crédito, mas são mais permissivas relativamente ao requisito da data certa).

<sup>2776</sup> Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 85 e segs., faz uma resenha destas decisões, começando pela sentença da Corte de Apelo de Milão de 5/4/1974 (onde se afirmava, a propósito da substituição do título de crédito originariamente empenhado por um outro título de crédito, que “*Il mutamento dell’oggetto del pegno non comporta la concessione di una nuova garanzia*”), passando pelas decisões do Tribunal de Apelo de Roma de 30/10/1995 (vide nota seguinte) e do Tribunal de Génova de 30/5/1997 (que, em termos particularmente incisivos, assegura que “*Il c.d. pegno rotativo trova riconoscimento, nel nostro ordinamento, senza la necessità ogni volta di rinnovare la formalità di costituzione, in presenza dei due requisiti della sufficiente determinazione del bene oggetto della garanzia nel patto di rotatività, risultante per atto scritto oponibile ai terzi, e dalla derivazione del nuovo bene ad esso assoggettato dal controvalore del precedente, anche eventualmente incrementato dal controvalore del precedente, anche eventualmente incrementato del maggior valore conseguito dalla sua realizzazione e reimpiegato nell’acquisto del nuovo*”), culminando no aresto do Tribunal de Milão de citado na nota seguinte. Clementina Scaroni, ob. cit., pág. 414 e segs., traça um panorama jurisprudencial, contrapondo decisões que negam a admissibilidade das cláusulas rotativas (maioritariamente com fundamento na violação do princípio da tipicidade das garantias reais, por estarem ausentes alguns elementos típicos do contrato de penhor, como o desapossamento ou na ausência de documento com data certa contendo a indicação do crédito garantido e do bem onerado), daquelas que as admitem (as mencionadas nas notas anteriores, na presente e na nota seguinte).

<sup>2777</sup> Especial referência, em razão dos diversos comentários, merece a sentença do Tribunal de Milão de 17/11/1997, comentada (e reproduzida) por Dario Finardi, Orientamento antiformalistico della giurisprudenza di merito in tema di pegno rotativo, in *Il Fallimento*, 1998, pág. 729 e segs. (embora reforçando tratar-se de uma orientação minoritária, reconhece o mérito de admitir a validade das cláusulas rotativas ao considerar “*inutile, non opportuno e non conveniente ripetere una nuova convenzione solo*

---

*per dare atto di diversi titoli offerti in sostituzione*”, pelo que a grande vantagem de tais cláusulas se traduz na viabilidade de “*sostituzione nel tempo dei titoli dati in garanzia, trasferendo quindi la garanzia sui nuovi beni ma conservando gli effetti reali del vincolo e senza determinare una novazione del rapporto iniziale*”, até porque “*se si restringono eccessivamente i margini delle garanzie, indirettamente si può incidere, contraendolo, sul sistema di finanziamento delle imprese e quindi, si aggiunge, sui tassi di interesse*”. Todavia e aparentemente, o citado aresto exigia, a cada substituição, a renovação das formalidades legalmente prescritas, *maxime* a redacção do documento escrito contendo uma suficiente identificação do crédito assegurado e do bem empenhado.) e por Carmine Stingone, Sulla validità ed opponibilità del pegno bancario “rotativo”: nuove conferme dalla giurisprudenza, in *Il diritto fallimentare*, 1998, II, pág. 97 e segs. (salientando a circunstância de, *in casu*, a faculdade de substituição caber ao credor – a quem cabia igualmente a possibilidade de reinvestir o produto da venda dos títulos entretanto vencido – e, especialmente, ancorando a validade de tais pactos na liberdade contratual das partes se socorrerem do instituto da sub-rogação real para modelar o conteúdo de uma garantia real típica para criar uma figura anómala de penhor, adaptada aos interesses legítimos da operação económica posta em prática. Todavia, a decisão comentada esclarece que será forçosa a identificação, *ab initio*, das sequências de desenvolvimento da operação económica e dos bens que posteriormente se substituiriam aos originariamente empenhados). Também objecto de diversas anotações, apesar de não ser absolutamente clara quanto ao reconhecimento da rotatividade, foi a sentença da Corte de Apelo de Roma de 30/10/1995 - cujo recurso para a Corte de Cassação motivou a decisão n.º 5264, de 28/5/1998 supra mencionada - nomeadamente por parte de Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 87 e segs. (reconhecendo que a mesma incorre numa contradição ao sustentar a validade do pacto comissório, mas, paradoxalmente, entende ser necessária uma nova constituição aquando do funcionamento do mecanismo sub-rogoratório, quando declara que “*le parti sono libere di strutturare il funzionamento della garanzia con un oggetto del pegno variabile nel tempo secondo modalità concertate ab initio, ma non possono far coincidere il perfezionamento del contratto di pegno con la primitiva regolamentazione per tutti i beni che via via saranno individuati come oggetto di pegno*”) e de Umberto Borzi, Brevi note sull’ammissibilità del pegno bancario rotativo, in *Revista di Diritto Commerciale*, 1996, II, pág. 151 e segs., dando igualmente conta das contradições do aresto (ao reconhecer a validade do pacto rotativo, mas acrescentando que o mesmo choca com a natureza real do contrato de penhor, assegurando o Autor que, das duas uma: “*o si nega la configurabilità del pegno rotativo in nome di una rigida applicazione del principio della realtà del contratto, ovvero non si mette in discussione la configurabilità di un simile contratto di garanzia, e allora non è necessario armonizzare il risultato dell’autonomia contrattuale con un principio di realtà derogato a priori dal contenuto causale del pegno rotativo!*”), advogando que, em face das características do bens empenhados *in casu* (títulos desmaterializados e sujeitos a gestão centralizada), se torna irrelevante a questão da entrega material, razão pela qual a “*garanzia ha per oggetto più che un insieme di titoli, un valore, espresso dai titoli (...). Ogniqualvolta la garanzia risulti inadeguata al credito erogato, può essere integrata; ogniqualvolta i titoli vengano a scadere, la banca creditrice o il costituente li sostituiscono con nuovi titoli di genere analogo*” (até porque, sempre segundo o mesmo Autor, “*l’aggiornamento di titoli omogenei non porti modifiche all’assetto che le parti hanno voluto dare con il primo accordo: se (...) la garanzia ad essa pertinente non si muta nei soggetti e nella funzione, non si vede allora come una ordinaria attività di reinvestimento (...) possa portare qualche effetto novativo al contratto*”) e concluindo que, em face desta orientação, o melhor caminho será a opção pelo penhor irregular (assim permitindo uma satisfação directa do credor sobre os bens onerados, sem necessidade de recorrer às medidas executivas). Ainda em comentário à mesma decisão, mas mais céptico relativamente à admissibilidade dos penhores rotativos se mostra Carlo Tabellini, Modificazione dell’oggetto della garanzia e retrodatazione del vincolo reale, in *Il Fallimento*, 1996, pág. 678 e segs. (ao aceitar que “*Perché se è vero – come è vero - che il pegno su beni mobili sorge e si costituisce solo con lo spossessamento del concedente, gli accordi che le parti abbiano raggiunto per ricollegare ogni dazione di pegno di nuovi beni al loro originario contratto (il c.d. patto di rotatività) attengono piuttosto al titolo che ha consentito quelle nuove dazioni di beni, ma non possono far venir meno il dato in sé che la garanzia sui nuovi beni (...) sorge solo nel momento in cui questi ultimi vengono consegnati. La disciplina e i patti che regolano quella nuova garanzia potranno forse dover essere ricercati, in virtù del richiamo operato consensualmente, nell’accordo primigenio. Ma ciò non toglie che comunque il vincolo sui nuovi beni sia sorto soltanto nel momento in cui gli stessi sono stati consegnati*”). Particularmente desenvolvidas são as considerações de Giuseppe Chiné, Il pegno “rotativo” tra realtà e consensualità, in *Giurisprudenza Italiana*, n.º 148 (1996), I, 2, págs. 569, salientando, por um lado, as contradições do aresto (falando das suas boas intenções, ao afirmar que não se trata de discutir a validade e eficácia do penhor rotativo, para depois concluir, contraditoriamente, em termos que conduzem “*all’azzeramento del contenuto del patto di rotatività, il cui unico effetto rimane, a conti fatti, di autorizzare un’attività*

Atento este panorama, não surpreende, por isso, que se considere resolvida a questão relativa à admissibilidade do penhor rotativo, importando antes delimitar com precisão os contornos e os requisitos da figura nas hipóteses de rotatividade não expressamente previstas na lei.<sup>2778</sup>

Noutros ordenamentos, porém, a questão não se afigura tão pacífica.

Por exemplo, em Espanha e aproveitando o silêncio do Código Civil sobre a matéria,<sup>2779</sup> alguma doutrina admite, em caso de substituição do objecto do penhor, a permanência da original relação de garantia, desde que se comprove que os modelos de garantia com objecto variável não violam disposições legais ou princípios de ordem pública,<sup>2780</sup> considerando que o objecto da garantia incide, não tanto sobre um

---

*meramente materiale e cioè la sostituzione dei titoli concessi in garanzia con altri della medesima specie e quantità (...) poiché al momento della sostituzione ed ottemperanza della lettera dell'art. 2787 c.c., un nuovo contratto di pegno prenderà il posto di quello originario*”), por outro criticando o modo como encara o problema do penhor rotativo (analisando a questão de acordo com um modelo analítico polarizado sobre cada um dos actos de substituição, sem a enquadrar no contexto sócio-económico em que o fenómeno da rotatividade se integra, sugerindo o recurso à figura da operação económica) e, por fim, aduzindo um conjunto de argumentos favoráveis à validade de tal figura (desde logo algumas decisões judiciais que validam os pactos de rotatividade sem efeitos novatórios, depois elencando uma série de normas legais que consagram os efeitos sub-rogatórios e, finalmente, ancorando a validade dos pactos rotativos na constatação que o interesse do credor se dirige, não tanto ao bem enquanto tal, mas antes ao valor que o mesmo representa – “*senza che possa sussistere il concreto pericolo di sostituzioni della res in corso di rapporto idonee a corrodere la garanzia*”, razão pela qual é “*possibile e lecito sostituire con uno o più atti successivi l'originario oggetto della garanzia, senza che ciò dia luogo ad un fenomeno di novazione oggettiva, non voluto dalle parti e, d'altro canto, del tutto ultroneo in relazione allo scopo di conferire flessibilità ad una garanzia reale per adeguarla alla particolare natura giuridica di alcune tipologie di beni costituiti in garanzia*”. Quanto à sua oponibilidade, esta deverá prescindir da redacção, a cada substituição, de um novo documento com a suficiente indicação do crédito assegurado e do bem empenhado, desde que a escritura original contenha os elementos suficientes para determinar os possíveis substitutos dos bens inicialmente empenhados: ora, como no caso concreto tinham sido empenhados títulos do Estado, bastava a indicação da natureza e do valor mínimo dos títulos que poderiam ser adquiridos com o produto da venda daqueles originariamente onerados, tanto mais que a própria lei admite tal fenómeno de substituição a propósito destes títulos), concluindo que a rotatividade em nada afecta a natureza real do penhor “*anzi la valorizza nella misura in cui all'iniziale e decisiva consegna della cosa vengono ricondotte le successive vicende dell'unitario rapporto di garanzia*”.

<sup>2778</sup> É a posição de Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 3, elencando três questões principais a resolver: a identificação dos limites da sua utilização por parte da autonomia privada; sistematização das regras ditadas para cada uma das garantias rotativas, contrapondo-as com as ditadas para a rotatividade legal; e, por fim, a elaboração da disciplina global das garantias rotativas.

<sup>2779</sup> Alguns autores citados por De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., págs. 229 e 230, entendem que esta lacuna deve ser suprida com recurso ao direito catalão que, como veremos, prevê expressamente a possibilidade de atribuição, por via convencional, de efeitos rotativos ao penhor.

<sup>2780</sup> Neste sentido, Lopez Beltrán de Heredia, apud Stefano de Paola, ob. cit., pág. 9 e, sobretudo, Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 121 e segs. De acordo com este último Autor, a favor dos pactos de rotatividade (nomeadamente a respeito de carteiras de acções) depõem a admissão de sub-rogação em caso de perda ou deterioração do bem empenhado e o prejuízo que para o credor pignoratício e para o empenhante decorreria da diminuição do valor das acções empenhadas, caso não fosse possível a sua venda. Nesta conformidade, o Autor sustenta que a observância do princípio da especialidade impõe uma dupla delimitação do objecto do penhor, por um lado qualitativa (identificando os concretos valores que podem ser integrados na garantia) e por outro quantitativa (indicando o limite máximo a que pode chegar o montante da garantia) e ainda “*que la sustitución se lleve a cabo dentro de los límites y requisitos pactados previamente en el documento público de constitución de la prenda*” (apontando como solução possível “*recoger en el título constitutivo el procedimiento de sustitución de las acciones pignoradas, enumerando qué clase de valores podrían sustituirlos, y especificando las causas de la sustitución, sea por disminución de la cotización o el valor de las acciones o ante otra circunstancia objectiva claramente constatable. Se han de establecer en el título constitutivo unos límites entre la cotización de las acciones pignoradas y la deuda pendiente en cada momento, de manera que superados estos límites, a iniciativa del acreedor pignoraticio, a consecuencia de la perdida de cobertura de la garantía o, del*

determinado objecto concreto, mas antes sobre o valor económico que o mesmo será capaz de proporcionar, nomeadamente em sede executiva, ao credor.<sup>2781</sup>

Todavia, também neste ordenamento se reconhece a existência de limites à operatividade do fenómeno rotativo, seja no que concerne à sua articulação com a perda do benefício do prazo,<sup>2782</sup> seja no que respeita aos requisitos que o pacto de rotatividade

---

*constituyente, en base a la disminución del valor de su inversión, venga la propia entidad acreedora obligada a vender y reinvertir el producto en alguno de los valores previamente relacionados en la escritura*”, conferindo o sócio empenhante, no título originário de constituição da garantia, poderes ao credor para proceder à venda, bem como ao posterior reinvestimento das quantias obtidas, ou à substituição dos bens inicialmente onerados – para além disso, esta habilitação bastaria para o credor solicitar junto da entidade competente os averbamentos e cancelamentos necessários, nomeadamente quando se trate de acções representadas através de anotações em conta).

<sup>2781</sup> Segundo Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, págs. 251 a 257, o penhor rotativo pressupõe a consideração do objecto da garantia, não na sua individualidade, mas antes como valor económico (“*la prenda es un derecho de satisfacción para cobrar el crédito, no en la cosa misma, sino en el valor del objeto de la garantía*” – aut. cit., *Prenda omnibus cit.*, pág. 46), admitindo a validade das cláusulas rotativas desde que não seja ultrapassado, apesar da substituição dos concretos bens, o valor económico dos bens originariamente empenhados (assim mantendo inalterado o valor dos bens destinados à satisfação dos demais credores do constituinte). De acordo com esta perspectiva do valor económico do bem onerado, o Autor aceita que a modificação das concretas *res* oneradas se produz através de um fenómeno de sub-rogação convencional (como, na fase executiva, o direito do credor pignoratício recai sobre o valor económico do bem, “*es posible, mediante subrogación real, llevar a cabo la sustitución del objeto de la prenda, manteniendo la originaria unidad e identidad de la relación, en cuanto que el interés protegido con la garantía no es aquel dirigido a la obtención de la res sino aquel dirigido a la realización de la utilidad real, la del valor económico representado por la cosa*” – Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 46) que exclui o efeito novatório da substituição e, apesar de comportar uma alteração do esquema normal do penhor, não conduz à qualificação do penhor rotativo como uma garantia atípica (uma vez que a função de garantia permanece a mesma, variando unicamente o meio de a atingir). Todavia, o Autor deixa no ar a questão relativa à possibilidade de ser convencionalizada uma cláusula rotativa em momento posterior ao da constituição da garantia. Também García Vicente, *La prenda cit.*, pág. 100 e segs., admite a substituição do objecto empenhado (apontando como exemplos legais de clara consagração dessa possibilidade o regime do penhor financeiro e até, mais remotamente, o art.º 1129.º, n.º 3, do CCE, de acordo com o qual o devedor não perderá o benefício do prazo quando, em caso de desaparecimento ou diminuição das garantias prestadas, estas sejam imediatamente substituídas por outras novas e igualmente seguras), esclarecendo que, no penhor de créditos, tal substituição assume particular relevância nos casos em que o crédito originariamente onerado se revista de especial importância para o empenhante, seja em razão do seu montante (consideravelmente superior ao do crédito garantido), seja por força da sua data de vencimento (mais breve): todavia, fora dos casos expressamente previstos na lei, o Autor impõe duas condições para a substituição, quais sejam a manutenção do valor económico da garantia (o que, no caso específico do penhor de créditos, significa que o crédito substituto “*represente, al menos, la misma utilidad para el acreedor de modo que el riesgo de insolvencia del deudor cedido (sustituto) sea semejante*”, embora reconheça que, neste tipo de garantia, a faculdade de substituição não assume a mesma relevância que tem no domínio do penhor financeiro, sendo a sua utilidade sentida quando o empenhante “*quiera conservar o mejorar su posición de crédito con el acreedor, a través de una sustitución que reduzca el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos pignorados*”) e a manutenção da ordem de preferência inicial da garantia originária (operando a garantia como um penhor de créditos futuros, cuja preferência, uma vez operada a substituição, retroage à data da primitiva constituição da garantia).

<sup>2782</sup> Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 44 e segs., considera que a análise da validade das convenções rotativas deverá ser precedida de uma avaliação do regime da perda do benefício do prazo (vertido no art.º 1129.º do CCE), designadamente para aferir da sua eventual inderrogabilidade. Mais concretamente, nos termos do regime legal, verificar-se-á a perda do benefício do prazo quando a garantia diminua por facto imputável ao devedor ou de desaparecimento por caso fortuito (a menos que a garantia seja imediatamente substituída por outra igualmente segura). Em face deste regime, o Autor questiona se será admissível que, por via convencional, se possa estabelecer como causas de substituição do objecto “*no sólo la desaparición del objeto sino también si es viable cuando opera una mera disminución imputable ya al deudor, ya por mero caso fortuito*” (apontando como exemplo a flutuação da cotação bolsista das acções): ora, o Autor responde negativamente ao quesito, argumentando, por um lado, com o disposto no



deve observar em ordem à sua validade,<sup>2783</sup> especialmente quando a garantia recaia sobre uma carteira de valores dinâmica – na qual se permite a modificação dos bens

---

art.º 1105.º (nos termos do qual ninguém deverá responder pelos eventos imprevisíveis, bem como por aqueles que, embora previsíveis, forem inevitáveis: só assim não será quando a lei ou o contrato disponham em sentido contrário) e, por outro, com o facto de o regime da perda do benefício do prazo constituir uma protecção do devedor (pois apenas determina a obrigação do devedor repor a garantia em caso de destruição total da coisa motivada por caso fortuito, mas não em caso de diminuição de valor da mesma), concluindo, em conformidade, que “*Sería ilícito portanto prever en un contrato de prenda que en caso de pérdida de valor – disminución – tenga el deudor que reponer el valor de la garantía*”.

<sup>2783</sup> Para além do limite relativo à não ultrapassagem do valor dos bens inicialmente empenhados (o que impõe a exacta avaliação dos bens que se substituem e, acima de tudo, a determinação do momento temporal no qual se deverá fixar o valor dos bens que substituem os primitivos: ou no momento da constituição do penhor ou no momento da substituição dos bens. Por outro lado, “*La rotatividad es compatible con la sustitución del objeto efectuada con bienes correspondientes al contravalor del bien originario pero no a sus frutos, puesto que la sustitución debe hacerse con bienes con identidad de valor a aquellos originarios*” - Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 47), será forçosa a previsão, no pacto inicial, da possibilidade futura e eventual de substituição dos bens empenhados (não sendo admitida “*una genérica previsión sobre la posibilidad de sustituir los bienes objeto de garantía por otros, sin precisar ni el tiempo ni la modalidad de sustitución, y sin ni siquiera predeterminedar el límite del valor económico dentro del cual la sustitución puede ser efectuada*”, exigindo-se antes uma determinação dos bens e valores que podem vir a integrar a garantia “*entendiendo estos valores como plenamente fungibles, si bien, en la hora de proceder a inscribir la prenda en el registro contable, éste produce el desglose de los mismos*” - Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 251 e segs.). Em termos mais afirmativos, o mesmo Autor (cfr. Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 45 e segs.) sustenta que a validade dos pactos rotativos se encontra subordinada a uma suficiente identificação dos bens que podem vir a ser objecto de substituição “*así como los mecanismos a través de los cuáles los bienes originariamente sujetos dejan de estarlo y cómo se procede formalmente a esa sustitución*”, concluindo que ditas cláusulas “*sólo se admitirían si son suficientemente específicas, precisando la modalidad de determinación del valor de los bienes, si prevén indicadores externos que permitan la inmediata identificación de los bienes (...) y finalmente cuando se prevea formalmente toda operación de cambio del objeto que individualice los nuevos bienes objeto de la garantía haciendo expresa referencia al originario contrato de prenda con pacto de sustitución*”. De modo mais detalhado, será possível proceder à substituição dos concretos objectos empenhados, sem alterar o objecto da garantia (“*La relación obligatoria-garantía es la misma, sin necesidad de modificar el título constitutivo de la prenda, cuyos elementos, a excepción del objeto, están explícitamente en él determinados. En lo concerniente al objeto, siempre que se sustituyan cosas dadas en garantía por otras de la misma especie y calidad, y se hubiese pactado expresamente, podemos hablar de un mantenimiento de la garantía*”), respeitando as exigências formais (importando distinguir, a propósito dos valores mobiliários, os escriturais – admitindo a manutenção da data de constituição originária da garantia, desde que os certificados de legitimação emitidos pela entidade competente indicasse, além dos concretos bens onerados, “*la posibilidad de la especie de valores que pueden ser entregados como sustitución en caso de disminución de la cotización de esos valores*” - os titulados à ordem – caso em que “*la constitución de la prenda variará de fecha pues no puede entenderse la inicial de la primera afección de valores, pues la fecha será la del endoso y no de la subrogación*” - e ao portador, caso em que no documento de constituição da garantia seria possível prever uma cláusula rotativa, permanecendo como data de constituição da garantia a inicial), sem que tal implique a constituição de uma nova garantia e recusando tratar-se esta de uma garantia atípica (considerando que “*el esquema comercial de una prenda rotativa implica una variación anómala y más elástica de la estructura de una prenda normal, pero ello no debe llevarnos a pensar que nos hallamos ante una garantía atípica, pues en definitiva la función de garantía, si bien se manifiesta mediante técnicas alternativas o diversas, se cumple mediante la desposesión del constituyente*” - Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 57). Todavia, o aumento do valor da garantia, em resultado de sucessivas incorporações e sem alteração da data de constituição da garantia, justifica a fixação de um limite máximo de valor da garantia o qual, uma vez fixado, permitirá evidenciar a existência de desproporção abusiva entre tal limite e os créditos garantidos, de modo que se o valor da garantia descer abaixo de tal limite, o credor pode solicitar um reforço da garantia; pelo contrário, ultrapassado tal limite, o devedor empenhante poderá dispor dos bens que ultrapassem o excesso de garantia (por exemplo, o Autor sugere que se permita ao credor exigir o reforço da garantia e, se tal não acontecer a respectiva execução, quando o valor da garantia diminua em mais de 10% - e o devedor, ao estabelecer que em caso ultrapassagem da margem de garantia – fixada em 10% a 15% do valor do crédito garantido – o credor poderá exigir uma restituição

concretos bens onerados - objecto de gestão,<sup>2784</sup> seja ainda sobre a necessidade de repetição das formalidades de constituição da garantia a cada substituição.<sup>2785</sup>

Por seu turno o direito catalão admite, em termos amplos, as substituições, totais ou parciais, dos bens fungíveis empenhados, desde que exista convenção nesse sentido, entendendo-se, para todos os efeitos, que a data da constituição da garantia se mantém inalterada como se tivesse sido constituída inicialmente sobre os bens que entretanto substituírem os inicialmente empenhados (art.º 569-17, n.ºs 1 e 4 do Código Civil da Catalunha),<sup>2786</sup> contendo ainda regras específicas quanto ao modo de efectivar a

---

parcial e proporcional dos bens onerado: assim, “*sí el valor de las concretas acciones pignoradas aumenta, el número exacto de los que se consideran incluidas en la prenda disminuirá. Por contra, si se reduce el valor económico, el número de elementos concretos que lo componen aumentará*” - Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 59).

<sup>2784</sup> Nesta eventualidade Veiga Copo, Prenda omnibus cit., pág. 52 e segs., depois de alertar para o risco de violação da proibição do pacto comissório (o qual poderia ser contornado considerando que “*el cliente no sería titular de los bienes singulares atribuidos en gestión, sino de aquellos bienes que resulten de volta in volta objeto de la gestión, en razón a su continua sustitución o cambio*”), realça como os requisitos da validade deste tipo de acordo são idênticos aos previstos para as cláusulas rotativas (aos quais se fará referência no texto), residindo as principais especificidades na posição do gestor no âmbito da relação pignoratícia (assumindo as vestes de depositário – caso se trate de valores titulados – ou de administrador, no caso de valores escriturais: se, porém, a constituição do penhor for posterior ao surgimento do contrato de gestão e o credor pignoratício não seja o próprio gestor, “*la afección de la cartera de valores a una prenda implica, primero, una reducción en los poderes de disponibilidad en el titular de los valores para retirar éstos y también para aumentar el riesgo de la cartera, y segundo, se van a cercenar los poderes del gestor a la hora de adoptar las decisiones de inversión y agravarse en suma su régimen de responsabilidad*”) e na influência da constituição da garantia nos poderes do gestor (porquanto este passa a ter que agir também no interesse do credor pignoratício, preservando o valor económico da garantia e abstendo-se de investimentos arriscados).

<sup>2785</sup> De la Santa García, Prenda de valores cit., pág. 228 e segs., depois de reconhecer o inegável interesse do devedor (nomeadamente em razão da flutuação do valor de mercado de certos bens – v.g., valores mobiliários –, pois, aumentando o respectivo valor, pode o devedor ter interesse em aliená-los) e do credor (sobretudo em caso de diminuição do valor patrimonial dos inicialmente onerados, podendo a solução passar até por um acréscimo da quantidade de valores empenhados) na substituição (ou, eventualmente, no reforço), na pendência da relação de garantia, dos bens inicialmente onerados por outros, registando-se, por isso, o incremento de diversas cláusulas contratuais inseridas em contratos de penhor – *maxime* no âmbito financeiro – em que, estabelecendo-se um limite máximo até ao qual a garantia responde, se estipula que, em caso de diminuição do valor dos bens onerados, o credor poderá exigir uma garantia suplementar (e vice-versa, em caso de aumento daqueles, o credor disporá do direito de retirar do âmbito da garantia uma parte dos mesmos): todavia, o Autor duvida da licitude de tais pactos, uma vez que “*nos encontramos ante la figura de la prenda de cosa futura, no admitida en nuestro ordenamiento (...) por lo que, al no existir los valores o, al menos, no ser propiedad del pignorante y, por tanto, no poder identificarse ni entregarse, difícilmente podremos entener perfeccionado el contrato de prenda, por lo que, al margen de la prenda que se constituya sobre los valores titularidad del pignorante en el momento de la firma, lo más que podrá pactarse por las partes es una promesa de prenda sobre valores que pueda poseer en el futuro*” (porém, para o penhor de valores mobiliários escriturais, o Autor admite que, através da concessão, por parte do empenhante à entidade registadora, de um mandato irrevogável para a oneração de valores de determinadas quantidade e espécie de que aquele seja titular, de modo a que a entidade registadora pudesse efectuar o registo destes novos valores, retroagindo a data de constituição da garantia sobre estes à data de constituição originária do penhor, embora tal apenas seja possível quando a entidade registadora seja, simultaneamente, o credor pignoratício).

<sup>2786</sup> A respeito desta norma, Joan Marsal Guillamet, ob. cit., pág. 356 e segs., destaca como a mesma não implica a qualificação da figura como penhor irregular (uma vez que se trata de “*una fungibilidad asimétrica ex conventionne en la medida en que esta característica sólo se predica del pignorante, facultado para sustituir los valores gravados, sin que la entrega de los bienes pignorados al acreedor pignoraticio implique que éste adquiere la propiedad de los mismos*”), até porque se poderão considerar como fungíveis valores que objectivamente o não são, dado que os bens substitutos e substituídos não têm que pertencer à mesma emissão, conceito base em matéria de valores mobiliários.

substituição quando o objecto da garantia sejam valores mobiliários, cotados ou não (art.º 569-17, n.ºs 2 e 3).<sup>2787</sup>

A citada norma do direito catalão assume, face às anteriormente mencionadas, uma importância acrescida, uma vez que o seu alcance não se cinge a uma categoria de bens específica (valores mobiliários,<sup>2788</sup> instrumentos financeiros ou outros), antes abrangendo todos os que possam ser qualificáveis como fungíveis, destarte consentindo a sua invocação em termos bastante mais abrangentes.

Em Portugal e partindo da admissibilidade legal desta *fattispecie* no âmbito do penhor financeiro, a sua validade em termos gerais é sustentada por alguns,<sup>2789</sup> partindo da identificação do valor da coisa – e não da coisa em si - como objecto de garantia, ancorando esta conclusão na admissibilidade, mesmo na ausência de disposição legal expressa consentindo o efeito rotativo da garantia, da sub-rogação real convencional.<sup>2790</sup>

---

<sup>2787</sup> No primeiro caso, a substituição far-se-á de acordo com o valor das cotações respectivas no mercado oficial no dia da substituição; quanto aos valores não cotados, normalmente titulados, bastará que os mesmos se encontrem em poder do credor pignoratício (ou de um terceiro designado para o efeito) e que a substituição seja inscrita no título.

<sup>2788</sup> Quanto a estes, o regime vertido na legislação catalã, segundo Veiga Copo, *Prenda omnibus cit.*, pág. 45 e segs., apresenta um aspecto digno de realce, ao admitir que a substituição se faça, não apenas entre bens da mesma espécie, mas também com outros de espécie diversa, desde que estes se encontrassem previamente identificados no elenco dos bens passíveis de vir a ser onerados.

<sup>2789</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 294 e segs.. parte da consagração legal de diversas hipóteses de sub-rogação real (art.ºs 674.º, n.º 2, 685.º, n.º 1, 692.º e 701.º - os dois últimos aplicáveis por remissão do art.º 678.º) para concluir que “*o nosso direito positivo aceita com grande amplitude a sub-rogação real no âmbito do penhor*”, com a consequência que “*o penhor mantém-se, mas com outro objecto, e, necessariamente com a data de constituição original*” (para além de, noutros casos – cfr. art.º 81.º, n.º 1, do CVM, a respeito do penhor de valores mobiliários – a lei se basta com a indicação da quantidade de bens objecto de penhor, sem curar da respectiva identificação), ou seja, será legítimo inferir dos dados normativos o reconhecimento da sub-rogação real legal. Pronuncia-se, igualmente, em sentido favorável à admissibilidade dos penhores rotativos Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 115 e segs. (depois de excluir do seu âmbito o penhor de estabelecimento comercial, uma vez que neste o objecto é o próprio estabelecimento e não os concretos elementos que o integram), ancorando a sua viabilidade na construção do penhor como um vínculo de indisponibilidade sobre um determinado valor económico (de modo que a simples modificação do objecto material na garantia não briga com o perfil funcional desta).

<sup>2790</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias cit.*, pág. 294 e segs., partindo da constatação que o reconhecimento legal da sub-rogação não basta para aceitar a validade dos pactos rotativos, indaga da licitude da sub-rogação real convencional: na opinião do Autor, a resposta não pode deixar de ser afirmativa, tendo em conta que o ordenamento jurídico não considera requisito necessário para a manutenção do penhor a imutabilidade do objecto (conforme se alcança dos anteriormente enumerados casos de sub-rogação real legal, pelo que se a lei o admite, também às partes será lícito fazê-lo), que o interesse do credor é dirigido ao valor do bem onerado e não tanto ao bem em si, (como se alcança do próprio elemento literal da noção de penhor acolhida no art.º 666.º, n.º 1, da qual decorre, ademais, a necessidade de o bem substitutivo dever ter um valor idêntico ao substituído), que a publicidade da garantia assegurada pelo desapossamento é cumprida na medida em que, a cada substituição, haverá uma nova entrega do bem substituto (para além de, frequentemente, os credores pignoratícios serem muitas vezes bancos que se podem socorrer do penhor sem desapossamento para eles criado, permitindo “*que o devedor sem nunca se desapossar da coisa empenhada, por acordo com o credor, vá variando o objecto empenhado, podendo desenvolver a sua actividade económica, a que a garantia não coloca entraves*”, até porque esse diploma já consente que o devedor, com autorização do credor, possa alienar ou modificar o objecto da garantia) e, por outro último, que o acantonamento da admissibilidade do penhor rotativo ao domínio do penhor financeiro – único onde existe consagração expressa - representaria uma incoerência ao não admitir a mesma figura quando o *quid* onerado fosse constituído por outro tipo de objectos – v.g. mercadorias ou matérias primas depositadas – (apontando o Autor como exemplo o recentemente criado “*gage des stocks*” do direito francês), até porque no próprio penhor de estabelecimento se consente a alienação – e posterior substituição – dos bens corpóreos que integrem o dito estabelecimento. Em termos análogos, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 115 e segs., aceita igualmente a sub-rogação real convencional, utilizável como meio de colmatar o desfazamento temporal tradicional entre o tempo de

A nosso ver, a desnecessidade de redacção de um documento escrito como condição de oponibilidade da garantia (e, no que especificamente respeita às cláusulas rotativas, à eventual obrigação de renovação de tais formalidades a cada substituição), embora possa ser encarada como um escolho à determinação do bem onerado (imposta pelo art.º 280.º), pode, paradoxalmente, eliminar um entrave, vigente noutros ordenamentos, para a operacionalidade das garantias rotativas, ao dispensar, a cada substituição, a renovação dessa formalidade, concretizando-se a identificação do bem substituído mediante a respectiva entrega ao credor ou a terceiro.

Uma vez traçado este panorama genérico, do qual ressalta o reconhecimento legislativo transversal das cláusulas rotativas no âmbito do penhor financeiro, importa, agora, determinar a licitude da rotatividade fora das hipóteses legalmente previstas (ou, dito de outra forma, quais as condições de validade da rotatividade convencional), assim como os requisitos a que as mesmas devem obedecer e, finalmente, estabelecer as consequências da sua inobservância.

Esta tarefa de delimitação dos predicados a que os pactos rotativos se encontram sujeitos – e a sua própria admissibilidade – enfrenta obstáculos não despididos, de entre os quais avulta o denominado princípio da especialidade dos direitos reais, cuja interpretação trará como consequência a invariabilidade do objecto da garantia, impondo uma correlação forçosa entre o direito de preferência e os exactos bens onerados.<sup>2791</sup>

Correndo o risco de começar pelo fim, diremos, relativamente às consequências da invalidade das cláusulas, quando a redacção de um suposto pacto de rotatividade não contenha uma identificação dos bens empenhados, do funcionamento da rotatividade e da proibição de alteração do valor originariamente empenhados, será a própria qualificação da figura que se encontra em jogo.<sup>2792</sup>

Por isso, quando os pactos rotativos extravasem os termos em que são admitidos, o efeito será a invalidade do inteiro pacto de rotatividade, com a consequente restrição do penhor sobre os bens inicialmente onerados, dando cada substituição lugar ao surgimento de um novo penhor.<sup>2793</sup>

---

vida do objecto da garantia e da obrigação garantida e tendo sempre em conta que “*o fito da garantia não se dirige directamente à obtenção da res, mas sim da utilidade real, id est, o valor económico representado pela coisa*”, destarte consentindo a manutenção da relação apesar da alteração do seu objecto material, até por ser esse o desiderato almejado pelas partes.

<sup>2791</sup> Alude a este obstáculo Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 36 e segs., embora assegurando que tal princípio não assume o mesmo significado nas garantias - rotativas ou não - legais (onde funciona como modo de protecção dos credores quirografários, operando a identificação *ex lege* dos bens onerados como forma de impedir a extensão a outros bens dessas garantias e, fora dos casos expressamente previstos, garantindo a aplicação da *par conditio creditorum*) e nas convencionais, nas quais a necessidade de redacção de um documento escrito contendo a suficiente indicação do bem onerado tem como objectivo evitar manobras fraudulentas que, reforçando a posição do credor pignoratício, prejudiquem os credores quirografários, designadamente quando se produza uma substituição dos bens onerados por outros de valor superior – por ser assim, o Autor conclui que, em princípio, “*le variazioni dell’oggetto della garanzia, anche se determinano un rafforzamento della posizione del creditore garantito, non devono comportare pregiudizi per i creditori chirografari*”.

<sup>2792</sup> Giuseppe Martino, *ob. cit.*, págs. 71 e 72, considera que, em hipóteses como esta, não estaremos perante verdadeiros pactos de rotatividade (de cuja tipologia fazem necessariamente parte a identificação do mecanismo rotativo, dos critérios para determinar os bens a que a garantia se poderá estender e necessidade de o valor dos bens onerados ao longo da operação não ultrapasse o daqueles originariamente onerados), mas antes face a “*atti di autonomia privata diretti a regolare nel tempo la costituzione di tanti pegni diversi quante sono le sostituzioni*”.

<sup>2793</sup> Matteo Rescigno, *ob. cit.*, págs. 28 e 29 entende que tal efeito se produzirá quando a ilegalidade decorra do desrespeito pelos pressupostos de especificação dos mecanismos de rotatividade ou da não pré-determinação do valor da garantia (no mesmo sentido, Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 589). Por outro

Passaremos, em seguida, a analisar as condições de validade das cláusulas rotativas ou, noutros termos, da admissibilidade da sub-rogação real convencional.

### 3.2 - Efeitos e condições de admissibilidade dos penhores rotativos

#### 3.2.1 - Efeitos não novatórios da substituição do objecto da garantia

Desde logo, coloca-se a questão de saber se a operatividade destas cláusulas – ou seja, a substituição do objecto originariamente dado em garantia - conduz ou não à novação da garantia, sendo que a resposta afirmativa compromete, quiçá de modo irreversível, o interesse prático das cláusulas rotativas.<sup>2794</sup>

De facto, se à admissibilidade dos pactos rotativos for inevitavelmente associado o mencionado efeito novatório, tal significará que, com a substituição, terá surgido uma nova garantia, o que implica a cedência da preferência originariamente atribuída ao credor pignoratício perante todos os demais credores cujos direitos se tenham constituído *medio tempore*, isto é, desde a constituição do penhor inicialmente pactado até à substituição.<sup>2795</sup>

Uma posição mais restritiva sustenta que a substituição altera um elemento essencial do contrato de garantia, qual seja o seu objecto, implicando o surgimento de um novo penhor.<sup>2796</sup>

---

lado, quando a substituição não seja acompanhada do desapossamento do devedor e/ou da redacção de um documento escrito contendo suficiente indicação do bem empenhado e do crédito garantido, as consequências serão as mesmas previstas para a não observância de tais requisitos no penhor não rotativo (ou seja, inoponibilidade a terceiros). Finalmente, na hipótese de as partes terem atribuído, em sede de constituição da garantia, ao bem um valor diverso do seu valor real ou, por outro lado, terem realizado uma substituição do objecto da garantia passando a onerar bens de valor superior, o Autor propende para “*una sorta di ideale continuità degli effetti della garanzia rotativa al valore entro il quale la sostituzione sarebbe stata legittima ovvero ai beni che legittimamente sarebbero divenuti oggetto della sostituzione*”, alegando que a invalidade total da cláusula seria “*funzionalmente eccessiva e, soprattutto, difficile di giustificare sotto il profilo formale: infatti non è possibile che l'intero patto di rotatività resti inficiato per l'effetto di una violazione della sua esecuzione. La sanzione, in tal caso, non potrebbe che essere confinata all'atto esecutivo illegittimo e così all'atto di sostituzione (...). Con la conseguenza che esso potrebbe essere sostituito da altro atto di sostituzione o integrazione legittimo o potrebbe, ove i beni lo consentano, esser ritenuto in parte valido*”.

<sup>2794</sup> Como afirma Giuseppe Martino, ob. cit., págs. 76 e 77, “*L'idea di una garanzia rotativa è funzionale allo scopo che determinate operazioni economiche perseguono, questa funzionalità sarebbe del tutto frustrata se ad ogni passaggio si rendesse necessaria la creazione di un nuovo titolo di prelazione*”.

<sup>2795</sup> E o direito de preferência pignoratícia cessará de cada vez que se opere uma substituição, por mais vezes que esta se venha a produzir na pendência da obrigação garantida. Se assim é, poder-se-á perguntar que vantagem existirá, do ponto de vista do concurso com outros credores, em estipular um penhor com pacto rotativo e não celebrar novos contratos de penhor à medida da substituição dos bens inicialmente empenhados?

<sup>2796</sup> Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 70, escrevendo que “*Parece que a substituição do objecto do penhor deve ter como consequência a criação de um novo direito de penhor. Trata-se de um penhor novo, não do antigo, que tinha outro objecto, devendo, portanto, observar-se, em relação ao novo penhor, os requisitos necessários para a constituição do penhor*”, ou seja e em regra, a entrega dos novos bens ao credor. Em face do direito italiano, vide a Sentença do Tribunal de Apelo de Roma de 30/10/1994, in BBTC, n.º 49, Tomo II, págs. 183 a 187, na qual se afirma que, embora as partes possam estruturar o funcionamento da garantia de modo a fazer variar o objecto do penhor de acordo com as modalidades inicialmente fixadas, “*non possono far coincidere il perfezionamento del contratto di pegno con la primitiva regolamentazione per tutti i beni che via via saranno individuati come oggetto del pegno*” ou, noutras palavras, “*non possono far retroagire la costituzione del pegno al primo negozio stipulato tra le parti*” (todavia, em comentário a este aresto Carmine Stingone, Pegno di titoli di crediti; sostituzione dell'oggetto, in BBTC, n.º 49, Tomo II, pág. 87, observa que o mesmo reconhece

A este entendimento, no entanto, contrapõe-se um outro, mais liberal, segundo o qual a ausência do referido efeito novatório será de admitir desde que se adopte uma perspectiva funcional (nos termos da qual o penhor visa criar a afectação do valor económico de um dado bem), a qual se impõe sobretudo quando o objecto empenhado tenha natureza fungível.<sup>2797</sup>

---

expressamente a validade das cláusulas rotativas, apenas lhe conferindo efeitos novatórios em razão do modo ambíguo e equívoco como se encontrava redigida, traduzindo-se afinal num pacto de substituição e de reintegração e não num verdadeiro pacto de rotatividade), bem como as diversas decisões judiciais citadas por Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 133, nota 73 (para as quais, em resumo, “*la sostituzione delle cose oppignorare determina il sorgere di un nuovo pegno rendendosi necessaria, per il diritto di prelazione, un’ulteriore scrittura rispondente alle (...) sufficiente indicazione delle cose e del credito, data certa; formalismo che si giustificerebbe al fine di tutelare i creditori chirografari*”). É também este o entendimento seguido por Francesco Magni, ob. cit., pág. 385, para quem, em caso de substituição – por iniciativa do credor, após autorização do empenhante – ou restituição (a fim de o empenhante entregar outros para os sujeitar ao penhor) dos bens originariamente empenhados, “*il pegno si costituisce, a tutti gli effetti ed anche dell’azione revocatoria, sul nuovo bene con la consegna o con la sua sufficiente indicazione con atto scritto*” e por Gorla e Zanelli, ob. cit., págs. 35 e 36, para quem surgirá um novo penhor (afirmando que “*Nei rapporti coi terzi le parti possono d’accordo sostituire l’oggetto de pegno, ma si tratterà di un nuovo pegno che prende data del momento della sua costituzione*”, qualificando como nulas as cláusulas que prevejam a extensão da garantia a outros objectos, além dos originariamente empenhados). Assegura ser este o entendimento dominante, Luca Ruggieri, Il pegno rotativo, in La giurisprudenza civile comentata, ano 18, n.º 6 (Nov/Dez 2002), II, pág. 709 e segs. (reconhecendo que, quando muito, é reconhecida eficácia inter partes à cláusula).

<sup>2797</sup> De acordo com Neves de Oliveira, ob. cit., págs. 19 e 20, a admissibilidade das cláusulas rotativas pode ser retirada, ao menos recorrendo à analogia, da alínea c) do art.º 670.º – nos termos da qual o credor tem o direito de exigir a substituição ou o reforço do penhor se a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para a segurança da dívida - caso em que unanimemente se reconhece não existir novação objectiva da garantia, considerando que “*o mesmo escopo é prosseguido, no penhor de créditos, pela cláusula de rotatividade, desde que, uma vez circunscrito o universo de créditos abrangidos, as unidades de representação que integram a reserva de utilidade sejam determináveis a todo o tempo, de acordo com o critério pré-fixado no negócio jurídico de garantia*”. Em termos análogos, Joana Dias, ob. cit., págs. 47 e 48, salientando que na hipótese visada pelo citado preceito “*não existe novação objectiva da garantia, dado que se trata unicamente de prover pela adequação do quid garantístico à dívida. O mesmo objectivo é alcançado com a aposição de uma cláusula de rotatividade desde que circunscrito o universo dos créditos abrangidos, as unidades de representação que integram a reserva de utilidade sejam determináveis a todo o tempo, de acordo com o critério pré-fixado no contrato de garantia*”. No direito italiano, Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 76, admite a ausência de efeitos novatórios sempre que, no caso concreto, se demonstre que as sucessivas substituições se produzem no seio de um procedimento unitário, não sendo mais do que a exteriorização do perfil dinâmico da operação, posição esta tributária do entendimento expandido por Gabrielli, Il pegno cit., pág. 237 e segs. (partindo do conceito de operação económica, o Autor retém que as substituições operadas no seio daquela não implicam uma modificação da relação de garantia, realçando apenas a sua natureza mutável e causal, de tal modo que a alteração de um dos seus termos – o objecto imediato – não comporta o surgimento de uma nova relação de garantia. Com efeito, “*La sostituzione dell’oggetto non determina nel pegno rotativo la costituzione di un nuovo pegno rispetto a quello originario ma dà luogo ad una surrogazione reale: lo stesso valore formale di garanzia può infatti accedere ad oggetti materiali diversi e mutevoli nel tempo (...) nella fattispecie in cui opera un’appropriata tecnica contrattuale, in quanto, escludendo qualsivasi effetto novativo, mantiene l’originaria identità del rapporto nell’unità dell’operazione*”: todavia, não deixa de advertir para a necessidade de a convenção, para produzir efeitos face a terceiros, dever constar de um documento escrito com data certa, no qual será explicitado o mecanismo de rotatividade e inseridas as indicações indispensáveis para permitir determinar os objectos para os quais a garantia poderá transitar). Em face do direito italiano, a ausência de efeitos novatórios é defendida igualmente por Carmine Stingone, Sulla validità cit., pág. 187, desde que a cláusula de rotatividade “*viene costituito in modo tale che l’operazione economica risulti scandita, fin dall’origine, nelle sue sequenze sia con la preventiva individuazione dei beni sui quali il meccanismo di garanzia verrà con successivi passaggi nel tempo ad incidere, sia con la individuazione del meccanismo di rotatività della garanzia*”. Mais dúbia é a posição de Rubino, Il pegno cit., pág. 204, segundo a qual “*Se d’accordo fra le parti la cosa data in pegno viene sostituita con un’altra, si há un caso di surrogazione reale, e, si ammetta o neghi la nascita di un nuovo singolo diritto*

Esta segunda corrente funda-se, ora no instituo da sub-rogação real - ou melhor, considera que o pacto de rotatividade se traduz numa sub-rogação convencional do objecto do penhor,<sup>2798</sup> assim mantendo a identidade da primitiva relação de garantia e excluindo qualquer efeito novatório, sempre que seja individualizado o mecanismo de rotatividade e o seu objecto<sup>2799</sup> - ora, mais raramente, considerando os bens objecto do penhor como um património separado.<sup>2800</sup>

Assim, se no regime tradicional do penhor se poderá distinguir entre contrato pignoratício (para o qual basta o consentimento das partes) e constituição do direito de penhor (para o qual é necessária a entrega do bem ou outro acto equivalente) - momentos estes que não têm que ser cronologicamente coincidentes - no penhor rotativo, ao invés, tais momentos coincidem no tempo, surgindo a garantia

---

*reale, sta per certo che il rapporto complessivo di pegno (...) permane identico. (...) Tuttavia per la prelazione, nell'ipotesi dell'art. 2787, 3° comma, occorre un nuovo atto scritto*".

<sup>2798</sup> Vide em nota anterior neste mesmo n.º 3.2.1 deste Capítulo II, quais os Autores que professam, especialmente entre nós, este entendimento.

<sup>2799</sup> É esta a posição defendida por Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 240 e 241 (subscrita por Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, págs. 133 e 134 e por Andrea Azzaro, *Pegno rotativo cit.*, págs. 263 e 264), considerando que *"questa possibilità di surrogazione reale dell'oggetto del pegno non è incompatibile con il diritto positivo, che prevede la riferibilità della garanzia a un valore economico piuttosto che al bene di volta in volta utilizzato per concretizzarlo"*, assegurando que o carácter real da substituição respeita, não ao direito de penhor originariamente constituído, mas sim ao seu objecto, o qual vem a ser modificado *"solo nella sua materialità, ma non anche nella sua identità giuridica, data appunto dal suo valore economico"*. Nesta conformidade, o mesmo Autor (cfr. *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 125), advoga que a rotatividade deverá ser admitida quando *"la modificazione dell'oggetto avviene, a seguito di un preventivo accordo delle parti, nel contesto di un'unitaria operazione economica (...) Nella predisposizione del regolamento negoziale è infatti possibile, mediante apposita disciplina, indicare i beni o titoli sui quali il pegno originariamente costituito potrà trasferirsi, prevedendo (...) le singole fasi mediante le quali l'operazione si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché la res (bene, valore o diritto) oggetto della garanzia. A tal fine, nel regolamento del negozio costitutivo del pegno, quale sua parte integrante, potrà inserirsi un specifico patto di rotatività della garanzia"*. Aceita igualmente este entendimento Francesca Dell'Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 172 e segs., afastando dois possíveis obstáculos ao alargamento do fenómeno da sub-rogação real legal à sub-rogação convencional: a pretensa excepcionalidade das normas legais (contrapondo que tal carácter excepcional se deve considerar ultrapassado, uma vez que *"la surrogazione reale è semplicemente lo strumento regolatore del meccanismo di sostituzione che permette la conservazione dell'interesse giuridico protetto al valore economico della cosa"*) e a ausência de condições análogas às legais no domínio convencional que justifiquem uma aplicação analógica daquelas (considerando irrelevante que a necessidade de substituição do objecto da garantia não surja em consequência de um acontecimento imprevisível – como acontece na sub-rogação legal – mas seja antes o resultado de um acordo das partes, até porque a razão de ser deste se encontra muitas vezes relacionado com a natureza dos bens onerados – v.g. o rápido vencimento de alguns títulos de crédito – e, sobretudo, porque a *ratio* da consagração da sub-rogação real – *"rendere più efficace la causa di prelazione per soddisfare al meglio non solo l'interesse del creditore, ma quello del debitore, che più facilmente e a migliori condizioni può ricorrere al credito"* – é extensível à sub-rogação convencional), concluindo que *"la surrogazione convenzionale può essere regolata allo stesso modo di quella legale"*.

<sup>2800</sup> É a posição de Realmonte, *L'oggetto cit.*, pág. 13 e segs., (a respeito dos títulos de crédito), sustentando que, como condição de obtenção da preferência pignoratícia, bastará considerar os bens objecto da garantia como património separado, pois *"nessun pregiudizio potrebbe derivare ai creditori dalle varie successive sostituzioni, purché la prelazione operi entro il limite segnato dal valore dei beni originariamente costituiti in pegno"*. O mesmo Autor defende ainda uma outra possível variante da rotatividade, qual seja aquela cláusula em que se prevê a transformação, no momento do vencimento dos títulos empenhados e que devam ser renovados ou alienados a fim de adquirir outros, de um penhor regular originariamente constituído sobre títulos *"in pegno sul credito ex mandato all'acquisto di nuovi titoli e al loro trasferimento in proprietà al datore o alla restituzione del loro controvalore"*. Esta última alternativa, como bem nota Pierpaolo Marano, *ob. cit.*, pág. 134, corre o risco de originar a conversão do penhor de coisas num penhor de créditos *"venga considerata integrante una vera e propria trasformazione della garanzia per la quale è necessaria una nuova costituzione"*.

originariamente, enquanto as sucessivas substituições representam apenas uma mera sub-rogação real do objecto da garantia.<sup>2801</sup>

A ausência de efeitos novatórios é, por vezes, assumida nas hipóteses legalmente reconhecidas de rotatividade, como no penhor de valores mobiliários e no penhor financeiro, não produzindo a substituição e/ou integração dos bens inicialmente dados em garantia qualquer alteração no que concerne à data de constituição da garantia.<sup>2802</sup>

Mas a problemática da atribuição ou não de efeito novatório reflecte-se, não apenas no que concerne à preferência pignoratícia do credor, mas igualmente em termos falimentares, nomeadamente para averiguar se o negócio de constituição da garantia foi ou não celebrado no denominado período suspeito e, por isso, estará ou não ferido de invalidade<sup>2803</sup> (ou, dito de outro modo, se a substituição dos bens empenhados poderá conduzir à invalidade do negócio de garantia).<sup>2804</sup>

---

<sup>2801</sup> Assim, Andrea Azzaro, Pegno rotativo cit., pág. 264.

<sup>2802</sup> Vide, no ordenamento italiano, os já mencionados art.ºs 34.º do Decreto Euro e 46.º e 47.º do Regulamento Consob que desenvolveu o primeiro preceito e, entre nós, o que ficou dito no Capítulo I sobre o penhor financeiro (em especial o art.º 10.º, n.º 3, ao determinar que o objecto equivalente substitui, para todos os efeitos, a garantia originalmente prestada, considerando-se como prestado no momento da prestação desta). Como escreve Luciano Panzani, ob. cit., pág. 950, tais normas “*hanno ribadito il meccanismo della rotatività, ove la sostituzione degli strumenti finanziari non incide sulla data di costituzione del vincolo, non verificandosi alcun effetto novativo del rapporto*” (também Fabrizio Maimieri, ob. cit., pág. 4, salienta que a substituição ou reintegração dos títulos inicialmente empenhados não produz efeitos novatórios sempre que tais modificações se circunscrevam ao valor dos valores primeiramente dados em garantia).

<sup>2803</sup> Mais concretamente, se a garantia rotativa se deverá considerar constituída no momento da celebração do contrato inicial ou, pelo contrário, a cada substituição se deverá entender estarmos perante a outorga de uma nova garantia. A opinião dominante é a de considerar que o período suspeito deve avaliar-se com referência ao momento de constituição do penhor, uma vez que os demais credores “*non risentono alcun pregiudizio dalla sostituzione, che rispetto ad essi avviene sempre nei limiti di valore del bene originariamente dato in pegno*” (Gabrielli, Il pegno cit., pág. 248 – acrescentando que a tese contrária atribuiria a tais credores, pelo simples facto de se ter verificado uma substituição do objecto empenhado, um tratamento mais favorável do que aquele que lhes seria outorgado caso o penhor permanecesse cristalizado sobre o bem originário; no mesmo sentido, Rubino, Il pegno cit., pág. 204), reconduzindo a noção de contextualidade a um momento volitivo e negocial – e não formal e cronológico – quando a concessão do crédito e a prestação da garantia sejam relações que obedeçam a um desenho económico conjunto, enquanto contemporaneamente pretendidos pelas partes. Esta solução mereceu o acolhimento da Corte de Cassação no já diversas vezes mencionado Acórdão n.º 5264/98, citado por Luciano Panzani, ob. cit., pág. 946, no qual se decidiu pela “*continuità del rapporto originario, i cui effetti risalgono alla consegna dei beni originariamente dati in pegno. Pertanto, ai fini dell’esperibilità dall’azione recocatoria fallimentare, la genesi del diritto reale di garanzia deve stabilirsi al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione*” (no mesmo sentido, Gessica Pavasini, ob. cit., págs. 298 e 299, para quem o penhor rotativo “*si perfeziona con la consegna al creditore della res oppignorata in virtù della stipulazione originaria e, a partire dal momento della sua costituzione, dispiega un effetto di garanzia e di prelazione sull’intera operazione economica ad esso sottesa, abbracciando anche le successive sostituzioni, cui consegue, dunque, solamente il mutamento dell’oggetto del vincolo*”).

<sup>2804</sup> Respondem negativamente Realmonte, L’oggetto cit., pág. 14 e Pierpaolo Marano, ob. cit., pág. 154, desde que a substituição se verifique entre bens do mesmo valor dos precedentemente empenhados, avaliada no momento da substituição e não no momento da execução da garantia (caso falhe essa equivalência de valor, especialmente quando o valor do bem substituído supere o do bem substituído, estes Autores entendem estarmos perante a constituição de um novo penhor e, por isso, o período suspeito contar-se-á da data do último acto negocial e não do originário acto de constituição da garantia), argumentando o segundo dos Autores citados que “*i creditori non risentono alcun pregiudizio dalla sostituzione, che avviene nei limiti del valore dei beni originariamente dato in pegno; tanto più ove si consideri che non vi è ragione di tutelare i creditori chirografari, per il solo fatto dell’avvenuta sostituzione, in modo più pregnante di quanto lo sarebbero stati se la sostituzione non fosse intervenuta*”. As mesmas conclusões valerão mesmo para o caso específico da antecipação bancária – de cujo regime legal resulta a possibilidade de uma desvinculação parcial da garantia, proporcional ao pagamento de



No nosso direito, a questão reside em saber se, para efeitos do art.º 121.º, n.º 1, alínea c),<sup>2805</sup> do CIRE (de acordo com o qual são resolúveis em benefício da massa falida, sem dependência de quaisquer outros requisitos, a constituição, pelo devedor, de garantias reais - expressão que inequivocamente abrange todos os penhores, mesmo os que incidam sobre direitos<sup>2806</sup> - relativas a obrigações preexistentes<sup>2807</sup> ou de outras que as substituam,<sup>2808</sup> nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência), se deverá considerar que, no âmbito de um penhor rotativo, a mutação antecipadamente programada pelas partes do objecto de uma garantia anteriormente constituída se verifique nesse período suspeito de 6 meses anterior ao começo do processo falimentar.

Desde logo, cumpre esclarecer que a resolução *ope legis* das garantias reais imposta pelo preceito acabado de citar apenas se aplica às que sejam constituídas pelo devedor insolvente e não às prestadas por terceiro.<sup>2809</sup>

Em nosso entender, pode até questionar-se se o preceito legal em questão não abarcar apenas a substituição da obrigação garantida por outra e não a substituição da própria garantia (nem, por maioria de razão, a modificação do objecto desta, no seio de um penhor anteriormente constituído e de acordo com o estipulado pelas partes).

Todavia, ainda que se considere, como parece mais razoável, que a lei interdita a substituição de garantias, sempre se dirá que, no âmbito do penhor rotativo previamente acordado, a modificação do objecto não se traduz na substituição da garantia, a qual permanece a mesma inicialmente prestada, encontrando-se a alteração de um dos seus termos originariamente consagrada aquando da respectiva constituição.<sup>2810</sup>

Por outro lado (e independentemente da existência ou não de cláusulas de rotatividade), no âmbito do penhor financeiro verifica-se uma inadmissibilidade de o

---

parte do montante antecipado pelo credor – uma vez que, neste circunstancialismo, a eventual substituição dos títulos restantes, em caso de vencimento destes, será sempre efectuada com outros de valor inferior aos inicialmente empenhados (cfr. art.º 1851.º do CCI).

<sup>2805</sup> Importa, ainda, referir que, nos termos da alínea e) do mesmo preceito, são também resolúveis os negócios de constituição de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, dentro dos 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência (relativamente às garantias constituídas em momento anterior ao da obrigação assegurada – v.g. um penhor dado para garantia de uma abertura de crédito - Gravato Morais, Resolução em benefício da massa insolvente, Almedina, 2008, pág. 103, entende que a hipótese deverá ser enquadrada neste mesmo normativo). Para além disso e ainda que não se preencham estes requisitos temporais, o art.º 120.º, n.º 3, presume, de forma absoluta, a natureza prejudicial destes actos para a massa falida, assim consentindo a sua resolução nos termos previstos para a generalidade dos actos e negócios jurídicos – cfr. art.º 120.º, n.ºs 1, 2, 4 e 5, do CIRE.

<sup>2806</sup> O penhor de direitos, mesmo para quem o exclua da órbita dos direitos reais de garantia ou das garantias reais, será de incluir no âmbito desta disposição legal – no mesmo sentido, Gravato Morais, Resolução cit., pág. 98 (argumentando que “*mesmo que não se considere tal penhor como uma garantia real, a sua similitude de regime com estas e essencialmente a possibilidade de ser o devedor a constituí-lo permitem integrá-lo na lógica da disposição*”).

<sup>2807</sup> Quando se trate de constituição de garantias em data posterior à data de nascimento da obrigação garantida, tal negócio deverá considerar-se a título gratuito (e, por isso, automaticamente resolúvel com a declaração de insolvência, desde que praticado nos dois anos anteriores àquela declaração – art.º 121.º, n.º 1, alínea b), do CIRE), salvo se o empenhante recebe alguma vantagem em troca (por exemplo, uma prorrogação do prazo para cumprir a obrigação garantida ou uma redução dos juros e/ou do capital) – neste sentido, Gravato Morais, Resolução cit., págs. 100 e 101.

<sup>2808</sup> Apontando como exemplo de uma obrigação substituta de outra, para este efeito, a novação objectiva de uma obrigação inicialmente desprovida de garantia, a qual apenas foi constituída aquando do acordo novatório, vide Gravato Morais, Resolução cit., págs. 101 e 102.

<sup>2809</sup> Assim, Gravato Morais, Resolução cit., pág. 96.

<sup>2810</sup> Concordantemente, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 294, sustentando que, no penhor rotativo, uma vez que as diversas substituições do bem originariamente empenhado – porque integradas num programa comum previamente acordado - não comportam, para este e para outros efeitos, a constituição, a cada substituição, de uma nova garantia: neste contexto, a data a atender para a (eventual) aplicação deste preceito será a inicial de constituição do penhor rotativo.

administrador da insolvência resolver estes contratos - o que significa que terá que os cumprir - num determinado período anterior à declaração de falência – art.º 17.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio<sup>2811</sup> (para além de, nos termos do art.º 18.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma, não poder ser invalidada, ainda que praticados durante o mesmo período, a prestação de nova garantia no caso de variação do montante das obrigações financeiras garantidas, a prestação de garantia financeira adicional em situação de variação do valor da garantia financeira ou a substituição da garantia financeira por objecto equivalente, por exemplo no âmbito de um pacto de rotatividade).<sup>2812</sup>

Há, ainda, que averiguar se a declaração de falência produz ou não a cristalização automática da garantia em determinados bens ou, dito de outro modo, se ao administrador da insolvência assiste legitimidade para proceder à substituição de bens no quadro de um penhor rotativo previamente consentido pelo devedor:<sup>2813</sup> poderá, porém, admitir-se tal possibilidade, tendo em conta os latos poderes – embora não ilimitados<sup>2814</sup> - de que goza aquele administrador.<sup>2815</sup>

---

<sup>2811</sup> Mais precisamente, não podem ser resolvidos pelo facto de o contrato ter sido celebrado ou a garantia financeira prestada no dia da abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento, desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente (n.º 1, alínea a)) ou num determinado período anterior definido por referência à abertura de um processo de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento à tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas (n.º 1, alínea b)).

<sup>2812</sup> No direito italiano, onde o problema também se coloca, o art.º 9.º do diploma que instituiu o penhor financeiro estabelece que, para efeitos de avaliação da licitude destes negócios em sede falimentar, a prestação de garantias na decorrência de uma cláusula de substituição não comporta a constituição de uma nova garantia e considera-se efectuada na data da prestação da garantia originária e, por outro lado, quando a garantia tenha sido prestada na sequência de uma cláusula de integração considera-se prestada contemporaneamente ao surgimento do débito garantido ou da prestação da garantia originária (a este respeito Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 263, entende que tal norma apenas se aplica quando a alteração do valor da garantia originária ou da obrigação assegurada decorra de circunstâncias alheias à vontade das partes – v.g. variação do valor de mercado – pois, caso contrário, a contabilização do período suspeito deve fazer-se a partir da data da prestação da garantia integrativa).

<sup>2813</sup> Responde negativamente Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 149, nota 49, contrapondo que a declaração de falência apenas gera a necessidade de as operações de substituição decorrem no respeito pelas regras que vigoram para os actos de disposição dos bens do falido após aquela declaração (todavia, tais regras poderão comprometer o respeito pelo pacto de rotatividade, nomeadamente quando os bens onerados sejam instrumentos financeiros, pois será difícil respeitar as contínuas substituições impostas pelas oscilações do mercado: o risco será menor no caso de bens produtivos, podendo aceitar-se que a sua substituição reentra no leque de actos que o administrador da insolvência pode praticar).

<sup>2814</sup> Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2010, pág. 40, realça a responsabilidade do administrador pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem e, ainda, pelos danos causados aos credores da massa insolvente se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respectivos direitos e estes resultarem de acto do administrador (cfr. art.ºs 59.º, n.ºs 1 e 2 e 82.º, n.ºs 2, alínea a) e 4, do CIRE), podendo, no limite, a sua conduta levar à respectiva destituição por decisão do juiz, fundamentada em justa causa (art.º 56.º, n.º 1, do CIRE): a este respeito, Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 3.ª Edição, 2011, Almedina, pág. 127, salienta ser esta uma cláusula geral, como tal susceptível de preenchimento valorativo casuístico, pese embora a enumeração exemplificativa de condutas que se enquadram em tal conceito (cfr. art.ºs 58.º, 168., n.º 2 e 169.º do CIRE).

<sup>2815</sup> A competência do administrador da insolvência para a prática de tais actos poderá ancorar-se no disposto na alínea b) do n.º 1 do art.º 55.º do CIRE - preceito que legitima aquele sujeito para a prática de actos destinados à conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa, se for o caso, evitando quanto possível o agravamento da sua situação económica – e no art.º 81.º, n.º 1, do mesmo Código (o qual dispõe que, com a declaração de falência, o administrador da insolvência assume os poderes de administração e disposição dos bens que integram a massa falida – a qual, nos termos do art.º 46.º, n.º 2, do CIRE não abrange, salvo vontade em contrário do insolvente, os bens impenhoráveis - sendo esses mesmos poderes retirados ao insolvente): ora, em especial deste último

Sem prejuízo da verificação adicional de outros pressupostos, a ausência de efeitos novatórios é defensável, não apenas com base nos argumentos jurídicos atrás expostos, mas igualmente nas considerações atinentes à inutilização das garantias rotativas que a solução contrária representa.

Essa continuidade da garantia releva, sobretudo, para efeitos de conflitos com terceiros, retroagindo o direito do credor pignoratício retroagir à data inicial de constituição da garantia rotativa,<sup>2816</sup> desde que respeitados os diversos requisitos a que

---

preceito retira-se a faculdade de o administrador da insolvência dispor dos bens onerados (pois, como bem salientam Carvalho Fernandes e João Labareda, Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado, Quid Juris, 2008, pág. 339, “*Os poderes de que o devedor fica privado são atribuídos ao administrador da insolvência*”, abrangendo, assim, a prática de actos de oneração e de disposição), entendimento este confortado pelo art.º 158.º, n.ºs 1 e 2 do mesmo Código que expressamente atribuem ao administrador da insolvência legitimidade para dispor dos bens da massa insolvente, mesmo antes da declaração de insolvência, que não possam ou não se devam conservar por estarem sujeitos a deterioração ou depreciação (Menezes Leitão, Direito da insolvência cit. págs. 122 e 123). Neste conformidade, será legítimo ao administrador, no cumprimento de um acordo de garantia rotativa previamente estabelecido, executar tal contrato e dispor dos bens inicialmente onerados, embora, de acordo com o art.º 102.º, n.º 1 e desde que se considere o penhor como um contrato bilateral (todavia, não falta quem defenda a aplicação do preceito a contratos unilaterais e até aos negócios jurídicos unilaterais – cfr. Oliveira Ascensão, Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso, in Themis, Edição especial Novo direito da insolvência, 2005, págs. 111 e 112: este Autor justifica tal posição alegando que “*a analogia com o contrato é determinante. Se o que se assegura é um tempo de espera, em que se pondera se o cumprimento é ou não benéfico para a situação decorrente da insolvência, então do mesmo modo parece aqui conveniente a suspensão. A comum natureza de negócio jurídico, associada à ratio legis, ampara bem esta solução. Mas a aplicação é analógica, uma vez que não há razão para pretender que o legislador disse menos do que queria*”), possa optar (porém, quando o cumprimento das obrigações pontual das obrigações por parte da massa for manifestamente improvável, a opção pela execução do negócio é considerada abusiva – art.º 102.º, n.º 4, do CIRE) por não executar tal acordo – (segundo tal preceito, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento) – o mesmo valendo para o próprio contrato do qual decorre a obrigação garantida (excepto quando se trate de uma conta corrente, caso em que, de acordo com o art.º 116.º, a declaração de insolvência produz, inelutavelmente, o respectivo encerramento) ou de um contrato de prestação duradoura de serviço no interesse do insolvente (hipótese na qual a declaração de insolvência não origina a respectiva suspensão, podendo qualquer das partes denunciá-lo, mediante pré-aviso – art.º 111.º, n.º 1). Em caso opção pela execução, o crédito do contraente é convertido em crédito da massa (art.º 51.º, n.º 1, alínea f)); em caso de opção pela recusa do cumprimento, nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou, sem prejuízo do direito à separação da coisa, sem prejuízo do direito da massa insolvente a exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efectuada pelo devedor - na medida em que não tenha sido ainda realizada pela outra parte – e da faculdade da outra parte exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada - cfr. art.º 102.º, n.º 3, alíneas a), b) e c) e Maria do Rosário Epifânio, Manual de direito da insolvência, 3.ª Edição, Almedina, 2011, pág. 152. Decorre do exposto que a sorte do contrato de garantia e do negócio assegurado pode ser distinta, nomeadamente porque o administrador da insolvência pode optar por manter em execução este último (originando, porventura, um aumento do montante desta, o qual será considerado como crédito da massa – art.º 51.º, n.º 1, alínea f)), ainda que a garantia seja extinta (por força do assinalado art.º 121.º, n.º 1, alíneas c) ou e)), uma vez que tais contratos, apesar de conexos, são juridicamente independentes (acerca da autonomia entre eles, rejeitando a sua qualificação como uma união ou confusão de contratos, vide o Acórdão do STJ de 12/7/2011, in www.dgsi.pt).

<sup>2816</sup> Contra, Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 26 (em termos análogos, Melissa Magnano, ob. cit., págs. 588 e 589), para quem a solução não pode ir no sentido de fazer retroagir o direito do credor pignoratício, sobre os bens que entretanto tenham substituído os originais, ao momento inicial da celebração do acordo rotativo, concluindo que “*La tutela del creditore pignoratizio, infatti, non può spingersi al punto di creare una sorte di fictio di insorgenza di un diritto di pegno prevalente sui diritti dei terzi si di un bene prima che lo stesso sia effettivamente divenuto – sia pur in base ad un lecito meccanismo di rotatività – oggetto di quella garanzia*”, até porque através do penhor rotativo “*non si può creare una sorta di macrovincolo potenziale sui beni mobili e sui crediti del debitore a cui i terzi debbono sottostare per virtù*

deverão obedecer as cláusulas rotativas, não modificando, assim, o grau de preferência originário do credor pignoratício.

Mais precisamente, no que concerne ao conflito entre o credor pignoratício e terceiros adquirentes de outros direitos sobre os mesmos bens,<sup>2817</sup> da aplicação do princípio da prioridade temporal (conjugado com o aludido efeito retroactivo) resultará o predomínio do direito do primeiro: porém, poderá assim não ser naqueles ordenamentos em que vigore o princípio da posse vale título (nos quais, se o terceiro tiver obtido a posse do bem de boa fé antes de o credor pignoratício ser empossado nos bens que venham a substituir os inicialmente onerados e quanto a esses, o credor pignoratício será preterido, desde que o terceiro se encontre de boa fé).<sup>2818</sup>

Verifica-se, deste modo, que a resolução deste conflito dependerá da aceitação ou não do princípio da “posse vale título”: naqueles ordenamentos, como o nosso, nos quais tal regra não vigore, a oponibilidade do direito do credor “rotativo” constituirá a regra;<sup>2819</sup> ao invés, nos sistemas que adoptem o aludido princípio, os direitos de credor poderão ser atingidos, sempre que o terceiro adquirente demonstre a sua boa fé (traduzida na ignorância da existência prévia do direito de preferência).<sup>2820</sup>

Já no que toca ao concurso com outros credores com garantias<sup>2821</sup> (*maxime* penhores comuns, não rotativos) sobre os mesmos bens, relevará a data originária e, conseqüentemente, prevalecerá o credor titular do penhor rotativo, novamente desde que respeitadas os requisitos de que depende a validade dos pactos, sendo esta regra temperada pelos privilégios que, eventualmente, se lhes sobreponham aos penhores.<sup>2822</sup>

A amplitude desta superioridade do direito do credor pignoratício, decorrente da ausência de efeitos novatórios das substituições efectuadas no seio de um penhor rotativo, justifica, em nome da protecção dos direitos de terceiros, a imposição da observância de um conjunto de requisitos adicionais em ordem à validação deste tipo de garantia.

---

*della semplice stipulazione di un pegno con patto di rotatività*”. A não ser assim, a garantia transmutar-se-ia num privilégio rotativo (com a consequência absurda de, tendo o devedor alienado um bem a terceiro, e passando esse bem a estar coberto, no seguimento da sua entrega ao credor, pela garantia rotativa, se produzir a constituição de penhor *a non domino*, que requer a boa fé do credor pignoratício).

<sup>2817</sup> Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 149 e segs., assegura que o conflito com terceiros adquirentes é mais comum quando são onerados bens destinados a transformação, uma vez que é normal a sua alienação a terceiros, antes ou, mais frequentemente, após a sua laboração.

<sup>2818</sup> Ou, como escreve Matteo Rescigno, *ob. cit.*, pág. 26, “*ove il terzo abbia acquistato il proprio diritto prima della consegna del bene al creditore pignoratizio questi intanto acquisterà il diritto reale di garanzia in quanto, acquisito il possesso del bene, versi in buona fede*” (nos mesmos termos, Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 589).

<sup>2819</sup> Excepto, eventualmente, os decorrentes das regras do registo, quando a aquisição e oneração dos bens em questão se encontre sujeita a tal formalidade.

<sup>2820</sup> Por exemplo, no direito italiano Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 168 e segs., alega que tal boa fé será mais facilmente demonstrável quando o vínculo recaia sobre matérias primas ou produtos destinados a transformação (uma vez que a oneração de tais bens não se encontra sujeita a qualquer registo e, para mais, tais bens continuam em poder do seu proprietário, não obstante a constituição da garantia), do que na hipótese de incidir sobre instrumentos financeiros desmaterializados (pois, para este tipo de bens, é forçosa a inscrição no registo dos ónus, o que possibilita a sua cognoscibilidade por terceiros), para além de se suscitar a dúvida se aquele princípio não se circunscreve aos bens corpóreos.

<sup>2821</sup> No direito italiano e perante um conflito entre um credor pignoratício e outro munido de uma penhor, Matteo Rescigno, *ob. cit.*, pág. 27, entende ser necessário um documento de data certa, a cada substituição, para que o credor possa fazer valer o seu direito contra o titular de uma penhora sobre os mesmos bens (subscreeve esta posição Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 589).

<sup>2822</sup> Em face do direito italiano, Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 163 e segs., defende que, para determinação da data de surgimento da preferência do penhor rotativo, relevará, não a data de constituição, mas aquela em que – por força do cumprimento de certas formalidades – a garantia se tornou oponível a terceiros).

### 3.2.2 - Necessidade de o pacto de rotatividade ser definido *ab initio* e conter a indicação dos bens originários e daqueles que os poderão vir a substituir

Desde logo, urge determinar qual o conteúdo mínimo a que tais pactos devem obedecer de modo a preencher os requisitos legais que impõem a determinabilidade do objecto dos negócios em geral (art.º 280.º) e do penhor em especial (art.º 666.º, n.º 1).

Uma interpretação mais restritiva imporia a indicação, logo no momento da constituição do penhor, não apenas do objecto inicial da garantia, mas igualmente dos bens sobre os quais a garantia originária poderá vir a incidir.<sup>2823</sup>

Porém, a este contrapõe-se um entendimento mais flexível, partindo da distinção entre determinação e indicação (ou, em termos aproximados, entre determinação em sentido amplo e em sentido estrito), sustenta que o objecto contratual se encontra definido, nos termos legalmente exigidos, não apenas quando se encontre completamente definido – sem necessidade de recurso a fontes exteriores - no regulamento contratual (ou seja, quando se estabelecem de forma cabal os critérios para individualização da quantidade e/ou qualidade do objecto do contrato), mas igualmente quando “*no negócio jurídico está consagrado o mecanismo que reenvia para a fonte donde pode extrair-se o conteúdo*”.<sup>2824</sup>

Parece, assim, legítimo concluir que, nas garantias rotativas, a identificação do objecto resulta (e basta-se) com a menção do mecanismo com base no qual as diversas substituições se produzirão, não se impondo a especificação dos bens que poderão vir a ser onerados,<sup>2825</sup> isto é, consente-se que as partes, no acto da celebração do negócio, não tenham que descrever analiticamente os objectos que, posteriormente, poderão vir a ser

---

<sup>2823</sup> No nosso ordenamento, assim parece entender Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 294 e segs., ao impor como requisito de validade da rotatividade que “*a cláusula de rotação deverá permitir determinar claramente quais são os bens que em qualquer momento são objecto do penhor. Este terá que ser a todo o momento certo, determinado e presente*”.

<sup>2824</sup> Joana Dias, ob. cit., págs. 188 e 189. De acordo com esta Autora, esta segunda modalidade de conformação do objecto do contrato “*requer uma menor especificação no acto de celebração e permite um mais amplo recurso a outras fontes de integração uma vez que se destina a ser completada. Neste caso, acciona-se um procedimento em duas fases: na primeira (indicação) expõe-se o mecanismo determinativo, na segunda, e posteriormente, o mecanismo é accionado através da intervenção de uma fonte exterior*”. Na verdade, “*o objecto está determinado mesmo quando no momento da celebração do contrato não se acha completamente especificado o seu objecto, mas as partes limitam-se a indicar as técnicas ou mecanismos a utilizar para determinação futura do mesmo*”. Analogamente, Gabrielli, Il pegno cit., págs. 240 e 242, para quem será forçoso, no momento da constituição da garantia, quer descrever o mecanismo da rotatividade – ou seja, o perdurar da garantia real -, quer fornecer as indicações necessárias para identificar, nas diversas substituições futuras, os bens que passarão a fazer parte da garantia e in Garanzie rotative cit., pág. 2 (textualmente impondo a identificação “*sia il meccanismo di rotatività (e quindi di persistenza nel tempo) del vincolo, sia le indicazioni necessarie per individuare nei successivi passaggi e trasformazioni degli oggetti (vale a dire i singoli beni) sui quali la garanzia verrà nel tempo ad insistere*”) e também Melissa Magnano, ob. cit., págs. 587 e 588 (falando da obrigatoriedade de “*determinazione pattizia delle modalità con le quali deve avvenire la modificazione dell’oggetto; dovrà sempre essere verificabile in base a criteri predeterminati negozialmente l’affermazione del creditore che un bene è sottoposto a garanzia godendo degli effetti della rotatività. Più chiaramente i beni oggetto della garanzia devono essere sempre identificabili in modo che si raggiunga la certezza che formino oggetto del vincolo in applicazione del patto di rotatività*”).

<sup>2825</sup> Neste sentido, Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 293 e segs., acrescentando que o grau de especificação não é líquido, não tendo sequer o diploma relativo ao penhor financeiro cuidado deste aspecto. Em termos semelhantes, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 115 e segs., entende que esta exigência se basta com a concretização, *ab initio*, dos bens ou dos mecanismos destinados a identificar os bens a onerar futuramente (ou seja, não sendo forçosa a especificação inicial dos bens que poderão a integrar a garantia, mas sendo necessário indicar as técnicas que consintam a determinação dos mesmos).

abarcados pela garantia, bastando identificar os critérios para individualização desses mesmos bens.

A mesma conclusão é alcançada, relativamente à dação em penhor de bens alvo de gestão por parte de intermediários financeiros (a qual pressupõe a substituição contínua do objecto da garantia), mesmo que não se admita o fenómeno da rotatividade, configurando a operação como criadora de “*un legame stretto con i beni oggetto delle continue sostituzioni, di cui i terzi interessati possono essere a conoscenza, nelle modalità proprie della circolazione dei beni mobili. Legame stretto con i beni in essere, è ben da rimarcare, sin dalla concessione della garanzia pignorizia*”.<sup>2826</sup>

A imposição da identificação, *ab initio*, do mecanismo rotativo (e, eventualmente, também dos bens que poderão, no futuro, integrar a garantia) radica na necessidade de protecção de terceiros, aos quais tal pacto possa vir a ser oposto.

Cumpre, porém, distinguir entre os credores comuns do empenhante e os demais terceiros, uma vez que a sua posição dos primeiros é salvaguardada, primacialmente, através da impossibilidade de o valor dos bens substitutos exceder o dos bens substituídos, mais complexa de afigurando a tutela daqueles titulares de direitos (ou que pretendam adquiri-los) sobre os bens aos quais se venha a alargar o penhor rotativo.

Quanto a estes e ainda que se adopte um critério mais exigente (reclamando a obrigatoriedade da menção, no contrato inicial, dos bens que a garantia poderá alcançar), a comprovação da existência do ónus implicaria a consulta do documento constitutivo da garantia e do pacto de rotatividade nele inserido (excepto, porventura, se a garantia se encontrar sujeita a registo e este for de acesso público), o que se afigura despropositado e demasiado oneroso, ao que acresce, em regra, a não imposição de redução a escrito do próprio contrato de penhor no nosso ordenamento.

Para os outros credores preferentes do empenhante (e para os adquirentes de direitos em geral) nomeadamente aqueles cujas garantias se constituíram após o surgimento do penhor rotativo sobre bens aos quais este se venha a alargar (mas antes de tal alargamento), a estipulação de acordos rotativos (e a sua não publicitação) poderá ser nociva.

Daí que a consideração dos interesses destes sujeitos determine que a mutação do *quid* onerado pressuposta pelas cláusulas rotativas seja, de algum modo, publicitada, sob pena de aqueles adquirirem um direito sobre um bem que julgavam livre de ónus e encargos, mas que, afinal, estava abrangido por um pacto de rotatividade que o poderia atingir, com efeitos retroactivos à data da constituição da garantia giratória.

Poder-se-á sustentar que tal desígnio publicitário pode ser alcançado mediante a entrega dos bens substitutos ao credor ou a terceiro (ou, em termos mais latos, mediante a renovação, a cada substituição, dos requisitos constitutivos do penhor, em função da natureza dos bens onerados): todavia, mesmo que se exija o cumprimento desta formalidade, persiste o potencial prejuízo para os titulares de direitos constituídos sobre bens não originariamente abrangidos pela garantia rotativa em momento anterior à sua

---

<sup>2826</sup> É a posição de Francesco Boichichio, ob. cit., pág. 219 e segs., recusando, em conformidade, a necessidade de renovação dos requisitos formais a cada substituição dos bens empenhados. Este Autor sustenta que a sua posição diverge conceptualmente da rotatividade, pois – apesar de compartilhar os resultados atingidos relativamente à necessidade de uma interpretação elástica da obrigatoriedade de determinação dos bens empenhados - entende (vide nota 40) que nesta última “*il rilievo dato al concetto di utilità reale, accompagnato dalla svalutazione del ruolo dei singoli beni, appare, in effetti, in contrasto con la circostanza che le formalità sono riferite ai singoli beni*”: não obstante esta divergência conceptual, a posição do Autor acaba por desembocar na admissibilidade de acordos estabelecendo a rotação ou modificação do objecto da garantia, desde que “*le rotazioni di beni avvengano nel rispetto delle formalità previste dalla legge per i medesimi singoli beni, sia pur intendendo tali formalità in senso elastico e funzionale*”.

integração, por via de substituição, na órbita daquela, uma vez que antes de tal substituição, tais bens aparentam estar livres de ónus e encargos.

Nesta conformidade e salvo as hipóteses legalmente previstas, a rotatividade convencional, com efeitos retroactivos, apenas poderá operar relativamente a bens fungíveis (por ser inerente a estes, excepto convenção em contrário, a possibilidade de substituição por outros da mesma espécie) ou a bens compostos em que a faculdade de substituição surge como natural (como sejam as universalidades):<sup>2827</sup> não é por acaso que a esmagadora maioria de casos de rotatividade legalmente previstas operam relativamente a bens fungíveis (veja-se, por todos, o exemplo do penhor financeiro).

Para outros bens que não estes (designadamente no âmbito de pactos de laboração ou transformação), a rotatividade apenas poderá operar se e quando a lei assim o permitir, funcionando a previsão legal, face a terceiros, como um modo de cognoscibilidade indirecta.

Fora destas hipóteses, poderá aceitar-se a rotatividade convencional relativamente a bens cuja dação em penhor se encontre sujeita a registo (uma vez que a inscrição neste do pacto rotativo torna-o do conhecimento dos eventuais interessados) ou a créditos (porquanto, salvo melhor juízo, o modo de constituição de penhor sobre tais bens – notificação do devedor do crédito empenhado – não cumpre desígnios publicitários, pelo que a substituição de uns créditos por outros não acarretará, do ponto de vista da cognoscibilidade da garantia, um agravamento da posição de terceiros).

3.2.3 - Necessidade de protecção dos demais credores do empenhante: obrigatoriedade de o valor dos bens substitutos não poder ultrapassar o dos bens substituídos

Conforme avançado previamente, a premência de protecção dos restantes credores do empenhante, em especial dos quirografários, justifica a imposição de limites, quanto ao valor, no que toca às substituições inerentes à operatividade das cláusulas rotativas.

Com efeito, bem se compreende a impossibilidade de, por força do funcionamento destes acordos de substituição, virem a ser prejudicados os legítimos interesses dos demais credores do empenhante, nomeadamente através do aumento do valor dos bens originariamente empenhados.<sup>2828</sup>

---

<sup>2827</sup> Sublinha este aspecto Joana Dias, ob. cit., págs. 113 e 114, destacando que as cláusulas de extensão aos bens que passem a integrar tal universalidade envolvem, em sentido inverso, uma compressão dos bens que entretanto dela saíam, concluindo que a rotatividade “*apenas serve para regular este movimento ou fluxo ou refluxo no intuito de estabelecer e manter o equilíbrio*”, muito embora saliente que os novos elementos que passem a integrar o estabelecimento não passarão automaticamente a estar abrangidos pela garantia, nem mesmo quando sejam adquiridos à custa de valores saídos dessa mesma universalidade, alegando não existir qualquer fenómeno de acessão (já quando exista substituição, a coisa ocupará o lugar da anterior, operando o princípio da prioridade temporal – ou seja, valendo a data de constituição inicial – no que concerne ao conflito com titulares de outros direitos sobre o mesmo bem). Em nosso entender e conforme já tivemos oportunidade de realçar, a especial configuração da universalidade fará com que, independentemente de cláusula expressa nesse sentido, a garantia abranja automaticamente os bens que passem a dela fazer parte (e, inversamente, deixando de recair sobre aqueles que entretanto deixarem de integrar a dita universalidade) enquanto subsistir o crédito garantido, incidindo, em caso de execução, sobre os existentes nessa data.

<sup>2828</sup> Salientam este aspecto Joana Dias, ob. cit., pág. 194, nota 502, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 294 e segs., Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 115 e segs. (destacando a necessidade de preservação do valor inicialmente onerado e subordinando a eficácia das cláusulas rotativas ao valor que o bem possuía no momento em que se verificou a substituição, tutelando assim os interesses dos credores

Deve, por isso, erigir-se como *conditio sine qua non* da validade dos acordos rotativos a impossibilidade de, por força das diversas substituições ínsitas neste mecanismo, ser ultrapassado o valor dos bens originariamente empenhados: quando tal suceda, deve considerar-se irreversivelmente extinta a cláusula de rotatividade.<sup>2829</sup>

Assim sendo, o credor não poderá obter um valor superior à utilidade real que receberia em caso de execução do bem inicialmente dado em penhor, cabendo ao credor pignoratício demonstrar que, não obstante as diversas substituições, o valor originário permaneceu inalterado (ou, pelo menos, não foi excedido) e que, por isso, nenhum prejuízo resultou das permutas para os demais credores do empenhante, porquanto a parcela do património deste à disposição daqueles permanece inalterada.<sup>2830</sup>

Contudo, não existe unanimidade quanto ao modo de aquilatar da aludida paridade de valor, desde logo no que toca ao sujeito encarregue ou autorizado a realizar as substituições dos objectos onerados,<sup>2831</sup> até porque, nalgumas situações, o incremento daquele valor seja fruto da actividade do credor pignoratício (pense-se na gestão de um penhor sobre instrumentos financeiros), destarte relativizando o prejuízo para os demais credores do empenhante, na medida em que o aumento do património do devedor se ficou a dever a uma actividade de terceiro e não à actuação do próprio empenhante.<sup>2832</sup>

---

comuns do empenhante em não verem diminuído o património deste), Realmonte, L'oggetto cit., pág. 13, o Acórdão da Corte de Cassação Italiana n.º 5264 de 28/5/1998 (citado por Luciano Panzani, ob. cit., pág. 944), Fabrizio Maimieri, ob. cit., pág. 4 (afirmando que “*non rileva di quali titoli sia composto il deposito vincolato, purché il loro valore non sia superiore a quello determinato al momento della costituzione della garanzia*”, pelo que os bens “*depositati in sostituzione di quelli inizialmente depositati e/o a reintegrazione della garanzia a seguito di vendita o per altra causa, sono soggetti all'originario vincolo di pegno nei limiti del valore risultante all'epoca della sottoscrizione del presente atto*”), Dario Finardi, Efficacia reale cit., pág. 778 (demonstrando como o risco de prejuízo para os demais credores é mínimo – desde que assegurada a paridade de valor – na medida em que a “*garanzia rotativa in sé non viola la par conditio più della costituzione di una garanzia ordinaria, atteso che il valore economico oggetto di garanzia rimane il medesimo, e che la procedura concorsuale trasforma appunto tutti i beni del debitore nel loro valore economico, per cui per essa due beni di valore equivalenti tout court e quindi infine la convenzione di rotatività è priva di effetto*” até porque, no que respeita aos instrumentos financeiros, se “*l'interesse alla par conditio è lesa solo dal pericolo di collusioni, è ragionevole ritenere che il crescente processo di istituzionalizzazione dei soggetti che gestiscono il mercato mobiliare e di credito dovrebbe escludere o minimizzare tal pericolo*”), Carmine Stingone, Sulla validità cit., pág. 99 (assegurando que de tal pacto não pode “*recare ai terzi un pregiudizio maggiore di quello che altrimenti si sarebbe potuto realizzare in assenza del patto*”) e Melissa Magnano, ob. cit., pág. 587 e segs..

<sup>2829</sup> Neste sentido, Joana Dias, ob. cit., págs. 193 e 194. Uma eventual alternativa passaria pela manutenção da garantia sobre uma parte dos bens de valor correspondente aos inicialmente empenhados, mas a Autora descarta-a (não sem reconhecer que teria a vantagem de impedir que a substituição dos bens originais por outros de maior valor afectasse todo o contrato), por entender que tal solução enfrentaria problemas de aplicação prática, designadamente quanto aos critérios para aferir a avaliação do aumento do valor, bem como no que respeita a objectos cujas especiais características dificultem a avaliação – v. g., bens de valor estimativo ou preciosos (no mesmo sentido, Piscitello, Le garanzie cit., págs. 102 e 103).

<sup>2830</sup> Assim, Gabrielli, Il pegno cit., pág. 250 e Il pegno anomalo cit., pág. 218.

<sup>2831</sup> Tendo em conta este aspecto, Joana Dias, ob. cit., págs. 190 e 191, distingue consoante a substituição seja efectuada pelo credor pignoratício (caso em que bastará prever que, na operação de substituição, devam ser reutilizadas as quantias recebidas em razão da disposição dos bens anteriormente onerados – v. g. o penhor de instrumentos financeiros) ou pelo empenhante. Nesta segunda hipótese – que assume particular relevância quando são empenhados bens produtivos, dos quais o empenhador não pode ser privado – a resposta não será tão linear, importando distinguir entre as cláusulas que prevejam o prolongamento do vínculo sobre produtos finais ou a sua continuação sobre novas matérias primas adquiridas para o prosseguimento da actividade produtiva, conforme melhor ser verá mais à frente no texto.

<sup>2832</sup> Em termos análogos, Joana Dias, ob. cit., pág. 195.



A falta de consenso atinge mesmo a própria comprovação da identidade de valor entre os bens substitutos e os substituídos,<sup>2833</sup> pois para alguns deverá atender-se ao valor dos bens originariamente empenhados no momento da substituição (ou melhor, das várias possíveis substituições) e não da execução, não sendo a validade daquela afectada por eventuais variações sucessivas, decorrendo esta imposição também da necessidade de protecção do empenhante e dos seus outros credores, evitando, por força do mecanismo da rotatividade, um agravamento das suas condições patrimoniais.<sup>2834</sup>

Adoptando este entendimento, a cláusula rotatividade segue mais de perto o valor dos bens sobre os quais incide, resumindo-se os seus efeitos à substituição de

---

<sup>2833</sup> Mencionam a existência destas duas posições Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 291 e segs. (evidenciando que na maior parte das normas civilísticas em que se fundamenta a rotatividade a sub-rogação se produz com base no valor dos bens no momento da substituição – *rectius*, “*del valore che il bene possiede nel momento in cui si verifica l’evento che consente il ricorso a tale strumento*”, enquanto a maioria das decisões judiciais se inclinam em sentido inverso), Luca Ruggeri, ob. cit., pág. 712 e segs. e Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 6 e segs.. Já Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 695 e segs., realça que a doutrina dominante adopta o critério do valor do bem momento da substituição – sustentando que, deste modo, se tutelam os credores quirografários do empenhante, impedindo uma diminuição do seu património, até porque a hipótese contrária permitiria substituir um bem cujo valor entretanto tivesse decrescido por outro, naturalmente cujo valor não excedesse o do bem inicialmente dado em penhor (mas não sem mencionar que a posição contrária encontra igualmente apoio, especialmente considerando, em razão da ausência de disposições normativas, caber às partes optar por uma ou outra solução e, se optarem por considerar o valor original, o penhor teria também uma função conservatória, ao passo que optando pelo critério do bem original a garantia comportaria sempre uma certa componente especulativa, estando dependente das flutuações de valor dos bens primariamente onerados: em qualquer dos casos, o valor não pode ser convencionalmente estabelecido, devendo antes corresponder ao seu valor real). Também se debruça sobre esta questão Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 164 e segs., constatando igualmente que a doutrina dominante se inclina para o aferir da paridade de valor no momento da substituição dos bens (aduzindo os mesmos argumentos citados e acrescentando que, na hipótese contrária, se privaria o credor da faculdade, que lhe assiste, de se apropriar dos acréscimos de valor – frutos ou juros - do bem onerado), enquanto os dados jurisprudenciais (embora citando uma decisão que, ao falar em “pré-determinação”, parece propender para o momento da constituição da garantia) e normativos (tendo em conta, em particular, a redacção não inequívoca do art.º 46.º do Regulamento Consob sobre instrumentos financeiros) se apresentam equívocos, concluindo que “*non possono considerarsi precluse a priori variazioni dell’oggetto della garanzia (...) allorquando la sostituzione dell’oggetto della garanzia risulti in concreto neutra rispetto agli interessi dei creditori chirografari*”.

<sup>2834</sup> Cfr. Gabrielli, I negozi costitutivi cit., pág. 171 e também in Il pegno cit., pág. 248 e segs., aditando que o controlo sobre estas eventuais variações deve ser efectuado *a posteriori*, ou seja, em momento subsequente ao da celebração do contrato de penhor ao qual seja aposta uma cláusula de rotatividade. Por outro lado, o acolhimento da solução contrária permitiria a substituição de um bem que tivesse perdido valor por outro de valor superior – naturalmente no limite do valor originário do bem substituído - em prejuízo dos credores quirografários (salienta este último aspecto Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 700). Depois de realçar não haver consenso jurisprudencial e apesar de reconhecer que a norma sobre o penhor rotativo de instrumentos financeiros parece depor em sentido contrário, Matteo Rescigno, ob. cit., págs. 13 e 14, inclina-se igualmente para esta posição, argumentando ser a que melhor se coaduna com a recondução do fenómeno da rotatividade à sub-rogação real (não requerendo, por isso, qualquer pré-determinação do valor até ao qual os bens possam ser substituídos, do mesmo passo se respeitando a “*giustificazione funzionale dell’ammissibilità di un patto di rotatività e cioè il fatto che i creditori chirografari non subirebbero un ingiustificato pregiudizio dalla sostituzione ove questa si mantenga nell’ambito del valore del bene originariamente posto in pegno*”) e enumerando alguns inconvenientes da hipótese inversa (alegando que a mesma é até contraditória com a faculdade, reconhecida ao credor pignoratício não rotativo, “*di far suoi aumenti di valore, frutti e interessi del bene oppignorato e consentirebbe, ai danni dei creditori chirografari, al creditore pignoratizio di sostituire beni che abbiano perso valore con altri beni di maggior valore, entro il limite del valore iniziale dei beni oggetto originario della garanzia*”). Acolhem igualmente este entendimento Piscitello, Le garanzie cit., pág. 103, nota 145 e Melissa Magnano, ob. cit., pág. 587.

determinados bens com outros do mesmo valor no momento da substituição (e sem possibilidade de integração da garantia).<sup>2835</sup>

Para outros, ao invés, deverá atender-se ao valor originário dos bens no momento inicial em que foram dados em penhor, argumentando que desde esse momento foi esse o valor colocado em garantia da satisfação do credor pignoratício e, assim, subtraído aos credores quirografários, parecendo esta posição encontrar acolhimento normativo a respeito do penhor de instrumentos financeiros.<sup>2836</sup>

Em termos práticos, neste último caso o aumento de valor dos bens empenhados verificado no momento da substituição, relativamente ao seu valor inicial, não beneficiará o credor, do mesmo modo que este não suportará os prejuízos decorrentes da perda de valor dos aludidos bens entre o momento da constituição e da substituição.<sup>2837</sup>

Questão intimamente conexa com esta é a de saber se a rotatividade apenas admite a substituição dos bens empenhados por outros ou, pelo contrário, consente igualmente a integração ou o incremento dos mesmos.<sup>2838</sup> com efeito, a adoção do entendimento que manda atender ao valor dos bens no momento da substituição, impõe a recusa de tal incremento, o mesmo não acontecendo quando se perfilhe a posição contrária e o valor dos bens onerados tenha diminuído entre o momento da constituição da garantia e o da sua substituição.

---

<sup>2835</sup> Destaca estas diversas consequências Matteo Rescigno, ob. cit., págs. 12 e 13.

<sup>2836</sup> Alude a esta posição Luca Ruggeri, ob. cit., pág. 713, invocando em seu favor os art.ºs 34.º do dlgs. n.º 213/98 e 46.º do diversas vezes citado Regulamento Consob, uma vez que tais normas pressupõem “*la visione di un pegno rotativo che grava su strumenti finanziari il cui valore viene a definirsi al momento della costituzione del vincolo originario; ciò spiegherebbe il riferimento all’integrazione, che si renderebbe necessaria qualora i strumenti finanziari vincolati si deprezzassero*”. Todavia, o mesmo Autor não deixa de reconhecer que tal entendimento comporta o risco de “*porre un limite di valore, fissato al momento di costituzione del pegno, entro il quale il creditore pignoratizio può integrare nel tempo la sua garanzia qualora i beni si deprezzino, ledendo così, in concreto, le aspettative dei creditori chirografari sui quali verrebbe a trasferirsi il rischio legato al valore di mercato dei beni oppegnorati*” (em termos análogos, Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 700, considerando que, deste modo, o penhor rotativo assume um função conservatória, mantendo inalterado no tempo o valor da garantia). Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 6 e segs., depois de reforçar que este critério parece ter sido adoptado pelo art.ºs 34.º do dlgs. n.º 213/98 e 46.º do diversas vezes citado Regulamento Consob, não deixa escapar alguma preocupação face aos abusos a que tal critério se presta, por abrir a porta a “*un possibile sfruttamento della rotatività del pegno in modo da utilizzare per il soddisfacimento del creditore sia i beni oggetto dell’originaria garanzia, sia quelli ulteriori, attrati per via della concessa rotatività, ma non meramente sostitutivi dei primi, con il risultato concreto che la rotatività potrebbe trasformarsi non già nella possibilità di conservare, con carattere di continuità, un privilegio su beni dello stesso valore pur se mutevoli nel tempo, ma di godere di un prolungamento indefinito nel tempo di un privilegio, entro un certo limite di valore, su beni in realtà fra loro sommantesi e cristallizzato nella sua origine alla data della iniziale costituzione della garanzia mobiliare*”.

<sup>2837</sup> Como nota Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 291, deste modo se admitindo também a integração, uma vez que “*se il valore di riferimento per ciascuna sostituzione deve essere quello che il bene aveva quando è sorto il vincolo, la successiva eventuale riduzione di quel valore non potrà garavare sul creditore pignoratizio che, di conseguenza, nell’operare la sostituzione, bem potrà integrare l’oggetto della garanzia sino al raggiungimento del valore originario del bene*”.

<sup>2838</sup> Dão conta de duas posições a este respeito Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 698 (inclinando-se para aceitar igualmente a integração, sobretudo porque tal solução é admitida pela lei em matéria de penhor rotativo de instrumentos financeiros), Matteo Rescigno, ob. cit., págs. 11 e 12. (anunciando que a jurisprudência se mostra avessa à integração – do mesmo modo que as normas da lei civil nas quais se fundamenta a admissibilidade da rotatividade convencional - mas que a lei relativa ao penhor de instrumentos financeiros – em especial o art.º 46.º do Regulamento Consob – a prevê expressamente: desta contradição poderá resultar que um penhor rotativo convencional não possa beneficiar da possibilidade de integração) e Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 290 e segs. (salientando que o regime do penhor financeiro admite igualmente, para além das cláusulas de substituição, as de integração).

Embora admitindo que a questão seja espinhosa e que esta última alternativa se adegue melhor à identificação do objecto das garantias rotativas com o valor económico do bens onerados, e não com o concreto valor que cada um deles possa vir a deter (sendo esse valor originário o que é subtraído à disposição dos demais credores), a necessidade de impedir que, por efeito do funcionamento de uma cláusula rotativa, o devedor (e/ou o empenhante) veja a sua posição agravada, face às regras ditadas para o regime geral do penhor, impele-nos para a solução contrária.

De facto, se a cada substituição o credor pignoratício pudesse integrar o conteúdo da sua garantia tomando como limite o valor originário dos bens empenhados, tal significaria que o risco de diminuição de valor correria exclusivamente por conta do empenhante e, pior ainda, que o credor gozaria de preferência relativamente a um montante superior àquele de que gozaria caso a sua garantia não fosse rotativa (caso em que essa preferência se cingiria ao valor dos bens onerados no momento da execução, com as eventuais perdas de valor entretanto verificadas).

Contudo, importa salientar que a resposta pode variar em função da particular natureza dos bens abrangidos por uma cláusula de rotatividade, não surpreendendo que as próprias soluções legais variem, por exemplo, consoante estejam em causa matérias primas<sup>2839</sup> ou instrumentos financeiros.<sup>2840</sup>

---

<sup>2839</sup> De acordo com Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 98 e segs., os problemas não se colocam quando se preveja a passagem do penhor das matérias primas para os bens resultantes da sua transformação, mas sim quando se convencie a transferência da garantia das matérias primas originais para outras posteriormente adquiridas para a continuação do processo produtivo, uma vez que, no intervalo que medeia entre a aquisição dos bens originários e dos bens substitutos pode verificar-se um aumento do preço dos mesmos: verificando-se tal hipótese, o Autor entende dever a substituição conter-se no limite do valor dos bens vinculados *ab initio* (e não abranger uma quantidade de bens análoga à inicialmente onerada), pois “*sebbene sia diminuita la quantità delle materie prime costituite in pegno, per il creditore garantito il valore dei beni vincolati resta imutato*”. No caso específico do privilégio consagrado no art.º 46.º do Texto Único a rotatividade da garantia não parece, aparentemente, subordinada ao critério da paridade de valor, mas, como salienta Francesca Dall’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 162, nota 167, uma vez que terá de ser indicado o montante pelo qual a garantia responde, será esse o limite da amplitude da garantia rotativa (também a respeito desta norma, Matteo Rescigno, *ob. cit.*, págs. 190 e 191, assegura que a lei nem sequer alude à necessidade de manutenção do valor (alegando que, neste caso, “*non solo deve essere indicato il credito su cui viene costituito il privilegio (...) ma deve essere indicata la somma di denaro per il quale il privilegio viene assunto, che dunque, a differenza della parità di valore, delimita l’estensione della garanzia rotativa*”, justificando esta solução com o carácter não possessório desta garantia e, por outro lado, com o facto de o objecto da mesma apenas ser identificado – em razão da dificuldade em descrever em concreto o *quid* sobre o qual recai - no momento da execução da garantia, o que impede a sua invocação contra terceiros de boa fé que tenham tomado posse dos bens em questão antes dessa data). Entre nós, Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 190 e 191, distingue entre as cláusulas que prevejam o prolongamento da garantia para os produtos finais decorrentes do processo produtivo (considerando-as lícitas, por não atentarem contra os interesses dos credores comuns, porquanto “*É verdade que a transformação das matérias primas ou semi-transformadas inicialmente vinculadas implica custos adicionais para o dador da garantia, mas não parece que tal circunstância precluda o reconhecimento da validade da convenção de prolongamento do vínculo sobre os produtos finais. Na verdade, os credores quirografários do empresário, na medida em que uma parte da própria liquidez se destina às despesas de laboração dos produtos que acabam por ficar neste, não ficam por isso prejudicados*”) ou a sua continuação sobre novas matérias primas adquiridas para o prosseguimento da actividade produtiva (advogando que se deverá, tendo em conta a manutenção do valor da garantia real, conter a extensão nos limites do valor dos bens inicialmente vinculados, não admitindo uma continuação da garantia sobre uma quantidade de bens correspondente à inicialmente empenhada, porquanto entre o momento da aquisição destes últimos e a sua substituição pode ter ocorrido um aumento do respectivo valor).

<sup>2840</sup> Quanto a estes, Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 104 e segs., entende que o problema está na regulamentação desta matéria (mais concretamente no art.º 46.º do Regulamento Consob, cuja ilegalidade o Autor advoga, considerando que a mesma não era competente para regular os aspectos civilísticos dos vínculos sobre este tipo de objectos e, ainda, por extravasar o âmbito da autorização legal que lhe fora

De qualquer forma e independentemente de qual seja o entendimento adoptado, cumprirá estabelecer critérios para determinação do valor dos bens, cuja paridade representa o limite dentro do qual as substituições poderão verificar-se - e, por consequência, no seio do qual a rotatividade pode operar -, não se concebendo que tal avaliação possa ficar totalmente entregue ao livre arbítrio dos contraentes.<sup>2841</sup>

Noutra ordem de considerações, cumpre realçar que uma análise mais atenta do facto conduz à constatação que nem sempre o incremento de valor implicará um dano para os credores quirografários, parecendo até que tal aumento se traduz numa vantagem para estes, na medida em que o devedor se vê desapossado de um bem cujo valor excede o montante do crédito garantido (como normalmente acontecerá), destarte permitindo aos credores não privilegiados satisfazer-se sobre o seu valor residual.<sup>2842</sup>

Tal prejuízo verificar-se-á, pelo contrário, caso o valor do bem originariamente dado em penhor não fosse suficiente para garantia do crédito assegurado, uma vez que, neste contexto, a substituição do primeiro bem por outro de maior valor conduzirá

---

concedida), ao subordinar a manutenção do vínculo – apesar das substituições – à conservação do valor inicial, parece tornar irrelevantes as posteriores alterações de valor dos mesmos, quer se produza um aumento de valor e ainda que sem prejuízo para os outros credores (por exemplo, porque tal aumento dependeu exclusivamente do êxito dos investimentos efectuados), quer quando haja uma diminuição de valor e esta seja colmatada por posteriores integrações a cargo do empenhante (neste caso com claros prejuízos para os demais credores). Nesta conformidade, o Autor sugere a aplicação também aos instrumentos financeiros dos princípios gerais vigentes em matéria de limites à rotatividade, especialmente no que se refere à protecção dos demais credores do constituinte.

<sup>2841</sup> Para Matteo Rescigno, ob. cit., pág. 16, o valor deve corresponder ao seu valor real e, embora admitindo que o mesmo possa ser convencionalmente determinado, afiança que tal faculdade é judicialmente sindicável (aceita este último aspecto Silvia Lovisatti, ob. cit., pág. 697 e segs.). Para o efeito, o mesmo Autor concretiza que deve ser evitada “*ogni vaghezza nella fissazione del parametro di determinazione del valore dei beni al fine di valutare la legittimità della sostituzione o dell’integrazione; così ammessa l’inclusione nel valore dei frutti e degli interessi maturati e non fatti propri dal creditore, nessuna ulteriore aggiunta potrà titenersi autorizzata. Il valore andrà poi fissato o nel prezzo di realizzo (ove l’oggetto originario del pegno venga venduto) o nel prezzo di mercato, laddove non venga alienato, così che il limite della rotatività sia fissato su una soglia massima nell’evoluzione positiva del valore dei beni che di volta in volta ne formano oggetto*” (naturalmente que para a tese que aceite dever atender-se ao valor dos bens no momento inicial da constituição da garantia, importará considerar o valor de mercado desses mesmos bens, o mesmo valendo para aqueles outros que sucessivamente venham a fazer parte da garantia). Já segundo Melissa Magnano, ob. cit., pág. 587, o valor deve corresponder ao preço de venda – em caso de alienação - ou de mercado - quando tal não suceda).

<sup>2842</sup> Noutra perspectiva, Piscitello, Le garanzie cit., pág. 52 e segs., assevera que o incremento de valor dos bens onerados apenas redundará em prejuízo dos credores quirografários caso, por força dessa substituição, se produza uma diminuição do património do devedor disponível para a satisfação dos credores quirografários (o Autor esclarece que tal incremento se pode dever ao aumento do valor dos bens determinado pelas condições de mercado ou das particulares aptidões de quem tenha efectuado as operações de substituição ou, finalmente, da utilização dos bens no processo produtivo, apontando como exemplo o penhor constituído sobre instrumentos financeiros cotados em mercado oficial em que a venda de tais instrumentos pode ocorrer por um preço mais elevado do previsto – ou previsível – no momento da constituição da garantia, caso em que é possível que o aumento de valor dos bens vinculados não tenha nenhum reflexo sobre os interesses dos credores quirografários). Nesta conformidade, conclui que o aumento de valor dos bens em resultado da substituição dos mesmos não será ilícito “*purché l’incremento sia contenuto entro un determinato ammontare (...) e che un aumento del venti per cento del valore originario dei beni costituiti in garanzia rientri nel normale rischio che caratterizza tali operazioni di finanziamento*”, sendo necessário ter em conta os critérios de avaliação dos bens, aquilatando do grau de liquidez dos mesmos, assim como atendendo à circunstância de valor dos bens alienados em sede de execução forçada ser normalmente inferior ao valor de mercado dos mesmos (já mais duvidosas, na óptica do Autor, se apresentam aquelas hipóteses em que a substituição dos bens onerados implique posteriores despesas para o constituinte da garantia – por exemplo, a aquisição de outros títulos com dinheiro retirado da conta do devedor - admitindo, ainda assim, a validade das mesmas, desde que se demonstre que o incremento de valor se enquadre no normal risco inerente a este tipo de operações).

unicamente a um melhoramento da posição do credor pignoratício, sendo pernicioso para os demais credores,<sup>2843</sup> como se poderá dar igualmente quando, apesar de mantido o valor nominal dos valores mobiliários substituídos, seja alterado o seu valor efectivo (entendido este como a “*vendabilidade*” do bem).<sup>2844</sup>

De qualquer modo e uma vez que as circunstâncias que conduzem, nos termos acabados de expor, à verificação de um efectivo prejuízo decorrente do uso das cláusulas rotativas são relativamente aleatórias e independentes da vontade dos principais prejudicados com as mesmas (os demais credores do empenhante), pelo que, por motivos preventivos e para a sua protecção, se impõe o respeito pelo critério da paridade de valor.

Dever-se-á recusar-se, sobretudo, a possibilidade de, através das convenções rotativas, o credor obter uma renovação da garantia no tempo, socorrendo-se indefinidamente da continuidade do penhor, cuja data de constituição ficou cristalizada no momento inicial da criação do vínculo,<sup>2845</sup> não parecendo que tal perigo possa ser conjurado através da mera fixação de um valor inicial (correspondente ao valor dos bens inicialmente empenhados) dentro do qual a rotatividade possa livremente operar.<sup>2846</sup>

---

<sup>2843</sup> Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 250 e 251.

<sup>2844</sup> Foca este aspecto Chiara Mancini, *ob. cit.*, pág. 683, assegurando que a paridade de valor não suscita dúvidas quando os bens substituídos e substitutos sejam valores mobiliários cotados – uma vez a sua alienação se encontra assegurada – mas o mesmo não se poderá dizer quando a substituição ocorra entre bens cotados e não cotados. Nesta segunda hipótese, poderão advir prejuízos para terceiros credores do empenhante, porquanto o património remanescente deste poderá considerar-se diminuído (por exemplo, se os bens inicialmente empenhados forem substituídos – em razão da diminuição do seu valor – por outros, mesmo que de igual valor nominal).

<sup>2845</sup> Matteo Rescigno, *ob. cit.*, pág. 22 e segs., reforça que as normas civilísticas das quais se retira o princípio geral da admissibilidade da rotatividade convencional têm em comum o facto de o bem objecto da garantia se perder e ser substituído por outro ou, em alternativa, diminua de valor e seja necessária uma integração, ou seja, “*Il creditore, dunque, in questi casi perde (o vede quantitativamente limitata) la possibilità di soddisfarsi in via privilegiata sul bene che formava oggetto della garanzia e acquista, non sempre conservando la continuità degli effetti dell’originaria garanzia, la possibilità di soddisfarsi sul suo surrogato, legislativamente determinato: non diverso può essere, a mio avviso, l’effetto del patto di rotatività*”. Nesta conformidade, sempre que se verifique uma substituição do objecto da garantia, o bem originariamente empenhado deve sair efectivamente da esfera de disposição do credor pignoratício e regressar à do empenhante, não usufruindo aquele de qualquer direito de preferência relativamente a esses mesmos bens. E esta conclusão vale, quer se perfilhe uma posição mais restritiva (nos termos da qual a rotatividade imponha que o objecto substituído deva sair materialmente da esfera jurídica do devedor e nela entre, em contrapartida, o objecto substituído, como seu sub-rogado: se assim for, apenas seria admitida a substituição do objecto da garantia com bens adquiridos com o seu contra-valor, seja este o preço de venda ou o valor de reembolso), quer, por maioria de razão, se adopte um entendimento mais amplo da rotatividade que consinta qualquer forma de substituição do objecto da garantia, mesmo que não implique a saída definitiva do bem substituído da esfera jurídica do devedor e se trate apenas de uma mera troca de objectos. Em especial nesta última hipótese, importa evitar que o credor pignoratício possa utilizar o pacto de rotatividade, não num sentido meramente substitutivo, mas como forma de incrementar ilegitimamente o valor da sua garantia (como acontece se, após a substituição, o bem substituído seja usado pelo devedor para satisfazer uma parte do crédito do credor pignoratício; ou também através do uso de cláusulas *omnibus* relativamente aos créditos garantidos e aos bens onerados). Quando tal suceda, estaremos perante um negócio em fraude à lei, devendo recusar-se o efeito rotativo, considerando antes que sobre o novo bem se constitui um novo penhor. (em termos análogos, Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 588).

<sup>2846</sup> Foca este aspecto Matteo Rescigno, *ob. cit.*, pág. 24 e segs., reforçando que, se assim fosse, a garantia rotativa se transformaria num privilégio sobre os bens do devedor em posse do credor imputáveis ao penhor rotativo, ou seja, “*così intesa, alla garanzia rotativa finisce per essere estraneo alcun riferimento surrogatorio o integrativo dell’originario oggetto del vincolo*”. Se assim fosse, o credor poderia imputar à garantia rotativa bens cujo valor não excedesse o dos bens inicialmente empenhados e sem que a tal imputação deve necessariamente corresponder a saída ou a diminuição de valor dos bens originais (podendo até o credor escolher, de entre os bens empenhados, aqueles sobre os quais exercer o seu direito

Neste contexto e se a ideia subjacente a esta restrição é assegurar a manutenção do valor do bem empenhado – ou, pelo menos, evitar o seu aumento – poder-se-á duvidar do funcionamento da rotatividade num contrato de penhor do qual constem cláusulas prevendo, em caso de incremento do valor dos bens empenhados relativamente ao devido no momento da constituição da garantia, o direito do empenhador dispor dos bens excedentários face àquele valor, desde que essa mais valia ultrapasse uma determinada percentagem e se prolongue ininterruptamente durante um período fixado contratualmente.<sup>2847</sup>

### 3.2.4 - Eventual necessidade de renovação das formalidades necessárias aquando da substituição dos bens originariamente empenhados

Um outro potencial obstáculo à rotatividade resulta da necessidade da entrega dos bens objecto de garantia enquanto elemento constitutivo do penhor, impondo que a cada substituição se siga, inexoravelmente, um empossamento do credor relativamente aos bens substitutos.

Contudo, também este entrave poderá ser contornado de diversas formas: ou assumindo que a entrega não assume qualquer função publicitária<sup>2848</sup> - não impedindo assim a utilização dos bens dados em garantia por parte do empenhante, bem como a sua substituição em cumprimento de uma convenção de rotatividade previamente acordada<sup>2849</sup> - ou, noutra perspectiva, assumindo que a entrega não é um fim em si mas um mecanismo destinado a assegurar a impossibilidade do devedor empenhante dispor dos bens objecto da garantia<sup>2850</sup> ou, finalmente, que a entrega não será inevitavelmente imposta.<sup>2851</sup>

---

de preferência, sem que se pudesse resolver a questão da data de constituição do penhor para os restantes bens). Em face do exposto, *“anche ove si ritenga necessario inserire nel patto di rotatività il valore entro il qual ela rotatività opera, essa pressuponga sempre l’attuazione di un meccanismo di sostituzione totale o parziale, a parità di valore, o di integrazione in misura corrispondente alla diminuzione del valore, dell’oggetto originario della garanzia”*.

<sup>2847</sup> Luciano Panzani, ob. cit., pág. 951, dá conta da utilização de uma cláusula com este teor nas condições gerais usadas pela Associação Italiana de Bancos, bem como de outra estabelecendo o direito dos bancos reduzirem, com efeito imediato, o crédito concedido ao devedor quando o valor dos bens empenhados sofra uma diminuição relativamente ao inicialmente estabelecido e a garantia não seja reintegrada com outros bens aceites pelos bancos credores.

<sup>2848</sup> Acerca da natureza publicitária da entrega do bem ao credor ou a terceiro, enquanto requisito constitutivo do penhor, vide supra n.º 5.1 do Capítulo I.

<sup>2849</sup> Como salienta Joana Dias, ob. cit., págs. 203 e 204, esta leitura torna possível a dação em penhor de bens que façam parte de um estabelecimento comercial sem suspender o desenrolar do processo produtivo, bem como a operatividade, relativamente a esses bens, de uma cláusula de rotatividade. Seguindo a mesma linha de pensamento, *“a conservação dos bens nos locais da empresa não seja por si só um indício bastante que permita concluir pela propriedade dos mesmos e, assim, da possibilidade dos credores quirografários realizarem os seus créditos à custa dos mesmos (...). Destas observações pode excluir-se que para a constituição do penhor é necessário criar uma situação de desapossamento notório ou público a fim de permitir que os credores comuns possam tomar conhecimento de quais os bens que se acham sujeitos a execução”*, admitindo a mesma Autora formas atenuadas de desapossamento, desde que idóneas para limitar o poder de disposição do empenhante (para, desse modo, tutelar o credor face à deterioração dos bens e/ou à alienação a terceiros de boa fé e, simultaneamente, tornar possível aos terceiros verificarem a existência do encargo pignoratício), designadamente a entrega das chaves do estabelecimento onde se encontrem os bens dados em garantia ou a criação de uma situação de comosse que exclua a possibilidade de o empenhante dispor isoladamente desses mesmos bens.

<sup>2850</sup> Vide Gabrielli, Il pegno cit. págs. 115 e 116 e também in I negozi costitutivi di garanzie reali, in BBTC, 1996, pág. 149 e segs., e os Acórdãos da Corte de Cassação Italiana n.º 5264 de 28/5/1998 (citado por Luca Panzani, ob. cit., pág. 944) e de n.º 10685, de 27/9/1999 (no comentário de Andrea Azzaro,

Mais concretamente e conforme exposto anteriormente, o penhor traduzir-se-ia na criação de uma reserva de utilidade a favor do credor, consequência da indisponibilidade do bem empenhado por parte do seu proprietário, assim se superando o binómio entrega-desapossamento, na medida em que a criação daquela reserva de utilidade poderá ser obtida através do recurso a técnicas diversas.<sup>2852</sup>

Por outro lado, o dito obstáculo poderá igualmente ser ultrapassado – ao menos quando se trate de penhor incidente sobre bens objecto de gestão patrimonial – considerando que, logo no momento da constituição da garantia, o empenhante é privado de qualquer poder sobre esses bens, adquirindo o credor pignoratício uma posição activa sobre os bens que serão, posteriormente, escolhidos pelo gestor (que, aliás, se encontra vinculado perante o mencionado credor).<sup>2853</sup>

Noutra ordem de considerações, por vezes a lei impõe formalidades específicas, alternativas ao desapossamento, como condição de surgimento da garantia e, nesses casos, no momento da substituição dos bens serão esses mesmos requisitos que terão de ser observados.<sup>2854</sup>

Mais ainda, pode até atribuir-se natureza imperativa ao preceito que institui o desapossamento como formalidade inderrogável da constituição do penhor (e ao carácter ao carácter real desse negócio constitutivo) e, não obstante, consentir que as partes possam salvaguardar a continuidade da garantia em caso de mutação dos bens sobre os quais a mesma recai.<sup>2855</sup>

Pelo contrário, aqueles que retêm o desapossamento como essencial tendem a considerar que a substituição do bem inicialmente empenhado implica a perda do direito de preferência sobre esse bem e o nascimento de um novo sobre o bem substituto.<sup>2856</sup>

---

Pegno rotativo cit., pág. 260, esta decisão representa o “*rigetto della tesi che nei contratti reali assume la traditio quale elemento perfezionativo della fattispecie*”).

<sup>2851</sup> Vide Joana Dias, ob. cit., pág. 142, nota 377, considerando que a necessidade de entrega comporta excepções, designadamente “*quando o credor já está na posse dos bens nos quais o penhor se considera constituído no momento em que dá o seu assentimento (...) a substituição dos bens dados em garantia poder prescindir de uma nova consignação. É isto que sucede frequentemente nos contratos bancários, nos quais os credores pignoratícios são autorizados a realizar autonomamente as operações de substituição do capital com o vencimento dos títulos*”.

<sup>2852</sup> Andrea Azzaro, Pegno rotativo cit., pág. 262 e Gabrielli, Il pegno anomalo cit., págs. 128 e Sulle garanzie rotative cit., págs. 129 e 130 (aludindo, nesta última obra, às diversas hipóteses legais de consagração inequívoca da rotatividade, para concluir que “*è possibile costituire vincoli reali dotati dell’efficacia del diritto di prelazione su determinati beni, pur rimanendo il creditore privo della loro disponibilità materiale, ogni volta che la privazione della disponibilità (materiale o giuridica) del bene o del diritto a favore del creditore risulti, mediante un atto di investitura formale dei termini effettivi e concreti dell’operazione economica, indipendentemente dall’avvenuto ed effettivo spossessamento del costituente*”).

<sup>2853</sup> Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 220, concluindo que “*il trasferimento di tale situazione attiva dal costituente al creditore ha tutti i requisiti della perdita del possesso da parte dell’uno e di acquisto da parte dell’altro ai sensi dell’art. 2786 c.c., anche se la stessa situazione attiva non può essere considerata, di per sé, possesso*”.

<sup>2854</sup> Salienta este aspecto Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 186 e segs., apontando como exemplos o penhor sobre instrumentos financeiros (para o qual a lei requer a inscrição num registo em conta) e sobre presuntos (aposição de uma marca física e anotação num registo específico).

<sup>2855</sup> Valeria Orlando, Il pegno rotativo, 2003, in [www.tesionline.it](http://www.tesionline.it), págs. 10 e 11. Pelo contrário, Gessica Pavasini, ob. cit., págs. 296 e 297, coloca em relevo a necessidade de “*che si realizzi il c.d. “spossessamento” tramite la consegna al creditore dei beni che, di volta in volta, intervengono a modificare l’originario oggetto della garanzia*” (até porque, assinala, é esta a posição da jurisprudência).

<sup>2856</sup> Assim, Gessica Pavasini, ob. cit., pág. 299, afirmando que, nos termos do regime civil do penhor, a perda da posse do objecto onerado por parte do credor gera, salvo casos excepcionais (justificados pelo facto de a perda da posse ser devida a factos excepcionais e independentes da vontade das partes), a perda do direito de preferência sobre tal bem, de modo que “*qualora la banca restituisca al debitore il titolo sul quale era sorto originariamente il vincolo per sostituirlo con un diverso, la prelazione sul bene sostituito*

Naqueles ordenamentos, como o italiano, o espanhol e o francês (embora, neste último, com as *nuances* decorrentes da reforma de 2006) existe um obstáculo adicional, na medida em que acresce, como condição da atribuição do direito de preferência (ou até de validade da garantia), a necessidade de redacção de um documento com data certa, contendo suficiente indicação do crédito assegurado e dos objectos dados em garantia, razão pela qual a generalidade da doutrina<sup>2857</sup> e da jurisprudência<sup>2858</sup> italianas exigem a repetição daquele formalismo em caso de substituição dos bens empenhados, com a descrição dos bens substitutos.<sup>2859</sup>

---

*per ciò solo si interromperebbe e se ne costituirebbe una nuova sul bene sostituto*”, colocando em relevo a necessidade “*che si realizzi il c.d. “spossessamento” tramite la consegna al creditore dei beni che, di volta in volta, intervengono a modificare l’originario oggetto della garanzia*” (até porque, assinala, é esta a posição da jurisprudência).

<sup>2857</sup> Assim, Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 204 (apesar de não tomar posição acerca do carácter novatório da substituição, reconhece ser inevitável, como condição de exercício do direito de preferência, a redacção de um novo documento escrito), Gorla e Zanelli, *ob. cit.*, págs. 35, Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 386 (“*le clausole di rotatività contenute nei contratti con le banche non consentono di ritenere ammissibile la fluttuazione automatica della garanzia da un bene ad un altro, senza rinnovo delle formalità previste dall’art. 2787 c.c. e senza effetti novativi*”, sustentando deverem ser especificados os novos bens que, de tempos a tempos, irão substituir os inicialmente empenhados), Mauro Bussani, *Il modello cit.*, pág. 173 (este Autor salienta ser esta a posição dominante – “*La generalità degli studiosi, d’altra parte, esclude l’idoneità delle clausole di sostituzione convenzionale a dar luogo alla prelazione fino a quando non si indichi, in una scrittura munita di data certa, quali siano i beni, ulteriori o diversi rispetto all’iniziale oggetto della garanzia, sui quali il vincolo si sostituisce o si estende*” - mas não adere explicitamente a ela), Luca Ruggeri, *ob. cit.*, pág. 713 (referindo-se, em especial, ao requisito da data certa, assegurando a necessidade da observância da mesma para protecção dos credores quirografários – reconhecida igualmente pela Corte de Cassação, atribuindo o Autor a este reconhecimento a intenção de reconhecer o penhor rotativo apenas no respeito das formalidades previstas na lei civil - embora concluindo que, desta forma, se diminui significativamente o interesse do penhor rotativo) e, apesar de não aderir a este entendimento, Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 122 e segs. (fundando-se na exigência de evitar fraudes entre o constituinte e o credor pignoratório em prejuízo de terceiros credores do primeiro, designadamente a substituição do bem originariamente empenhado por outro de valor superior).

<sup>2858</sup> Se a primeira sentença da Corte de Cassação Italiana de 1998 impunha tal requisito, a ulterior pronúncia de 1999 já a dispensa, afirmando que “*le parti possono obbligarsi a sostituire l’oggetto senza necessità di ulteriori stipulazioni e, quindi, nella continuità del rapporto originario*” (aplaude esta mudança de orientação Melissa Magnano, *ob. cit.*, pág. 583 e segs., pois, desde modo, é por referência ao acto inicial das partes que serão determinados a data, e a especificação do crédito assegurado e do bem dado em garantia, enquanto “*l’elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso, oltre che nella venuta ad esistenza della cosa, altresì nella consegna di questa al creditore*”). Corroboram ser este o entendimento dominante, Realmonte, *L’oggetto cit.*, pág. 13 e Luciano Panzani, *ob. cit.*, pág. 944, nota 2 (argumentando este último que tal entendimento radica na necessidade de proteger terceiros – nomeadamente outros credores do empenhante – contra potenciais acordos entre credor e devedor pignoratórios tendentes a substituir os bens originariamente dados em garantia por outros de valor superior, assim diminuindo o acervo de bens ao dispor daqueles outros credores). Também Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 388 e segs., admite que a posição maioritária da jurisprudência é avessa à plena operatividade das cláusulas de rotatividade, muito embora não deixe de salientar a existência de recentes decisões mostrando uma maior abertura – desde que respeitados um conjunto de requisitos, como a manutenção do valor dos bens originariamente empenhados e a entrega dos bens substitutos ao credor -, ao ponto de consentir alguma margem “*per individuare i meccanismi in grado di perfezionare il sistema del pegno rotativo, adeguandolo agli scopi perseguiti*”, desde que contenham “*i criteri per individuare i beni da sottoporre a vincolo in sostituzione di quelli originari*”, sem necessidade, para efeitos de atribuição do direito de preferência, da redacção de um novo documento escrito no momento da substituição.

<sup>2859</sup> Neste sentido, Realmonte, *L’oggetto cit.*, pág. 13, as decisões citadas por Luciano Panzani, *ob. cit.*, pág. 944, nota 2 (argumentando este último que tal entendimento radica na necessidade de proteger terceiros – nomeadamente outros credores do empenhante – contra potenciais acordos entre credor e devedor pignoratórios tendentes a substituir os bens originariamente dados em garantia por outros de valor superior, assim diminuindo o acervo de bens ao dispor daqueles outros credores). Também Francesco Magni, *ob. cit.*, pág. 388 e segs., admite que a posição maioritária da jurisprudência é avessa à



Todavia, não falta quem sustente que a questão deve ser resolvida em sede de interpretação do negócio constitutivo do penhor, avaliando, em face do caso concreto, se terão sido respeitados, no momento da constituição da garantia, os requisitos legais (cfr. art.ºs 2787.º, n.º 3 e 2800.º do CCI), assegurando que tal se verificará sempre que estejamos no âmbito da mesma operação económica, “*dalla cui unità formale devono emergere le indicazioni necessarie ad identificare, nello svolgersi e avvicinarsi dei successivi passaggi del vincolo di garanzia, i beni o valori che ne costituiscono l’oggetto*”.<sup>2860</sup>

Mesmo os partidários do entendimento mais flexível e menos formalista reconhecem que o regime legal veda uma substituição automática – no sentido de prescindir do cumprimento dos requisitos impostos para o nascimento do direito de preferência<sup>2861</sup> – simplesmente admitem que a autonomia privada possa contornar tais exigências, nomeadamente através da indicação, no regulamento negocial inicial, dos

---

plena operatividade das cláusulas de rotatividade, muito embora não deixe de salientar a existência de recentes decisões mostrando uma maior abertura – desde que respeitados um conjunto de requisitos, como a manutenção do valor dos bens originariamente empenhados e a entrega dos bens substitutos ao credor -, ao ponto de consentir alguma margem “*per individuare i meccanismi in grado di perfezionare il sistema del pegno rotativo, adeguandolo agli scopi perseguiti*”, desde que contenham “*i criteri per individuare i beni da sottoporre a vincolo in sostituzione di quelli originari*”, sem necessidade, para efeitos de atribuição do direito de preferência, da redacção de um novo documento escrito no momento da substituição.

<sup>2860</sup> Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit.*, págs. 130 e 131, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 170, *Il pegno cit.*, pág. 239 e, em particular, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 185 e segs. e Andrea Azzaro, *Pegno rotativo cit.*, pág. 263 (distinguindo entre constituição da garantia – momento no qual o objecto deverá ser determinado ou determinável - e suficiente indicação do objecto e do crédito, rematando que “*Nella ricostruzione dell’operazione economica, il primo momento, quello della costituzione del rapporto di garanzia, ha riguardo all’accordo negoziale, mentre il secondo fa riferimento a successivi atti, non negoziali, determinativi dell’oggetto, che, in ossequio al patto di rotatività programmato dai contraenti, comportano una modifica nel rapporto, e non del rapporto*”). Este entendimento veio, posteriormente, a ser acolhido por alguma jurisprudência (vide os arestos citados em Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 244, nota 64), mesmo ao nível da Corte de Cassação. Merecem especial referência, pelo seu carácter inovador (pese embora a aparente contradição entre a afirmação da existência de uma relação nova e, por outro lado, da unidade da relação originária, sem efeitos novatórios), as decisões desta Corte n.º 5264, de 28/5/1998, na qual, embora ressalvando a necessidade de observância dos requisitos formais, se reconhece às partes a possibilidade de “*salvaguardare, con apposite convenzioni, la continuità della garanzia, non ostante il variare dei beni che ne costituiscono l’oggetto che non facciano venir meno l’identità dei beni che ne costituiscono l’oggetto*”, tomando em consideração “*la cosa per la sua componente di valore, in piena aderenza all’interesse del diritto, che non è rivolto al bene nella sua individualità, ma al suo valore economico*”, considerando ainda que a manutenção da relação de garantia apesar da substituição do objecto da garantia não obstam o princípio da tipicidade dos direitos reais, nem tão pouco a disciplina da constituição do penhor e notando, por último, que a substituição se deve conter nos limites do valor do bem originariamente empenhado, sob pena de potenciais prejuízos para os demais credores do empenhante (no mesmo sentido, Luciano Panzani, *ob. cit.*, pág. 946). Adere a este entendimento Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 186 e segs., afirmando que, fora das hipóteses de rotatividade legalmente previstas, a necessidade de, a cada substituição, se produzir o desapossamento dos novos bens onerados constitui “*un problema di interpretazione del negozio costitutivo della garanzia e, in ultima analisi, di valutazione degli effetti dell’operazione economica*”.

<sup>2861</sup> Vide, por todos, Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, págs. 185 e 186., admitindo que “*L’automaticità della estensione del pegno costituito su determinati titoli ad altri o la sua trasposizione su altri – problema proprio della costituzione in pegno di titoli o valori oggetto di un servizio di gestione - deve (...) ritenersi esclusa, poiché con riferimento ai nuovi titoli è d’uopo, anche in questo caso, formare di volta in volta –per l’opponibilità del diritto di prelazione – la scrittura avventi i requisiti richiesti dall’art. 2787., comma 3º c.c.*”, assegurando que tal necessidade se verifica mesmo quando o objecto do penhor seja um crédito, designadamente um crédito relativamente à gestão centralizada de títulos (uma vez que “*L’esistenza e permanenza di un credito verso la gestione, infatti, non comporta che al mutare dell’oggetto del credito, rimanga identico l’oggetto del pegno*”), concluindo pelo carácter constitutivo das formalidades legais.

bens sobre os quais o penhor originariamente constituído se possa transferir, prevendo, concomitantemente, as várias fases e operações em que tal substituição decorrerá,<sup>2862</sup> enquanto outros assumem uma posição de princípio contrária à obrigatoriedade de renovação do cumprimento destas formalidades, mas acabam por admitir a sua necessidade.<sup>2863</sup>

---

<sup>2862</sup> Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 187 e segs. (assegurando que, deste modo, os sucessivos actos de substituição constituirão unicamente actos de execução de uma operação mais vasta e planificada a priori) e *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 127 (concluindo pela licitude dos pactos de rotatividade, os quais, porém, “*per essere efficace nei confronti dei terzi dovrà regolare e indicare, fin dal momento costitutivo del diritto (...) sia il meccanismo di rotatività (e quindi di persistenza nel tempo) del vincolo, sia le indicazioni necessarie per individuarne nei successivi passaggi e trasformazioni gli oggetti (vale a dire i singoli beni) sui quali la garanzia verrà nel tempo ad insistere, mantenendo così inalterati gli originari valori dell’operazione economica e quindi la sua unità formale*”). Em termos semelhantes, Giuseppe Martino, *ob. cit.*, págs. 74 e 75, entende ser necessário indicar, nos acordos de acordos de rotatividade, os critérios para determinar a qualidade e a quantidade do objecto, mas ressalva não ser indispensável uma enumeração analítica dos objectos que se substituirão aos inicialmente onerados, bastando antes indicar as regras para a identificação dos mesmos e desde que o respectivo valor permaneça inalterado (no mesmo sentido, Clementina Scaroni, *ob. cit.*, pág. 419, admitindo que “*le parti potrebbero indicare le singole fasi attraverso le quali l’operazione si articolerà nel tempo, il meccanismo di rotatività e le modalità di individuazione degli oggetti che si avvicenderanno nella garanzia. Il patto di rotatività della garanzia dovrebbe avere i contenuti costruiti e articolati in funzione del tipo di interessi sottesi all’operazione economica che si vuole realizzare nel rispetto dei requisiti richiesti dagli artt. 1346, 2787 e 2800 cod. civ.*”). Entendimento semelhante é o de Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 95 e segs., segundo o qual, partindo da noção de determinabilidade em sentido lato, a renovação das formalidades a cada substituição do *quid* onerado não será exigível, desde que as partes fixem, no documento constitutivo da garantia, os critérios de identificação dos bens dados em garantia, logo adicionando que “*in tale documento non è indispensabile elencare analiticamente gli oggetti che, di volta in volta, saranno vincolati nel corso del rapporto, ma è sufficiente dettare le regole per la precisa determinazione degli stessi*”, desde que tal substituição não prejudique os demais credores do empenhante (isto é, não diminua o activo líquido deste à disposição daqueles) e sem que o hiato entre a redacção do documento e a sucessiva especificação dos bens onerados comprometa a oponibilidade do direito de preferência do credor pignoratício desde a data constituição da garantia, assegurando que “*purché la scrittura costitutiva del pegno contenga ab initio i criteri di determinabilità (...) l’effettiva determinazione del termine di riferimento del contratto possa avvenire anche in un momento successivo, poiché la determinabilità è compatibile con una situazione di pendenza*” (todavia, o Autor distingue consoante a faculdade de proceder à substituição caíba ao credor – caso em que será suficiente prever que a modificação deve ter lugar utilizando o produto da venda o do reembolso dos bens inicialmente vinculados, embora exista o risco de prejuízo para o empenhante, designadamente quando o credor adquirir novos bens a um preço superior ao de mercado - ou ao dador da garantia – caso em que o maior risco para os outros credores do empenhante torna mais complexa a forma de redacção e de funcionamento da cláusula de rotatividade). Finalmente, Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 179 e segs., retém a desnecessidade de renovação, a cada substituição, destes requisitos de natureza formal, desde que sejam tutelados os interesses dos credores quirografários – para protecção dos quais são impostos tais requisitos – ou seja, quando o acto constitutivo da garantia contenha elementos suficientes para tornar determinados (ou, ao menos, determináveis) os bens onerados, bem como o valor do objecto da garantia (que deverá permanecer idêntico a cada substituição), considerando que tal será possível “*allorquando il pegno rotativo abbia ad oggetto beni destinati ad essere sostituiti con altri acquistati con il controvalore della vendita dei primi*” (embora reconheça que muitas vezes não será possível, no momento do surgimento da garantia especificar “*il valore che il bene assoggettato a garanzia avrà al momento della sostituzione, sì che del pari incerta appare la possibilità che risulti corretta la predeterminazione del futuro oggetto del vincolo*”, não considerando suficiente “*la clausula che determinasse il valore del bene sostitutivo per relationem, attraverso il riferimento al valore che l’oggetto della garanzia avrà al momento della sostituzione: per questa via, infatti, si potrebbe considerarsi assolto l’onere dell’individuazione del valore, ma difficilmente quello della individuazione del bene*”).

<sup>2863</sup> É a posição de Matteo Rescigno, *ob. cit.*, pág. 17 e segs., assegurando que a noção doutrinal de rotatividade aponta para a desnecessidade de renovação destas formalidades a cada substituição dos bens empenhados, mas dá conta de uma indefinição jurisprudencial. Este Autor, não discutindo a necessidade

Esta (pretensa) necessidade de renovação das formalidades impostas para a constituição da garantia, a cada substituição, parece colocar-se em termos semelhantes quer se trate de uma substituição do objecto do penhor ou, antagonicamente, ocorra uma extensão desse mesmo objecto.<sup>2864</sup>

A contestação da necessidade de observância rigorosa de tais preceitos – no sentido de uma fórmula sacralizada e naturalística – conduz a uma concepção alternativa, baseada nos princípios de elasticidade e dinâmica que inspiram a circulação

---

de observância deste requisito formal – bem como do desapossamento - no momento inicial da redacção da cláusula de rotatividade, considera mais duvidosa a desnecessidade de renovação das mesmas a cada substituição (afirmando que “*Se è vero allora che la garanzia rotativa da un lato ripete la sua ammissibilità teorica della assenza dello strappo con il principio di tipicità delle garanzie reali e delle cause legittime di prelazione e se è vero, come a me sembra, che tale strappo non si realizza solo se le esigenze funzionali affidate allo spossamento ed ai requisiti fissati negli artt. 2787 e 2800 c.c. vengano comunque rispettate, è evidente che alla loro applicazione alle garanzie rotative possa ammettersi solo l’adattamento che deriva dal particolare atteggiarsi del loro oggetto*”), distinguindo entre o desapossamento (necessário para cada bem que venha a integrar a garantia rotativa ou, em alternativa, o respeito de outras formalidades legalmente previstas), a exigência de um documento com data certa (cujo cumprimento apenas será forçoso no momento inicial da constituição da garantia, pois “*Per quanto la data certa dell’atto recante la sostituzione dell’oggetto, per coerenza con i tratti costitutivi della fattispecie, tale requisito non può essere considerato necessario al fine di assicurare il diritto di prelazione né per affermare la c.d. continuità della garanzia*”) e a identificação escrita do crédito garantido e do bem onerado (assegurando ser necessária “*la rigorosa predeterminazione del sistema attraverso il quale si realizza la sostituzione dell’oggetto, requisito per la validità del patto di rotatività. La specificazione dovrà essere tale da assolvere pienamente alla funzione di consentire ai terzi ed in particolare agli altri creditori che determinati beni sono assoggettati alla garanzia mobiliare in esecuzione del patto di rotatività; così dovranno essere indicati i meccanismi attraverso i quali i beni originariamente assoggettati al pegno ne escano ed i nuovi beni vengano invece consegnati al creditore*”: com base neste critério geral, considera desnecessária a redacção de um novo documento quando no pacto inicial se declare que os bens onerados apenas poderão ser substituídos por outros adquiridos com o produto da venda daqueles, mas manifesta dúvidas relativamente a uma outra cláusula na qual se estabeleça a livre substituição dos bens independentemente da venda dos iniciais e da utilização do produto da venda destes na aquisição dos novos). Concluindo e com base nestas últimas considerações, advoga a necessidade de redacção, a cada substituição, de um documento escrito contendo a suficiente identificação dos bens vinculados à garantia (“*che individui o contenga la sufficiente indicazione dei nuovi beni oggetto della garanzia rotativa e che faccia esplicito riferimento all’originario contratto di pegno con patto di rotatività*”), pois só assim será possível aos terceiros credores do empenhante controlar se os bens inicialmente empenhados não serão substituídos por outros de maior valor e, em termos amplos, “*verificare sia il rispetto del meccanismo negoziale di sostituzione (...) sia che i beni che il creditore pignoratorio pretende oggetto della garanzia rotativa (...) siano effettivamente imputabili alla garanzia rotativa invocata*”.

<sup>2864</sup> Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 187 e segs.. No que à substituição diz respeito, a sua admissibilidade, sem efeitos novatórios, funda-se no instituto da sub-rogação real, concluindo que “*il patto di sostituzione dei beni oggetto di garanzia è ammesso nel nostro ordinamento*”, dispensando a redacção do documento escrito a cada substituição, uma vez que “*È infatti consustanziale alla configurazione unitaria dell’operazione che nel suo svolgersi si modifichi uno dei termini, senza che ciò comporti, al stesso tempo, la nascita di un nuovo e diverso rapporto: circostanza questa che contratterebbe con le finalità dell’atto di autonomia così come previste e volute dalle parti. Finalità che consistono, appunto, nella possibilità di porre in essere un’operazione di garanzia che si potragga nel tempo, superando il diaframma rappresentativo dal singolo e particolare atto*”, na medida em que a finalidade visada pela constituição do penhor é a de assegurar uma *riserva ad rem*. Já no que concerne à extensão do objecto do penhor (ou seja, à alteração sucessiva do vínculo de garantia, de um objecto para outro), o Autor sustenta que nada impede as partes de configurarem que o penhor inicialmente constituído possa ser automaticamente integrado com a indicação das sucessivas substituições ou extensões, sendo assim possível que os efeitos *erga omnes* da garantia se produzam “*a partire dall’iniziale data di costituzione del vincolo, in quanto le successive sostituzioni o estensioni dell’oggetto, operando all’interno di un procedimento unitario, non modificano il rapporto dando luogo a nuove costituzioni di pegno, ma, nel permanere della sua identità, ne evidenziano unicamente il profilo dinamico e causale*”.

dos bens móveis, recusando, por isso, a necessidade de renovação dos requisitos formais a cada substituição dos bens empenhados.<sup>2865</sup>

Especial referência merece o requisito da data certa – igualmente exigido pela lei italiana (cfr. art.º 2787.º do CCI) – porquanto a necessidade de assegurar a sua observância leva a que alguns enquadrem os pactos de rotatividade no âmbito dos penhores sobre bens futuros,<sup>2866</sup> embora não pareça ser esse o entendimento que melhor capta a essência e o *modus operandi* dos penhores rotativos.<sup>2867</sup>

No nosso ordenamento a questão assume uma menor complexidade, porquanto a única formalidade exigida, em regra, para a surgimento da garantia e para a sua oponibilidade é a entrega do bem ao credor pignoratício, limitando-se, por isso, a interrogação a descortinar até que ponto esta necessidade de entrega condiciona ou impede o funcionamento da rotatividade.

Em nosso entender, será de impor para os bens que paulatinamente venham, na sequência da cláusula rotativa, a integrar a garantia, o cumprimento das formalidades legalmente prescritas para a constituição de penhor sobre as mesmas (entrega ou credor ou a terceiro ou registo), sem prejuízo da ausência de efeitos novatórios poder assentar na previsão contratual inicial e na imposição de a substituição se dever conter nos limites de valor dos bens empenhados.

---

<sup>2865</sup> Francesco Bochicchio, ob. cit., pág. 221, sustenta esta posição de maior abertura, não apenas relativamente à necessidade de redacção de um documento escrito, como também quanto à imposição do desapossamento (embora a sua análise seja circunscrita à dação em penhor de bens objecto de gestão patrimonial, estas considerações são efectuadas em termos genéricos). Mais concretamente, o Autor sustenta ser esta uma leitura lógico-sistemática dos preceitos civilísticos impositivos daqueles requisitos (embora aceite que a posição contrária seja mais conforma à letra da lei), sobretudo tendo em conta que o ordenamento “*ha scelto, in pratica, la prevalenza delle ragioni del creditore pignoratizio, purché vi siano requisiti formali idonei ad ufficializzare l’acquisizione di un potere diretto del creditore sul bene*”, acrescentando que a solução oposta, ao sacralizar tais requisitos, “*finisce col neutralizzare la scelta stessa, sulla base di una (discutibile) maggiore meritevolezza dei creditori chirografari rispetto a quelli garantiti*”. Em termos igualmente enfáticos, Chiara Mancini, ob. cit., pág. 682, partindo do pressuposto que o objecto da garantia é o valor do bem (de modo a assegurar a validade do acordo através do qual as partes estipulem a substituição dos bens empenhados, sem efeitos novatórios), conclui não ser compreensível a razão da indispensabilidade de um novo documento escrito a cada substituição (mais concretamente, “*se data e credito sono comunque quelli di cui al momento costitutivo del pegno, la descrizione della cosa necessita esclusivamente nel momento costitutivo e non in quello continuativo-modificativo (rispetto, appunto, al bene rappresentativo del valore)*”) della garanzia: *se il concetto di valore (e non di bene) indisponibile per il concedente, confema, nell’unicità del rapporto, l’unicità della garanzia prestata, unica è la scrittura identificativa e com data certa necessaria a tal fine*”).

<sup>2866</sup> Para Luciano Panzani, ob. cit., pág. 947, no penhor rotativo a certeza da data – assim como a suficiente indicação do crédito assegurado e do bem empenhado – “*vanno riferite all’accordo originario, amalogamente a quanto avviene nel pegno di cosa futura. Nell’accordo sono determinati sai il credito da garantire sia il pegno da offrire in garanzia, mentre l’elemento che deve verificarsi in futuro per il completamento della fattispecie, vale a dire l’individuazione dei beni destinati a prendere il posto da quelli originariamente assoggettati al vincolo pignoratizio, è meramente materiale, consistendo nella venuta ad esistenza della cosa e nello spossessamento (...), la data certa, che non deve essere riferita all’atto di sostituzione dei titoli giunti in scadenza, bensì ed esclusivamente, al momento della stipulazione originaria, senza che si verifichi alcun effetto novativo*” (salientando ter sido esta posição subscrita pelos arestos da Corte de Cassação n.º 10685/99 e 5264/98).

<sup>2867</sup> Assim, Andrea Azzaro, Pegno rotativo cit., págs. 264 e 265, salientando que no penhor rotativo o objecto da garantia já se encontra presente no momento da constituição da garantia, surgindo o direito real nesse mesmo momento (desde que preenchidos os requisitos legalmente exigidos), enquanto as substituições futuras – mesmo que com bens ainda inexistentes – se traduzem em meras modificações do objecto da garantia, enquanto no penhor de coisas futuras a convenção pignoratícia produzirá apenas efeitos obrigatórios, surgindo o direito apenas após o surgimento do objecto da garantia e a sua posterior entrega ao credor.

Relativamente ao penhor de créditos, a lei condiciona-o à notificação do terceiro devedor do crédito empenhado (cfr. art.º 681.º, n.º 2),<sup>2868</sup> pelo que cumprirá indagar até que ponto a exigência de cumprimento desta formalidade compromete a operatividade das convenções rotativas.

Um princípio parece poder, desde já, enunciar-se: não é a necessidade de notificação do terceiro devedor do crédito garantido que impedirá a operatividade das convenções rotativas, ou seja, caso se conclua que estas não contendem, de modo intolerável, com o regime geral do penhor de coisas – que pressupõe a entrega do bem ao credor ou a terceiro – tal conclusão será extensível ao penhor de créditos, porquanto a formalidade da notificação prevista para este não será mais conflituante com a rotatividade do que o é aquela entrega.

Nesta conformidade, para a validade de um penhor rotativo que possa vir a abranger créditos não inicialmente reentrantes no conteúdo da garantia, será bastante, conforme referido anteriormente, a indicação das relações contratuais (ou, eventualmente, das vicissitudes que as possam originar – v.g., o produto da alienação dos bens originariamente onerados) das quais poderão advir os créditos a onerar, tanto mais que, como resulta da exposição anterior, é muito duvidoso que à forma de constituição do penhor de créditos possa atribuir-se algum relevo publicitário.

3.2.5 - Enquadramento dogmático da rotatividade: sub-rogação real ou consideração do objecto da garantia como um valor económico cuja utilidade está ao serviço do credor (e não como um bem em si)

Por vezes, o próprio legislador consagra autênticas hipóteses de rotatividade, muito embora normalmente o faça relativamente a determinados bens específicos, nomeadamente no domínio dos instrumentos desmaterializados, de que são exemplo os já mencionados art.ºs 9.º e 10.º do diploma que instituiu o regime do penhor financeiro,<sup>2869</sup> analogamente ao que sucedeu nos outros Países da União Europeia, uma vez que a sua transposição para o direito interno dos Estados é uma imposição de uma directiva comunitária.<sup>2870</sup>

---

<sup>2868</sup> No direito italiano e conforme analisado supra, o penhor de créditos requer igualmente a notificação do terceiro devedor do crédito empenhado (cfr. art.º 2800.º), mas tal formalidade apenas é exigida como condição de oponibilidade da garantia, não afectando a sua ausência a produção de efeitos entre as partes.

<sup>2869</sup> Considerando que estas normas consagram a legitimidade das cláusulas rotativas, Joana Dias, ob. cit., págs. 170 e 171, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 65 (embora a mesma Autora, ob. cit., pág. 69, nota 177, apesar de aceitar tratar-se de um caso de sub-rogação, sugere que este fenómeno produz a extinção do anterior penhor e o surgimento de um novo, facto que retira grande parte do interesse a este tipo de convenções) e Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 27 e 28.

<sup>2870</sup> Em Itália, essa transposição (e a consagração da rotatividade neste domínio) ocorreu com a aprovação do d.lgs. n.º 170, de 21/5/2004, que aprovou o regime do penhor financeiro, em cujo art.º 5.º se prevê a possibilidade de o credor pignoratício dispor, inclusivamente alienando (a faculdade de o credor pignoratício usar o bem empenhado com o consentimento do empenhante já resultava do regime geral do penhor, residindo a novidade na possibilidade de, no caso do penhor financeiro, o credor poder mesmo alienar o objecto da garantia – assim Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 263), dos objectos financeiros objectos de penhor – desde que tal esteja previsto no contrato e de acordo com o pactado -, sem prejuízo da obrigação de reconstituir uma garantia equivalente em substituição da garantia originária antes da data de vencimento da obrigação assegurada, não comportando a reconstituição a constituição de uma nova garantia, considerando-se esta constituída na data de prestação da garantia originária (por outro lado, o art.º 9.º do mesmo diploma estabelece a eficácia e a oponibilidade da garantia rotativa aos demais credores). Tendo em conta estas disposições, Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 261 e segs., conclui que o novo regime, ao estabelecer que a substituição de uma garantia substituída se considera efectuada na data da garantia originária (desde que aquela pode ser considerada equivalente esta), realizou “*il pieno e definitivo riconoscimento del principio della rotatività della garanzia non solo per i titoli*

Noutros ordenamentos, como o italiano, o reconhecimento normativo da rotatividade parece ter um âmbito mais vasto no que respeita aos objectos sobre os quais tal efeito se pode produzir, podendo abarcar os que integram o estabelecimento comercial e alguns produtos agrícolas como os lácteos e os presuntos.<sup>2871</sup>

Mais ainda, no caso específico das universalidades e tendo em conta a sua especial configuração, uma garantia que sobre elas incida postula necessariamente a rotatividade (no sentido de os concretos objectos onerados serem os que, em cada momento, a componham e, especialmente, de a eventual execução apenas poder abranger os que a integrem nessa data), até mesmo na ausência de qualquer estipulação nesse sentido.<sup>2872</sup>

Com efeito, deverá até equacionar-se se, nas universalidades, a garantia não assume contornos ligeiramente diversos, revestindo-se de uma natureza

---

*dematerializzati e per il titoli di Stato (...) ma anche per la costituzione in garanzia di qualunque strumento finanziario*". Sobre este assunto, vide igualmente Gessica Pavasini, ob. cit., págs. 288 e 289 e Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., pág. 147. Quanto ao reconhecimento da validade das convenções rotativas no domínio do penhor financeiro na legislação espanhola, vide García Vicente, La prenda cit., pág. 100 e segs. e Joan Marsal Guillaumet, ob. cit., pág. 356 e segs.. Este Autor relata que, com a transposição da directiva comunitária sobre garantias financeiras, a possibilidade de substituição dos bens onerados ganhou maior relevância, ao permitir-se, não apenas a mera substituição (caso em que existe sempre um bem objecto da garantia e, por isso, não estaremos perante um penhor irregular - não apenas por força da remissão para o regime geral do penhor, nem porque, recaindo a garantia sobre dinheiro, este tem que estar depositado numa conta - uma vez que, se o poder de disposição do credor determinasse a aquisição da propriedade dos bens onerados, não faria sentido a necessidade de substituição, uma vez que o originário e o substituto pertenceriam ao dito credor), mas também a disposição dos bens onerados (nesta hipótese e em virtude do lapso temporal que pode mediar entre a disposição e a substituição impede igualmente a qualificação como penhor irregular).

<sup>2871</sup> Quanto a estes bens, o regime legal especial criado no direito italiano foi analisado no anterior n.º 1.2.1 do Capítulo II.

<sup>2872</sup> A este respeito, Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 234, entende, no seio das universalidades, a sub-rogação é apenas aparente, "*fruto de la determinación sub specie universitatem, que, a sua vez, puede derivar intrinsecamente de la productividad orgánica de los elementos que componían el conjunto, o bien extrinsecamente de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de aquél*" (como sucede com a incorporação da nova *res* na garantia que incidia sobre um rebanho), do mesmo modo que não será correcto fazer apelo àquele instituto em caso de substituição da coisa pelo seu preço - não se encontrando este concretamente representado por dinheiro individualizado - ou vice-versa (que o Autor considera ser uma sub-rogação dentro de uma massa patrimonial de uma coisa pelo valor pelo qual foi alienada e, por isso, tratando-se de patrimónios gerais das pessoas, "*el juego de la subrogación, de tan natural que es, se subreentiende, de modo que casi huelga halar de él*"), alegando que de verdadeira sub-rogação apenas se deverá falar a respeito da substituição de coisa por coisa (abrangendo igualmente a substituição de uma coisa pelo crédito à cobrança do preço devido ou à indemnização em caso de danificação ou destruição da coisa). O Autor constata que, considerando como sub-rogação apenas a última hipótese aventada, "*sólo quedarian subrogadas en lugar de las vendidas las mercancías compradas, precisamente con el precio de aquéllas*" ou, quando muito, dispensando a prova da identidade física do dinheiro recebido com a alienação de umas na aquisição de outras, desde que o valor de ambos seja equivalente (pelo contrário, alargando o conceito de sub-rogação às duas primeiras hipóteses, a solução seria a de "*todas las mercancías que están en la tienda, o en almacén, y pertenecen al titular del conjunto, se entenderán comprendidas en la hipoteca aun cuando su valor llegue a exceder notablemente del correspondiente a las inicialmente hipotecadas. Por tanto, incluso las compradas con nuevos capitales invertidos posteriormente en el negocio quedarán comprendidas en la hipoteca*"), solução esta que parece ter vingado a respeito das garantias sobre o estabelecimento comercial. Por seu turno Lisanti-Kalczyński, ob. cit., pág. 347, a Autora, ciente das dúvidas existentes quanto à afirmação da sub-rogação real na ausência de texto expreso, entende que a contínua modificação dos bens que integram a universalidade onerada mais não é que "*une conséquence nécessaire de la nature de sûreté réelle. Titulaire d'un droit sur la valeur du bien, le créancier peut exercer ses droits sur cette valeur dès lors qu'elle apparaît, quelle que soit sa forme, et ce même si le législateur ne l'a pas expressément prévu*".

predominantemente flutuante<sup>2873</sup> - ou seja, como uma garantia que, gravitando embora sobre um bem composto cujo conteúdo se encontra em constante mutação, apenas incide, em cada momento, sobre os bens que nessa data o integrem (comungando, por isso, de um aspecto comum aos privilégios gerais, mas assemelhando-se aos especiais por recair sobre um bem composto determinado e não sobre todo e qualquer bem, móvel ou imóvel, do devedor) -, e não tanto rotativa, pois nesta a garantia incide sobre bens determinados e presentes, que apenas por efeito do pacto rotativo (ou de determinação legal) podem ser substituídos por outros:<sup>2874</sup> alguns Autores falam mesmo, a este respeito, da sub-rogação geral.<sup>2875</sup>

Analogamente, quanto aos bens fungíveis a sua substituíbilidade decorre da própria noção de fungibilidade, uma vez que o interesse das partes se dirige, não a um determinado bem, mas antes a uma determinada quantidade de um dado género de coisas, destarte consentindo que um bem seja comutado por outro sem prejuízo para os envolvidos no negócio,<sup>2876</sup> originando, como vimos, uma menor exigência de determinabilidade de tais objectos, mesmo no momento originário da celebração do contrato.

Este efeito sub-rogatório constitui, aliás, uma compensação pela ausência de direito de sequela, por parte do credor pignoratício, sobre os bens que integram a universalidade ou sobre os concretos bens fungíveis empenhados,<sup>2877</sup> em especial no âmbito das garantias não possessórias.<sup>2878</sup>

---

<sup>2873</sup> Neste sentido, Salinas Adelantado, *El régimen cit.*, pág. 239 e segs., qualificando como tal, no ordenamento espanhol, a hipoteca sobre estabelecimento comercial, a qual pode abranger mercadorias e matérias primas destinadas à exploração do referido estabelecimento, ao mesmo tempo se consente a respectiva transformação e venda, ou seja, “*se configura su objeto en base a una cantidad que deberá existir siempre como mínimo almacenada*”.

<sup>2874</sup> Embora, naturalmente, a composição da universalidade possa ser alterada independentemente da verificação de um fenómeno de sub-rogação, como sucederá sempre que um bem novo passa a fazer parte da universalidade sem ser em substituição de outro que dela tenha saído.

<sup>2875</sup> Andrea Magazzù, *Surrogazione reale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 1501, define a sub-rogação geral como aquela que ocorre no seio de um conjunto de bens, normalmente associada aos patrimónios autónomos e que é inerente a este tipo de bens. O Autor distingue ainda, dentro da sub-rogação real geral, aquela que se produz no âmbito de uma universalidade homogénea (sendo esta composta unicamente por bens do mesmo género, a sub-rogação apenas poderá operar com bens dessa mesma qualidade, como por exemplo com um rebanho ou uma biblioteca) ou heterogénea (caso em que a sub-rogação, ao invés, poderá assumir contornos mais alargados, como poderá suceder com um estabelecimento comercial ou uma herança).

<sup>2876</sup> Assim, Andrea Magazzù, *Surrogazione reale cit.*, pág. 1501 e segs., enquadrando o fenómeno na sub-rogação especial (respeitante a coisas determinadas e visando sujeitar um determinado bem a um direito que afectava um outro bem). Dentro desta sub-rogação real especial, o Autor diferencia a sub-rogação indemnizatória (em que a indemnização ocupa o posto do bem inicialmente onerado – cfr. art.º 692.º), por contraprestação (em que o objecto onerado é substituído pelo produto da respectiva alienação) ou por cobrança (por exemplo, em caso de cobrança do crédito onerado, transferindo a garantia do crédito para o objecto da prestação).

<sup>2877</sup> Para mais desenvolvimentos, vide *infra* n.º 1.1 do Capítulo IV.

<sup>2878</sup> Com efeito, a generalidade dos bens alvo de garantias não possessórias são destinados ao comércio (é essa, aliás, uma das razões que determinam a ausência de desapossamento), pelo que a atribuição de um direito de sequela sobre cada um deles obstará àquela comercialização. Todavia, a mera negação deste direito de sequela comprometeria grandemente a eficácia da garantia (assim dificultando ou dificultando a concessão de crédito): ora, o modo de conciliar estas duas exigências passa, precisamente, pelo recurso à sub-rogação especial, nomeadamente permitindo ao credor que a sua garantia incida sobre outros produtos do mesmo género detidos pelo empenhante (ou, eventualmente, sobre o produto da alienação do bem onerado).

Fora das hipóteses em que a rotatividade encontre consagração legal,<sup>2879</sup> importa aferir da admissibilidade desta figura face aos princípios gerais regentes da economia privada.

Conforme temos vindo a relatar, o enquadramento do rotatividade (e da substituição do objecto onerado a ela inerente) no domínio do penhor comum é defensável, desde as partes respeitados determinados requisitos, como sejam a identificação, no momento da constituição da garantia, dos bens que podem substituir (ou crescer), os termos dessa substituição (ou acréscimo), a imposição de uma equivalência entre o bem substituído e do bem substituto e uma avaliação imparcial dos bens (quer no momento das substituições, quer no do eventual incumprimento).<sup>2880</sup>

Esta perspectiva, procura, em termos dogmáticos, ancorar a rotatividade, muito em particular no que toca à ausência de efeitos novatórios a cada substituição, no âmbito da sub-rogação real (legal ou convencional, consoante a rotatividade decorra, respectivamente, da lei ou do acordo das partes), entendida esta como um fenómeno através do qual, por força da verificação de um acto ou facto jurídico, se produz a substituição de uma coisa por outra, passando esta a última a desempenhar a função anteriormente exercida pela coisa substituída.<sup>2881</sup>

Mais precisamente, da enumeração legal de várias hipóteses de sub-rogação real, no âmbito específico das garantias, seria dedutível um princípio geral de admissibilidade de invocação deste instituto para lá dos casos previstos na lei,<sup>2882</sup>

---

<sup>2879</sup> Como bem nota Mauro Bussani, *Il modello cit.*, pág.172, este reconhecimento meramente episódico não pode constituir a base para um reconhecimento genérico das cláusulas rotativas.

<sup>2880</sup> Para além dessa avaliação no momento da substituição (para aferir da paridade de valor entre os objectos substituídos e substitutos), os acordos rotativos deverão ainda prever, sob pena de violação da proibição do pacto comissório, uma avaliação dos bens objecto da garantia na data do incumprimento do devedor, completada com a obrigação de devolver o eventual excedente entre o valor da garantia executada e da dívida assegurada (assim, Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 234 e 235).

<sup>2881</sup> Em termos aproximados, Andrea Magazzù, *Surrogazione reale cit.*, pág. 1501, afirmando que na sub-rogação real “*il diritto ha deux objects successifs, ciò essendo possibile per la fungibilità relativa de cês deux objects entre eux; e dunque deux objects, un seul droit, telle est la formule qui résume la subrogation réelle*”, isto é, “*varia non l’oggetto tout court, ma soltanto l’elemento materiale, e perciò non muta propriamente l’oggetto (il bene in senso giuridico-formale) e si mantiene costante la tutela dell’interesse tipicamente protetto*”, assim se percebendo “*perché la sostituzione della cosa sia compatibile con la conservazione della situazione giuridica preesistente*”). No que especificamente respeita ao enquadramento da rotatividade no seio do instituto sub-rogação real, Gabrielli, *I negozi costitutivi cit.*, pág. 169, “*Il fenomeno dev’essere inquadrato all’interno della surrogazione reale, dato che è consustanziale alla configurazione unitária dell’operazione economica – e all’interesse delle parti contrattuali – che nel suo svolgersi ed articolarsi nel tempo si modifichi uno dei suoi termini, senza che ciò comporti la nascita di un nuovo e diverso rapporto, dato che ciò contrasterebbe con le finalità dell’atto di autonomia, che consintono, appunto, nella possibilità di porre in essere un’operazione di garanzia che si potragga nel tempo (...) in quanto l’interesse protetto con la garanzia non è quello diretto al conseguimento della res, ma quello diretto al conseguimento dell’utilità reale: del valore economico rappresentato della cosa (...) nulla vieta che le parti, per la regolamentazione dell’affare, configurino nel contesto dell’operazione la rotazione del vincolo di garanzia, da un oggetto all’altro, attraverso una serie di passaggi successivi*” (vide, ainda, do mesmo Autor in *Sulle garanzie rotative cit.*, pág. 120 e segs., “*La sostituzione dell’oggetto non determina nella fattispecie la costituzione di un nuovo pegno rispetto a quello originário ma dà luogo ad una surrogazione reale: lo stesso valore formale di garanzia può infatti accedere ad oggetti materiali diversi e mutevoli nel tempo. La surrogazione convenzionale dell’oggetto del pegno (...) rappresenta nella fattispecie in cui opera un’appropriata tecnica contrattuale, in quanto, escludendo qualsiasi effetto novativo, mantiene l’originaria identità del rapporto nell’unità dell’operazione*”). Também Rubino, *Il pegno cit.*, pág. 204, enquadra a substituição do bem empenhado, em execução de um acordo prévio estabelecido entre as partes, no âmbito da sub-rogação real.

<sup>2882</sup> Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 143 e 144 e 208 a 228, aceita a existência de tal princípio, apoiando-se na existência de diversas normas consagrando hipóteses de sub-rogação real (cfr., para além do art.º 692.º, os



(especialmente destinado à conservação do valor do *quid* onerado)<sup>2883</sup> ou, noutros termos, atenta a proliferação de normas legais consagrando o efeito rotativo do penhor,

art.ºs 119.º, n.º 1, 823.º, 824.º, n.º 3, 1478.º, n.º 2, 1480.º, 1481.º, 1539.º, n.º 2, 1723.º e 2069.º) para delas extrair um princípio geral “*de acordo com o qual um direito real de garantia, no caso de substituição total ou parcial da coisa ou do direito sobre que incide o seu direito, vê o direito originário passar a incidir sobre outra coisa, sobre o remanescente ou um direito que, de alguma maneira, substitua a sua função económica*”, princípio este corroborado pela proibição do pacto comissório, a qual consagra “*a irrelevância individualizadora da res em si mesmo considerada para a qualificação do direito real de garantia qua tale. Isto é, ao não poder fazer sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir é ainda mais manifesta a relevância da res enquanto valor que assegura o cumprimento da prestação devida*” (embora a mesma Autora reconheça que a invocação da figura da sub-rogação real neste contexto não é isenta de críticas, sobretudo tendo em conta a suposta inexistência de um princípio geral com esse significado no nosso ordenamento, surgindo este instituto como “*um instituto pluriforme inspirado em diferentes princípios dos quais não resultam adequadamente (bem) definidos os limites*”: segundo este entendimento, a substituição do objecto da garantia apenas pode ocorrer nos casos expressamente previstos na lei). No direito italiano aceita tal princípio Andrea Magazzù, *Surrogazione reale* cit., pág. 1508 e segs., considerando que a substituição do bem pela indemnização – cfr. art.º 27442.º CCI – não constitui uma solução excepcional “*rispetto al principio secondo cui il (ogni) diritto sulla cosa si estingue per effetto del perimento della cosa medesima*”, pois tal entendimento “*dovrebbe indurre a ritenere che in questa ipotesi la surrogazione si risolva in puro e semplice impedimento all’estinzione del diritto e, quindi nella mera conservazione della garanzia reale trasferita sull’indennità*”. Ora, de acordo com este Autor, não é este o sentido da norma, a qual “*prende in considerazione il fatto che le ragioni dei creditori già garantiti sulla cosa si possano realizzare sull’indennità*”, ou melhor, “*lo specifico effetto disposto dalla norma è invece il vincolo di determinate somme al pagamento dei crediti (...). La sorte della garanzia reale non è segnata dal perimento della cosa (...) dipende dal mancato ripristino, che mete in moto il meccanismo surrogatorio e porta al soddisfacimento dei creditori garantiti*”), nem tão pouco no âmbito das universalidades (nas quais “*il fondamento della fizione che la legge opera, assoggettando la res nova alla identica sorte stabilita per la cosa sostituita, dev’essere volta a volta individuato con un’indagine sulla ratio delle singole norme*”, embora o recurso à figura da ficção legal seja criticado por alguns Autores citados por Andrea Magazzù, *Surrogazione reale* cit., pág. 1500, para quem a sub-rogação opera nas universalidades “*per foza stessa delle cosa: non è altro in sostanza che la sostituzione di un valore economico ad un altro (...) sparisce completamente l’elemento giuridico di fronte a quello puramente economico*”). Já Umberto Borzi, ob. cit., pág. 151 e segs., apesar de não aludir expressamente a princípio geral de sub-rogação real, admite, mesmo fora dos casos previstos na lei, a invocação da sub-rogação convencional, especialmente quanto os efeitos desta última se assemelhem aos previstos em alguns dos casos legalmente disciplinados (mais concretamente, se a lei admite, no penhor de créditos, que o credor se possa satisfazer através do preço de venda do crédito recebido em garantia, o Autor não vê porque razão não será de consentir que a sub-rogação se produza no domínio dos pactos rotativos, rematando que “*la chiave di lettura, in entrambi i casi, è rappresentata (...) dalla rilevanza del bene posto in garanzia unicamente in quanto espressione di un valore economicamente rilevante. La differenza consiste nel mezzo che porta alla forma di garanzia: nell’un caso è la norma del codice, condizionata (...); nell’altro, il testo contrattuale (...) esprime interessi economici meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento*”). Também Gabrielli, *Sulle garanzie rotative* cit., pág. 124, afirma que “*in linea di principio il patto di sostituzione dei beni oggetto di garanzia è amesso nel nostro ordinamento, dato che l’idea che sia possibile sostituire l’oggetto del pegno, con il conseguente trasferimento della prelazione, trova conferma dall’art. 2742 c.c.*”. Mais céptico se mostra Piscitello, *Le garanzie* cit., pág. 77 e segs., para quem tal preceito comporta duas hipóteses diversas, quais sejam a reparação da coisa e a constituição do um vínculo sobre a indemnização a favor do credor titular de um direito de preferência, afirmando que apenas na primeira ocorre uma manutenção do vínculo (pois, em caso de perda ou destruição da coisa onerada, a relação originária se extingue, não obstante a manutenção do direito de preferência): em face destes dados, de tal instituto não se poderão retirar argumentos decisivos para justificar a continuação da relação de garantia em caso de substituição dos bens onerados (e, em particular, da rotatividade convencional).

<sup>2883</sup> Conforme evidencia Andrea Magazzù, *Surrogazione reale* cit., pág. 1506, a invocação da sub-rogação torna-se premente se atendermos a que “*se la funzione giuridica delle garanzie reali è caratterizzata essenzialmente dall’interesse del creditore alla sicurezza del proprio credito, non può dirsi veramente che tale interesse riceva adeguata tutela, ove la legge non adotti a favore del creditore i remedi necessari nelle particolari contingenze che comportino pregiudizio per la garanzia, come soprattutto in caso di sua diminuzione*”.

restaria concluir pela ampliação do alcance deste, de modo a abranger outras hipóteses não tipificadas na lei.<sup>2884</sup>

No nosso direito e restringindo-nos ao domínio específico do penhor, parecem consagrar a sub-rogação real<sup>2885</sup> os art.ºs 692.º (nos termos do qual, em caso de perda ou deterioração ou diminuição de valor do bem empenhado, o credor manterá uma preferência relativamente ao crédito de indemnização devida pelo terceiro responsável ou à importância paga a título de indemnização)<sup>2886</sup>, 685.º, n.º 1, (o qual, em matéria de

---

<sup>2884</sup> Neste sentido aponta Francesca Dall'Anna Misurale, ob. cit., pág. 162, a respeito da consagração legal, em Itália, do penhor rotativo sobre instrumentos financeiros, sustentando que tal alargamento se justifica sempre que estejamos perante um objecto da garantia com natureza fungível (ou seja, sempre que o bem onerado seja encarado exclusivamente na sua componente de valor), com a única condição da observância do critério da paridade de valor.

<sup>2885</sup> Para uma enumeração das correspondentes normas no direito italiano, vide Gabrielli, *Sulle garanzie rotative cit. e Clementina Scaroni*, ob. cit., pág. 710 e segs., invocando este última, para o mesmo efeito, os art.ºs 2742.º (correspondente, *mutatis mutandi*, ao nosso art.º 692.º), 2795.º (equiparável ao art.º 674.º), 2803.º (análogo ao art.º 685.º, n.º 1 – norma igualmente mencionada por Francesco Magni, ob. cit., pág. 384, como uma hipótese legal de sub-rogação), 2815.º e 2816.º (que, em sede de hipoteca e quando se verifique a extinção dos direitos de superfície ou enfiteuse, prevêm uma alteração do objecto originário da garantia), 2825.º, n.º 2 (que dispõe no sentido de, em caso de hipoteca sobre bens indivisos, se após a divisão forem atribuídos ao empenhante bens diversos daquele por ele hipotecado, a hipoteca transfere-se para este outro bem, com o grau resultante da constituição originária e nos limites de valor do bem precedentemente hipotecado e, se for atribuída uma soma de dinheiro por força da divisão, o credor fará valer a sua garantia sobre tais montantes - em termos não integralmente coincidentes, o n.º 2 do art.º 689.º, dispõe que a divisão da coisa ou direito comum, feita com o consentimento do credor – na falta deste assentimento, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 711, entendem que o direito continua a incidir sobre a quota ideal do devedor, assim se prolongando a comunhão quanto à garantia e originando que a venda judicial em caso de incumprimento inutilize a divisão anteriormente efectuada -, limita a hipoteca à parte que for atribuída ao devedor, ainda que, segundo os mesmos Autores, ao devedor seja atribuída uma parte da coisa superior à que correspondia à sua quota ou até a totalidade da coisa) e 2855.º (que permite, através de convenção das partes, estender a hipoteca devidamente inscrita a créditos de maior despesas judiciais, para além de outra legislação avulsa, como as leis que regulam o penhor sobre presuntos, sobre instrumentos financeiros ou sobre os financiamentos a médio e longo prazo já citadas). Partindo destes exemplos e da função do desapossamento, Luciano Panzani, ob. cit. pág. 945 (citando em seu favor o Acórdão da Cassação n.º 5246) advoga “*che la disciplina legale del pegno consenta alle parti di configurare ulteriori ipotesi di surrogazione reale, senza che per questo di determini una novazione del rapporto*”, desde que não seja prejudicada a possibilidade de satisfação dos restantes credores sobre o demais património do devedor. Também Mauro Bussani, *Il modello cit.*, pág. 173 reconhece a pertinência da argumentação exposta (salientando que “*su queste basi si può finire per ammettere che in forza dell'autonomia privata un titolo possa legittimamente formarsi anche con riguardo a un oggetto di cui le parti decidano la futura sostituzione*”). Já Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 86 e segs., atribui especial relevância às normas sobre penhor de instrumentos financeiros, considerando que as mesmas constituem argumentos decisivos a favor da legitimidade dos modelos convencionais de garantia com objecto variável, uma vez que “*L'espressa previsione della continuazione del rapporto di garanzia non appare infatti conseguenza delle particolari modalità di costituzione, ma dipende, piuttosto, dalla circostanza che nei vincoli costituiti su strumenti finanziari dematerializzati è, di frequente, pattuita la variazione dell'oggetto*”.

<sup>2886</sup> A propósito deste preceito, duas teorias se confrontam. Uma primeira, defendendo que esta norma consagra uma verdadeira substituição do objecto da garantia, por via sub-rogatória, passando a indemnização a ocupar o lugar da coisa inicialmente empenhada, podendo assim o credor agir contra o terceiro devedor da indemnização, com a mesma preferência que detinha sobre o bem originário (neste sentido, Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., págs. 197 e 198 - afirmando que “*Esta transferência corresponde a uma sui generis sub-rogação real, na medida em que a preferência que incidia sobre coisa determinada transforma-se numa preferência sobre prestação de coisa indeterminada (a indemnização), constituída em lugar daquela*” – Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 715 – assegurando que, nos termos de tal preceito, “*É admitida, pois, de uma maneira geral, a sub-rogação nas indemnizações devidas, mantendo o credor hipotecário sobre o respectivo crédito as preferências que lhe competiam em relação à coisa onerada*” - Meneres Campos, ob. cit., pág. 43, afirmando que “*Não se trata aqui de uma extensão da hipoteca ao crédito indemnizatório, mas de uma*

penhor de créditos e quando o crédito dado em penhor se vença antes do crédito assegurado, determina que o penhor passe a incidir sobre o objecto da prestação),<sup>2887</sup>

---

*sub-rogação, ocupando a indemnização o lugar da coisa hipotecada. É, por essa razão, legítimo ao credor hipotecário actuar directamente contra o devedor da indemnização, conservando as premissas que lhe competiam em relação à coisa onerada*). Uma outra, ressalva que a continuação do contrato apenas ocorrerá quando se produza a reposição do bem empenhado (pois é neste caso se poderia falar de sub-rogação real em sentido estrito), pelo que no caso de perda ou destruição da *res* o contrato de garantia se extinguiu, sem que tal obste à manutenção da preferência original (para além disso, nalguns casos a sub-rogação da indemnização à coisa pode comportar uma contradição com a manutenção do vínculo originário, designadamente quando o objecto da hipoteca deixa de ser um bem imóvel e passa a ser um móvel): em suma, de acordo com esta segunda perspectiva, “a regra da sub-rogação da indemnização da coisa não nos oferece elementos decisivos para concluir no sentido da manutenção do contrato de garantia, já que a sua disciplina se limita a estabelecer que as somas devidas pelo segurador ou pelos outros obrigados estão vinculadas ao pagamento dos credores com direito de preferência”. No entanto, para Joana Dias, ob. cit., págs. 145 a 147, mesmo que se adopte esta segunda perspectiva, ou seja, se considere haver uma modificação do contrato “as modificações que impliquem a substituição do objecto não são, em rigor, verdadeiras modificações”, pelo que conclui “pela admissibilidade da modificação do objecto sobre que incida o penhor como direito real quando nos deparemos com situações em que a substituição do objecto, sem implicar mudanças na identidade da “coisa” dê, no entanto, novo colorido à afectação jurídica preexistente (...). A identidade da “coisa” mantém-se como objecto de satisfação (...), o credor pignoratício beneficia de imediato, no sentido de ter à sua disposição privilegiada a satisfação do seu crédito”. Identifica esta como uma hipótese de sub-rogação real Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 240. No direito francês e perante idêntica norma, Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 51 e 52, considera-a como uma consagração da sub-rogação real (afirmando que “l’indemnité étant considérée comme la représentation de la chose ou tour au moins de sa valeur”), embora ressalvando que alguns Autores se opõem a esta qualificação, optando por ancorar o preceito na figura da delegação tácita (de modo que o legislador subentenderia que o devedor teria cedido ao credor os seus direitos sobre a indemnização e, não fora tal delegação, essa indemnização teria que ser reclamada pelo devedor, uma vez que o credor é alheio ao contrato de onde brota essa mesma indemnização).

<sup>2887</sup> Qualificando esta como uma hipótese de sub-rogação, vide Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 59, pág. 212, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 703 e, particularmente, Joana Dias, ob. cit., págs. 151 e 152, que vai mais longe alegando que a desnecessidade de renovação dos elementos necessários à constituição do penhor é sintomático, tendo em conta a rigidez e o formalismo que caracteriza o regime legal das garantias legais. Assim sendo, “o instituto do penhor de créditos assume nesta perspectiva uma importância significativa na construção de mecanismos de variação do objecto da garantia, já demonstra bem como o mesmo legislador tomou em consideração hipóteses nas quais o penhor continua sobre outros bens, admitindo implicitamente a legitimidade dos modelos rotativos (...). Não parecem, todavia, suscitar-se obstáculos de relevo à conservação da unidade do contrato mesmo nas hipóteses em que a modificação do objecto seja convencionada pelas partes. A previsão do Código Civil do regime do penhor de créditos é, na verdade, o resultado de ao tempo da codificação as garantias mobiliárias de objecto variável se utilizarem diminutamente e não tanto para induzir à exclusão da continuação do contrato noutros tipos. Fica assim esclarecido que a modificação do objecto do penhor – diferentemente do que resulta da doutrina tradicional – não preclude a manutenção do contrato de garantia sobre outros bens e a manutenção do grau original e que os dados resultantes da análise do penhor de créditos podem consubstanciar a expressão de um princípio mais alargado que permite a conjugação da substituição dos bens vinculados com a manutenção do contrato de garantia”. Esta última Autora (ob. cit., págs. 148 e 149), dá conta de vozes dissonantes, sustentando existir uma extinção do contrato primitivo, acompanhada do nascimento de um novo vínculo diverso (sendo o primeiro um penhor de créditos, com natureza obrigacional, e o segundo um penhor de coisas, de natureza real), mas desvaloriza-as na medida em que decorrem mais da negação do carácter real do penhor de créditos do que da análise do respectivo regime legal. Piscitello, Le garanzie cit., pág. 80 e segs, fundamenta em norma idêntica contida no direito italiano (cfr. art.º 2803.º do CCI) a legitimidade da variação do objecto do penhor e, em especial, das cláusulas rotativas, na medida em que o preceito em questão consagra a manutenção da relação de garantia apesar da alteração do seu objecto - inicialmente e o crédito e posteriormente o dinheiro ou outros bens cobrados pelo credor – (não sem mencionar a existência de vozes dissonantes, advogando que, neste caso, se produz uma extinção da relação de garantia originária e o nascimento de uma nova, sendo o mesmo de natureza obrigacional e o segundo de natureza real: todavia, o Autor descarta tal concepção, alegando que a mesma é defendida pelos partidários da natureza não real do penhor de créditos e, sobretudo, que a mesma é desmentida pelo função do instituto e pela sua

674.º (permitindo, em caso de venda antecipada, que os direitos do credor relativamente ao bem empenhado se transfiram para o produto da venda)<sup>2888</sup> e 670.º, alínea c) e 701.º, (quando o credor, em caso de perecimento ou insuficiência do bem empenhado, venha exigir - o reforço ou - a substituição do objecto da garantia),<sup>2889</sup> o art.º 204.º, n.ºs 1, alínea a) e 2 do CVM (o qual prevê que poderão ser objecto de negociação organizada os valores mobiliários fungíveis - entendendo-se como tal os valores mobiliários que pertençam à mesma categoria,<sup>2890</sup> obedeçam à mesma forma de representação, estejam objectivamente sujeitos ao mesmo regime fiscal e dos quais não tenham sido destacados direitos diferenciados – integralmente liberados e não sujeitos a penhor ou a qualquer outro ónus).<sup>2891</sup>

---

disciplina positiva), assim demonstrando “*come lo stesso legislatore abbia preso in considerazione ipotesi in cui il pegno continua su altri beni, ammettendo implicitamente la legittimità di modelli flottanti*”: neste contexto “*non sembrano, tuttavia, frapporsi ostacoli di rilievo alla conservazione dell’unità del rapporto anche quando la modificazione dell’oggetto sia convenuta dalle parti*”, justificando a ausência de outras normas que deponham no mesmo sentido com o facto de “*all’epoca della codificazione le garanzie mobiliare ad oggetto variabile erano scarsamente diffuse e non può, pertanto, indurre ad escludere la continuazione del rapporto in altre fattispecie*”.

<sup>2888</sup> Aponta este preceito como contemplando uma hipótese de sub-rogação real, ao implicar a substituição do bem onerado pelo produto da venda, Margarida Costa Andrade, ob. cit., págs. 19 e 20.

<sup>2889</sup> A conclusão é válida quando ocorra a substituição do objecto da garantia, pois verificando-se o reforço não se produz sequer uma alteração do objecto do penhor (por maioria de razão, se o credor exigir o imediato cumprimento da obrigação garantida a situação também não poderá ser invocada para os efeitos mencionados no texto). Com efeito, não faria sentido que a substituição produzisse efeitos novatórios, pois semelhante raciocínio faria com que o exercício de um direito do credor pignoratício – de pedir a substituição do bem empenhado – redundasse num prejuízo para si próprio, pois passaria a ser titular de uma nova garantia apenas constituída no momento da substituição (e não momento da celebração do originário contrato de penhor). Por outro lado, do que se trata é da substituição (ou reforço) do objecto do penhor e não da substituição do penhor (como se alcança expressamente do art.º 701.º, n.º 1, para o qual remete o art.º 670.º, alínea c)), pelo que o vínculo originário permanece, não obstante a alteração de um dos seus elementos – o objecto – especialmente porque mesmo esse elemento pode ser modificado apenas parcialmente (suponha-se o caso de uma carteira de títulos, relativamente à qual o credor apenas requer a substituição de alguns deles). A questão poderá afigurar-se mais complexa em sede de insolvência, porquanto existe uma falta de contextualidade entre o surgir do débito e a sujeição à garantia dos novos bens (o que poderá afectar o acto de concessão em penhor dos novos bens, podendo aventar-se a possibilidade de o período suspeito apenas se começar a contar da data da substituição, podendo contrastar, ao menos *a priori*, com o disposto no art.º 121.º, n.º 1, alínea c), do CIRE – preceito que impõe a resolução automática, em benefício da massa, da constituição ou substituição de garantias para assegurar obrigações pré-existentes, nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência), mas ainda assim, apoiamos a posição daqueles que sustentam que “*l’onere di reintegrazione ha fonte nell’originario negozio di costituzione del pegno rispondendo tale operazione ad un criterio di normalità atteso che il debitore há inteso soltanto equilibrare il rapporto tra debito e la garanzia che esisteva in origine e che circostanze successive hanno modificato*” – Pierpaolo Marano, ob. cit., págs. 155 e 156.

<sup>2890</sup> Nos termos do art.º 45.º do CVM, consideram-se da mesma categoria os valores mobiliários emitidos pela mesma entidade e que apresentem o mesmo conteúdo, ainda que pertencentes a emissões ou séries diferentes. Para Joana Dias, ob. cit., pág. 157, a categoria de valores mobiliários para este efeito “*corresponde à ideia de conjunto ou classe, o que parece ser o mesmo que afirmar que sempre que um valor mobiliário pertence a certa categoria não representa coisa diferente da subsunção de uma situação em conceitos de certo nível*”.

<sup>2891</sup> Dos preceitos já analisados a respeito da constituição do penhor de valores mobiliários (cfr. art.ºs 81.º, 101.º a 103.º do CVM) e do facto de a fungibilidade se encontrar associada ao regime escritural de circulação daqueles valores, decorre a possibilidade de celebrar contratos sobre o conjunto dos instrumentos financeiros registados em conta e a simplificação das operações de substituição, facilitando a gestão dos ditos valores. Para Joana Dias, ob. cit., págs. 158 e 159, “*a previsão que, nas hipóteses de substituição dos valores mobiliários empenhados se mantém – a paridade do valor – a data original da constituição do vínculo representa a prova de que a constituição do objecto do penhor é compatível com a continuação do contrato*”. Por outro lado, a mesma Autora nega que se trate de normas especiais

Todavia, a recondução da rotatividade ao domínio da sub-rogação real não deve obnubilar a não total identificação conceptual entre ambas as figuras,<sup>2892</sup> (bem como, eventualmente, entre a sub-rogação real e a fungibilidade)<sup>2893</sup> até porque a segunda possui um alcance significativamente mais vasto do que a primeira.

No entanto, o recurso à figura da sub-rogação real para explicar o fenómeno da rotatividade não é isento de críticas, sobretudo atendendo à (suposta) ausência de um princípio geral de sub-rogação que possa ser invocado para além dos casos (contados) expressamente previstos na lei.<sup>2894</sup>

---

ligadas a uma forma particular de constituição de direitos, sustentando, pelo contrário, que tal resulta da circunstância de nos contratos sobre valores mobiliários desmaterializados ser frequentemente estipulada a variação do objecto, concluindo que “*o registo na conta do intermediário representa uma técnica destinada a tornar a criação de contratos ou vínculos sobre os bens que não existem materialmente, para os quais as outras formas de constituição (desapossamento, anotações sobre os títulos, entre outras) não são idóneas. E não subsistem razões plausíveis que levam à introdução de limites no que concerne à manutenção do contrato reduzindo-a aos tipos em que esta técnica encontra aplicação. Em síntese, a disciplina dos contratos de garantia sobre valores mobiliários desmaterializados, analogamente ao penhor de créditos, confirma que a continuação do contrato original de garantia não é incompatível com a substituição dos bens onerados*”.

<sup>2892</sup> Realça este aspecto, Joana Dias, ob. cit., págs. 225 a 228, destacando como na sub-rogação a aquisição da coisa sub-rogante se funda na alienação ou perda da coisa sub-rogada, enquanto na rotatividade a substituição não se encontra necessariamente dependente da verificação desses dois requisitos, dependendo antes dos termos convencionados pelas partes.

<sup>2893</sup> Destaca esta não equiparação, Cabrillac, ob. cit., pág. 315 e segs., para quem a aproximação entre a fungibilidade e a sub-rogação não é admissível “*puisque la subrogation suppose le remplacement d'une chose determine par une autre alors que la fungibilité implique que seul le genre est pris en considération et que les unités d'un même genre se remplacent ipso facto*”, alegando que a sub-rogação apenas poderá operar nos penhores com desapossamento do devedor, pois aqui a entrega realiza a identificação do bem e elimina o seu carácter genérico (pelo contrário, nas garantias sem desapossamento e na ausência de qualquer especificação, os bens permanecem fungíveis e nenhum direito real incidirá sobre eles até que tal especificação se produza).

<sup>2894</sup> Em face do direito italiano, Lucio Moscarini, *Surrogazione reale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3.<sup>a</sup> Edição, 1957, Vol. VIII, pág. 969 e segs., nega a existência de um princípio geral de sub-rogação real, aceitando, porém, que o instituto assuma especial relevância no que respeita aos direitos reais de garantia, surgindo aqui como “*lo strumento naturale per la realizzazione piena ed integrale dell'interesse portetto con la garanzia speciale, che è appunto quello al conseguimento del valore economico della cosa e non quello al conseguimento della res*”. Este fundamento é comum às diversas hipóteses legalmente consagradas, de entre as quais realça a sub-rogação, à coisa objecto da garantia, da indemnização devida pela seguradora ou da coisa reparada com esta – cfr. art.º 2742.º do CCI – muito embora distinga consoante a indemnização seja empregue para a reparação da coisa ou tal não aconteça: no primeiro caso, a relação mantém-se a mesma, embora incidindo sobre um bem parcialmente diverso, pelo que estarmos perante um caso emblemático de sub-rogação real (contra, Andrea Magazzù, *Surrogazione reale cit.*, pág. 1513, para quem a reparação “*evita qualsiasi diminuzione della garanzia e rende inoperante il meccanismo surrogatorio (la vera e propria surrogazione dell'indennità alla cosa): l'originaria garanzia reale si conserva pienamente, e del tutto imutata; dunque, nella stessa garanzia non si ha neppure un mutamento dell'oggetto*”); já na eventualidade de não se verificar tal reparação, a coisa originária é automaticamente substituída pela indemnização, mas alega que “*il rapporto non conserva la stessa originaria struttura: da quella di diritto assoluto (...) esso assume la struttura di un diritto relativo: essenzialmente quella di un diritto a ricevere direttamente l'indennità, fino alla concorrenza del credito, direttamente dall'assicuratore. Il diritto del creditore pignoratizio (...) há però la sua fonte nel preesistente diritto di garanzia speciale, che ne comisura quindi il contenuto, i limiti ed il vigore: in questo senso (...) appare corretta la configurazione di un rapporto giuridico derivato, assunta come nucleo centrale del concetto più ampio di surrogazione reale*” (em termos diversos, Andrea Magazzù, *Surrogazione reale cit.*, pág. 1513 e segs., entende que, neste caso, “*diventa operante il vero e proprio meccanismo surrogatorio, ossia la surrogazione dell'indennità assicurativa alla cosa*”, embora advertindo que tal “*non costituisce dunque una sorta di vincolo reale sulla somma dovuta dall'assicuratore (...) né un vincolo di garanzia, e neppure un vincolo cautelare (...) l'effetto tipico altro non è che il mutamento del destinatario del pagamento: non più l'assicurato, ma i suoi creditori*”). A propósito desta norma, Andrea Magazzù, *Surrogazione reale cit.*, pág. 1512 e segs., (depois de realçar ser

Num outro, poderá questionar-se até que ponto a sub-rogação real não implica o afastamento do princípio da inseparabilidade do direito e da coisa ou da inerência, caracterizador dos direitos reais, a menos que se entenda que tal característica se mantém não obstante a substituição.<sup>2895</sup>

Mais ainda, não falta quem desvalorize a importância destas normas – e do próprio instituto da sub-rogação – como (pretensos) exemplos de reconhecimento legal do penhor rotativo, advogando que o reconhecimento desta garantia pode justificar-se diversamente,<sup>2896</sup> nomeadamente no que respeita à possibilidade de transformação de

---

imperioso distinguir a garantia real em si mesma do direito de preferência que ela concede ao seu beneficiário), advoga que *“il perimento della cosa non necessariamente si ripercuote sulla prelazione, la quale può conservarsi del tutto immutata, come appunto accade nell’ipotesi di surrogazione dell’indennità alla cosa”*, pois a preferência *“di per sé, non è quindi una situazione soggettiva avente per oggetto la cosa, che si faccia valere sulla cosa, e su di essa il perimento non può direttamente incidere; perciò, rispetto ad essa non ha senso parlare di mutamento dell’oggetto in senso giuridico”*, daí que os credores façam valer a sua preferência originária). Nega igualmente a existência deste princípio geral Piscitello, *Le garanzie cit.*, pág. 74 e segs., contrapondo que a sub-rogação real *“costituisce istituto proteiforme ispirato a principi differenti di cui non risultando ben chiari i confini”* e, embora aceitando a existência de um interesse meritório de conservação da relação originária comum a todas as hipóteses de sub-rogação, conclui que *“la sostituzione dell’oggetto ha luogo solo nei casi previsti dalla legge e non può quindi essere introdotta dall’interprete”* insusceptível de fundamentar dogmáticamente o fenómeno da rotatividade.

<sup>2895</sup> Para solucionar este problema Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 222 a 224, distingue a sub-rogação legal e a convencional. Na primeira e salvo casos excepcionais, a substituição permite a manutenção do direito; já na sub-rogação convencional – *maxime* em resultado da estipulação de uma cláusula de rotatividade – a subsistência do direito resulta de o credor, ao aceitar tal cláusula, *“renunciar ao objecto singular em si mesmo considerado, ao exercício do seu direito de sequela relativamente aquele bem em concreto (o objecto primitivo), manifestando uma vontade, clara e inequívoca, na realização do valor do bem”*, sem que tal signifique uma menor protecção do titular da garantia, porquanto este pode obter a satisfação do seu direito através da realização do bem substituído, com eficácia *erga omnes* (em suma, conclui pela possibilidade de manutenção do vínculo, desde que a substituição se produza entre bens do mesmo género, qualidade e quantidade e, sobretudo, com igual valor, desde que a substituição se verifique até à data estabelecida para o cumprimento da obrigação garantida ou de facto que desencadeie a execução). Pelo contrário, para Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, págs. 64 e 65, a característica da inerência dos direitos reais tem como corolário a inseparabilidade do direito da coisa, devendo esta existir, ser certa e determinada no momento da constituição do direito real, surgindo a sub-rogação real (entendida como o surgimento de uma coisa no lugar de outra num determinado património ou, mais especificamente *“passando sobre o novo objecto a incidir os poderes que antes recaíam sobre a coisa substituída”*) como uma excepção a esse traço distintivo, acarretando, em regra a extinção do direito pré-existente e a constituição de um direito novo (nalguns casos, inclusive, a natureza do direito antigo e novo é diversa – é caso, segundo o Autor, previsto no art.º 692.º para as hipotecas), apenas implicando a subsistência do direito anterior nos casos em que tal decorra inequivocamente da norma em questão (apontando como exemplo a continuidade do usufruto em caso de perda parcial da coisa ou direito objecto do usufruto – *cfr. art.º 1478.º, n.º 1*). Adopta um entendimento ainda mais restritivo, Oliveira Ascensão, *Direitos reais cit.*, págs. 404 e 633 a 635, baseado no princípio da inseparabilidade do direito e da coisa, defendendo que *“não se encontram na ordem jurídica hipóteses em que se possa dizer que o direito real subsiste imodificado, após a substituição do objecto. Caso por caso pode verificar-se que há profundas alterações na situação jurídica, que nos forcem a concluir que surge sempre um direito real novo”* (e, aludindo especificamente à hipótese prevista no art.º 692.º, invoca ainda que *“o direito que recai sobre uma indemnização não pode ser uma hipoteca, pois o objecto não é um imóvel; aliás, o direito não é registável (...) será quando muito um penhor”*), posição esta subscrita integralmente por Penha Gonçalves, *ob. cit.*, págs. 84 e 85.

<sup>2896</sup> É o caso de Stefano Delle Monache, *ob. cit.*, pág. X e segs., para quem em todos os casos previstos na lei civil o direito do credor pignoratório sofre uma modificação relevante, passando a incidir sobre uma prestação pecuniária, razão pela qual *“il diritto reale, pur nel permanere del rapporto di garanzia, cede il posto ad una situazione soggettiva del creditore la quale si lascia pienamente inquadrate nelle categorie consentanee alla figura dell’obbligazione”*, ou seja, se *“il rapporto di garanzia si perpetua, mutano però le forme giuridiche strumentali all’attuazione dell’interesse del creditore”*, razão pela qual o instituto da sub-rogação não justifica o efeito rotativo. Por outro lado, considera irrelevantes as normas relativas ao

matérias primas e da passagem da garantia para o produto resultante da sua transformação (neste domínio, a licitude da rotatividade é, por vezes, ancorada no disposto no art.º 700.º - preceito que atribui, de modo indirecto, ao constituinte da hipoteca legitimidade para a prática de actos de administração ordinária do bem onerado, apesar de tal norma não constar da remissão para o regime da hipoteca contida no art.º 678.º), desde que tais operações se destinem à conservação do objecto da garantia e à promoção da sua normal frutificação (mas já não se alterarem a substância do bem dado em garantia).<sup>2897</sup>

Mas a rotatividade, concomitante ou paralelamente à sua inclusão no âmbito da sub-rogação, tem sido igualmente explicada com recurso à concepção do penhor como um direito que confere ao seu titular uma preferência (ou uma reserva de valor), não tanto sobre um bem do empenhante em concreto, mas antes sobre o valor que ele representa e que servirá de garantia<sup>2898</sup> e, igualmente, à não recondução dos negócios de garantia à tutela de um crédito ou de um negócio isolado.

Mais concretamente e começando por este último aspecto, esta perspectiva de maior abertura face à rotatividade pressupõe o recurso ao conceito de operação económica (a que já se fez alusão anteriormente), entendida como unidade de onde emergem as indicações necessárias para determinar a função perseguida pelas partes através dos actos praticados ao abrigo da autonomia privada.<sup>2899</sup>

---

penhor sobre instrumentos financeiros desmaterializados, sobre o penhor financeiro e sobre o penhor irregular: nos primeiros dois casos, porque, não se tratando de coisas corpóreas, estaríamos fora do âmbito dos direitos reais; no último, porque a aquisição da propriedade das coisas empenhadas por parte do credor pignoratício e o surgimento de uma obrigação de restituição de outros bens equivalentes “*escludono invero il profilarsi stesso del problema*”.

<sup>2897</sup> Assim, Joana Dias, ob. cit., págs. 203 e 204. Em nosso entender, porém, este argumento é débil, porquanto o preceito em questão foi pensado para uma garantia não possessória, como é a hipoteca, na qual o constituinte conserva o bem onerado em seu poder (sendo, por isso, natural que a ele lhe incumba primordialmente zelar pela conservação do bem) e não para uma garantia cuja constituição impõe, em regra, o desapossamento do constituinte, como o penhor (em que, como vimos, o dever de conservação do bem impende sobre o credor ou o terceiro guardião do bem).

<sup>2898</sup> Sobre esta teoria, vide n.º 1.2 do Capítulo IV.

<sup>2899</sup> Gabrielli, *Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno cit.*, pág. 275, define operação económica como “*unità formale, attorno alla quale si possono coordinare le diverse determinazioni pattizie che compongono l'affare e i comportamenti delle parti*”. O mesmo Autor, in *Il contratto e l'operazione economica*, in [www.judicium.it/Relazioni/Congresso\\_2002](http://www.judicium.it/Relazioni/Congresso_2002), pág. 3, considera a operação económica como “*una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso di regole e gli altri comportamenti si collocano*”. Nesta última obra, o Autor disserta acerca da relação entre as noções de contrato e de operação económica (considerando que têm em comum o facto de serem produtos da autonomia privada e “*al di là dello schema formale del tipo, il contratto è operazione economica*”, assegurando que esta última pode assumir uma estrutura mais simples – reconduzível a um único acto e não requeira qualquer operação interpretativa - ou mais complexa, “*quando l'operazione si componga di una pluralità, di un collegamento, di una dipendenza, o di un gruppo, di atti e di negozi*”), atribuindo a esta última um significado qualificante e não meramente descritivo dos interesses subjacentes à situação concreta, “*quale schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali*”, socorrendo-se do conceito de causa em concreto para explicar o carácter unificador da operação económica relativamente aos interesses queridos pelas partes. O reconhecimento do conceito de operação económica pode ocorrer de forma directa ou indirecta: no primeiro caso, o legislador explicitamente afirma a sua relevância (ao ponto de o Autor falar de um fenómeno de passagem “*dal tipo di contratto al tipo di operazione economica*”, de modo que “*l'operazione – l'affare – viene disciplinata dalla specifica normativa prevista per quel tipo di operazione, a prescindere dal tipo legale al quale, di volta in volta, essa potrebbe essere ricondotta*”, surgindo a intervenção do legislador, nesses casos, para “*regolare unitariamente fattispecie formate da una pluralità di contratti, le quali non potrebbero trovare*

No que especificamente diz respeito aos negócios com finalidade de garantia – e, em particular, nas modalidades anómalas de penhor – não raras vezes essa função não se circunscreve a um momento cronologicamente determinado ou a um acto isolado, projectando-se antes para o futuro, tornando, por isso, indispensável uma relação entre os diversos actos que concorrem para o atingir do intuito de garantia.<sup>2900</sup>

Relativamente ao penhor rotativo, importará identificar as várias substituições do objecto da garantia, de modo a evidenciar se as mesmas integram ou não a mesma operação económica delineada pelas partes no momento da constituição da garantia.

Respondendo afirmativamente à questão, dir-se-á que “*Le sostituzioni successive dell’oggetto della garanzia, operando nel contesto di un’unitaria operazione economica, che sia stata sottoposta nell’atto costitutivo del vincolo reale e alle regole e forme stabilite dagli artt. 27887 e 280 c.c., non determinano una modifica del rapporto, dando luogo a nuove costituzione di pegno, ma, nel permanere dell’originaria identità del vincolo, ne pongono in evidenza unicamente il profilo dinamico e causale. Nella continuità del rapporto gli effetti erga omnes del diritto reale di garanzia si producono, dunque, a partire dall’iniziale data di costituzione del vincolo medesimo*”.<sup>2901</sup>

Mais concretamente, apesar da modificação de um dos termos da operação económica – o seu objecto – tal alteração não comporta o nascimento de uma nova relação de garantia, pois tal contraria a intenção das partes, já configurada no momento da criação do vínculo real, de criar uma garantia capaz de sobreviver a essas variações.<sup>2902</sup>

De acordo com esta perspectiva, nem mesmo o princípio da tipicidade dos direitos reais de garantia pode (ou deve) circunscrever a função de garantia a uma única e particular relação obrigacional.<sup>2903</sup>

---

*spiegazione e disciplina al di fuori di una loro ricostruzione nell’ambito dell’operazione economica complessivamente considerata”); no segundo, tal reconhecimento advém da proibição legislativa do seu fraccionamento (“con il quale, quello che, per natura e circostanze, sarebbe o potrebbe essere un unico contratto, viene frazionato in una molteplicità di contratti aventi contenuto identico o eterogeneo, ma coincidente, nella somatória, con il contratto frazionato, al fine di eludere una determinata disciplina”), nomeadamente para protecção do contraente mais fraco e/ou do mercado. Em termos mais sintéticos, Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 36 e segs., analisa a relação entre contrato e operação económica nos seguintes termos: não é correcto reduzir o contrato a uma operação económica - uma vez que o contrato é precisamente o título jurídico sobre o qual assenta a operação económica – mas conclui que “il contratto-concetto giuridico risulta strumentale al contratto-operazione economica”.*

<sup>2900</sup> Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 136 e segs., alegando que os penhores anómalos “*difficilmente possono, sotto il profilo strutturale, essere ricomprese soltanto attraverso lo schema del contratto, poiché questo non rende adeguatamente conto della complessa realtà in cui queste fattispecie si collocano ed operano. Più consono ed utile per individuare e descrivere i vari modelli è, invece, l’inquadramento degli stessi nel contesto dell’operazione economica in cui si collocano e con la quale interagiscono, per segnare – attraverso la scansione delle loro vicende – con maggior chiarezza i profili strutturali*”.

<sup>2901</sup> Gabrielli, Il pegno cit., pág. 239, posição esta acolhida na decisão da Corte de Cassação de 27/9/1999, n.º 10685, comentada por Andrea Azzaro, Pegno rotativo cit., págs. 260 e 261 (recorrendo ao conceito de operação económica para explicar a relação entre os bens substitutos e o pacto de rotatividade, muito embora o Autor chame a atenção para a contradição em que a mesma decisão incorre, porquanto “*da un lato, correttamente, coglie l’unità funzionale del disegno negoziale, consistente nel mantenere, attraverso la sostituzione dei beni costituiti in pegno con altri dello stesso valore, la riserva di utilità a favore del creditore (...) per altro verso cerca di conciliare una tale ricostruzione con l’asserito carattere novativo del rapporto di garanzia relativo ai beni successivamente costituiti in pegno*”), bem como na sentença do Tribunal de Milão de 17/11/1997 (constatam este aspecto, em comentário a este aresto, Dario Finardi, Orientamento antiformalístico cit., pág. 729 e segs. e por Carmine Stingone, Sulla validità cit., pág. 99 e segs.).

<sup>2902</sup> Gabrielli, Il pegno cit., pág. 240 e segs..

<sup>2903</sup> Gabrielli, Sulle garanzie rotative cit., págs. 14 e 15, afirmando que, embora as partes não possam criar direitos reais de garantia - nem tão pouco causas de preferência ou de indisponibilidade - para além dos



Poder-se-á até ir mais longe e afirmar que a noção de rotatividade é inerente à função que determinadas operações prosseguem, a qual seria frustrada caso cada substituição do objecto inicialmente empenhado importasse a constituição de uma nova garantia, cuja operatividade apenas decorreria da data dessa substituição.

Retomando o outro elemento que serve de suporte a esta concepção mais lata da rotatividade, importa configurar como objecto da garantia o valor económico do bem, de modo que o *quid* sobre o qual recai o objecto da garantia é o valor que dele poderá ser retirado e não tanto um ou outro bem especificamente determinado (ou seja, abstraindo do objecto material e focando a atenção no objecto da garantia, desconsiderando cada uma das *res* individualmente considerada).<sup>2904</sup>

Deste modo, o interesse protegido pela garantia pignoratícia não é a obtenção de uma coisa determinada, mas antes ao valor económico representado por esse bem, a chamada “*utilità reale*”.<sup>2905</sup>

Não divergentemente, a rotatividade pode ser encarada como “*un stadio puramente tecnico e non producente un allargamento fittizio della garanzia nel senso quantitativo, ma piuttosto un sviluppo nel senso quantitativo, una novità strutturale notevole rispetto alle forme di garanzia possessoria, con il suo corollario della fissità dell’oggetto, che compensa l’affievolimento della funzionalità immanente a la garanzia e, pertanto, imposta dall’esigenza della sua conservazione*”,<sup>2906</sup> assim se justificando a licitude e premência de garantias não possessórias e rotativas.

Esta última posição, assenta na distinção entre objectos materiais e “*oggetto della garanzia con astrazione unitaria delle singole e concrete res*”, considerando que o objecto da garantia possui “*un valore de sintesi, indipendentemente della specifica identità delle singoli componenti, con una svalutazione del sostrato materiale*”.<sup>2907</sup>

Como corolário destas perspectivas de análise do objecto do penhor, a sua identificação e as condições em que poderá ter lugar a sua substituição alcançar-se-á, sem necessidade de renovação das formalidades exigidas para o surgimento da

---

legalmente previstos, aceita que podem “*mediante opportune tecniche contrattuali, incidere sul profilo funzionale del negozio costitutivo*”.

<sup>2904</sup> Cfr. Joana Dias, ob. cit., págs. 115 a 120. Em termos análogos, Francesca Dall’Anna Misurale, ob. cit., págs. 162 e 163, evidenciando que o bem empenhado “*non essendo destinato all’uso del creditore, ha assunto rilievo per quest’ultimo soltanto ai fini dello scambio che, nella specie, si realizza coattivamente nell’eventualità dell’inadempimento*”, pelo que a garantia “*guarda all’oggetto del pegno, non nella sua indivisualità, (...) ma considerandolo nella sua capacità di tradursi in un’utilità: in un valore economicamente quantificabile*”.

<sup>2905</sup> A expressão é de Gabrielli, Il pegno cit., pág. 241 (vide também Sulle garanzie rotative cit., pág. 126). Para este Autor, importa distinguir “*tra gli oggetti materiali e l’oggetto della garanzia con astrazione unitaria delle singole concrete res (...) l’oggetto della garanzia acquista un valore di sintesi, indipendente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale*”. Comungam deste ponto de vista Luciano Panzani, ob. cit., pág. 944 (concluindo que “*i beni in garanzia ben possono essere sostituiti da altri quando la componente di valore che essi esprimono no ne risulti alterata*”), Fransceco Magni, ob. cit., pág. 387 (escrevendo que “*La cosa oggetto del pegno va, dunque, considerata non nella sua consistenza materiale bensì quale valore economico, essendo il conseguimento di quest’ultimo, e non la res in sé, l’interesse protetto dalla garanzia*”, alegando a existência de várias disposições legais – art.ºs 2742.º, 2803.º e 2825.º, n.º 3, do CCI – representando hipóteses de substituição ou transferência do vínculo de um bem para outro, socorrendo-se do conceito de valor do bem), Giuseppe Martino, ob. cit., pág. 36 e segs. e Dario Finardi, Efficacia reale cit., pág. 777 e segs. (constatando que “*è il valore economico l’oggetto della garanzia, piuttosto che il bene stesso*” relatando ter sido este entendimento acolhido em algumas das decisões jurisprudenciais que reconheceram a licitude das convenções rotativas).

<sup>2906</sup> Davide Messinetti, Le strutture formali della garanzia mobiliare, in Rivista critica del diritto privato, 1991, pág. 783 e segs., concluindo, em conformidade, que os concretos bens onerados apenas relevam do ponto de vista da função jurídico-económica de garantia que desempenham.

<sup>2907</sup> Davide Messinetti, ob. cit., págs. 814 e 815.

preferência, através da enumeração no contrato dos bens a onerar pelo penhor em substituição dos originários ou, em alternativa, dos critérios para a sua posterior identificação.<sup>2908</sup>

Esta concepção do objecto do penhor como referido primacialmente ao valor e não tanto aos bens empenhados encontra, diga-se em abono da verdade, raízes bem profundas, muito antes do aparecimento da rotatividade.<sup>2909</sup>

Todavia, este entendimento pode conflitar com aspectos basilares dos direitos reais, especialmente com os princípios da tipicidade e da especialidade.<sup>2910</sup>

#### 4 - A proibição do pacto comissório

##### 4.1 - Noção e considerações gerais

Conforme aludido anteriormente, o regime legal do penhor comina a nulidade das convenções comissórias (cfr. art.º 694.º, *ex vi* do art.º 678.º),<sup>2911</sup> proibição esta cujos antecedentes remontam ao direito romano,<sup>2912</sup> encontrando reconhecimento na generalidade das legislações posteriores.<sup>2913</sup>

---

<sup>2908</sup> Assim, Gabrielli, *Il pegno anomalo*, ob. cit., pág. 188 e segs..

<sup>2909</sup> De facto, tal entendimento já foi defendido, entre outros, por Chironi (nos termos mais detalhadamente expostos infra) e por Gino Magri, ob. cit., pág. 13 (considerando como objecto do penhor o valor de uma coisa, o qual se pode entender como alienado a favor do credor pignoratício).

<sup>2910</sup> De acordo com Stefano Delle Monache, ob. cit., pág. X e segs., o suposto interesse do credor sobre o valor económico do bem deverá ser traduzido, do ponto de vista técnico, através da figura dos direitos reais, pelo que importará verificar a compatibilidade do penhor rotativo com o esquema jurídico-formal daqueles. Ora, na opinião do Autor, a rotatividade não passa no crivo, sobretudo tendo em conta o princípio da tipicidade (na medida em que “*assumendo che il diritto di pegno continui a sussistere nonostante la sostituzione del vecchio bene con il nuovo, si introduce un’eccezione alla regola in base alla quale il ius prelationis risulta condizionato al permanere della cosa nella disponibilità materiale del creditore (...) nel senso che la perdita del possesso (e così la restituzione della res) determini il venir meno non della sola prelazione, bensì anche del diritto reale*”) e, por outro lado, da especialidade (uma vez que “*l’idea che un diritto reale possa rimanere integro pur trasferendosi a mano a mano su beni differenti appare come un non senso. Più in particolare, l’ipotesi di pegno ambulatorio, transitante sulle cose di volta in volta immerse nella sfera di controllo del creditore pignoratizio, è altrettanto destituita di fondamento quanto quella di una proprietà che soltanto in via provvisoria concerna un certo bene, per poi traslare, eventualmente, su di un oggetto diverso (...) sicché il diritto reale, in quanto diritto su quella determinata res, non può al tempo stesso foggarsi come diritto eventualmente suscettibile di gravare su un oggetto diverso*”). Acerca desta teoria e de outras relativas ao âmbito dos direitos reais, vide infra n.º 1.2 do Capítulo IV.

<sup>2911</sup> Debate-se se a proibição do pacto comissório, embora contida na lei civil, será aplicável – a título subsidiário – aos penhores mercantis ou a outros constantes de legislação especial (como o penhor bancário e o penhor de participações sociais) – responde afirmativamente Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 275, invocando a natureza subsidiária do direito civil, a imposição legal de na execução do penhor mercantil intervir um intermediário financeiro e, ainda, por ser esta a solução que melhor se coaduna com as práticas seguidas no nosso e noutros ordenamentos.

<sup>2912</sup> Apesar de esta convenção ter sido admitida no Direito Romano até ao período clássico, foi ainda durante este Império que primeiramente foi consagrada a proibição, através de um édito promulgado pelo imperador Constantino (embora não haja certeza quanto à sua data, crê-se que terá sido promulgado entre os anos 320d.C. e 326d.C – de acordo com Santos Justo, ob. cit., pág. 468, nota 2367, o móbil essencial da proibição, constante do texto original, poderá ser traduzido do seguinte modo “*Porquanto, entre outros enganos, cresce principalmente a aspreza da lei comissória dos penhores, pareceu bem invalidá-la e para o futuro seja abolida toda a sua recordação*”) e mantida, porventura sob a influência dos princípios ético-religiosos cristãos, impedindo o aproveitamento dos mais fortes sobre os mais fracos e a usura (sobre o surgimento da proibição, vide Guillouard, ob. cit., pág. 180, Massimo Bianca, *Patto cit.*, pág. 711 e segs. e *Il divieto cit.*, págs. 85 a 95, Fulvio Gigliotti, *Il divieto del patto comissorio*, Milano, Giuffrè, 1999, pág. 19 e segs., Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 35 e segs. e Vincenzo Lojacono, *Il patto comissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1952, págs. 1 a 18). No entanto, o Digesto, apesar de manter a

Mesmo actualmente, uma análise de direito comparado permite-nos constatar um claro predomínio dos ordenamentos estrangeiros nos quais tal proscrição subsiste,<sup>2914</sup> (pese embora as dúvidas que se suscitam em alguns deles, como o

---

proibição das convenções comissórias, atribuiu ao devedor a faculdade de recuperar a coisa pelo seu justo valor, em caso de incumprimento da obrigação (poder este interpretado por Isabel Matos, ob. cit., pág. 39, como constatação da licitude do pacto marciano). Segundo Santos Justo, ob. cit., pág. 469, mesmo após a consagração da interdição comissória, eram frequentes, no direito romano, os pactos que autorizavam o credor a alienar o bem, em caso de incumprimento por parte do devedor, cuja licitude dependia de três interpelações ao devedor para cumprir (previamente à venda) e, se não houvesse comprador, o credor teria que pedir autorização ao devedor para se tornar proprietário, gozando o garante da faculdade de o resgatar nos dois anos seguintes. De acordo com Nicola Cipriani, ob. cit., págs. 35 a 44, a convenção comissória funcionou, no direito romano, como a cláusula nos termos da qual o vendedor poderia considerar o contrato como não firmado sempre que o comprador não tivesse pago o preço dentro do prazo estipulado (sendo configurada, ora como condição suspensiva, ora como condição resolutiva), de modo que “*il creditore comprava il bene dato in garanzia ma, se il prezzo era restituito, il contratto si risolveva*” utilizando um esquema semelhante ao da venda com pacto de resgate (inicialmente, esta cláusula era aposta ao contrato de compra e venda, sendo posteriormente incorporada nos contratos de garantia real e, em particular, na *fiducia cum creditore*, contrato do qual começou por ser uma cláusula natural e passou a ser eventual, até porque o seu efeito poder-se-ia produzir através de mecanismos alternativos – como a *datio in solutum* - que asseguravam ao credor a satisfação directamente sobre um dado bem).

<sup>2913</sup> Em termos gerais, J.Ph. Lévy, ob. cit., pág. 252 e segs., relata que o surgimento e manutenção da interdição comissória se insere na evolução histórica dos dois meios tradicionais de realização da garantia – apropriação (seja através de dação em pagamento ou de pacto comissório) ou venda do bem empenhado –, que assentou num abandono do primeiro em favor do segundo, tendo em conta os perigos para o devedor a que tal apropriação poderia conduzir: para obviar a esse resultado, alguns ordenamentos socorreram-se de dois mecanismos: ou colocar bem em compropriedade – proporcionalmente ao valor da dívida e do valor do bem – ou forçando o credor a devolver ao devedor a diferença entre o valor do bem empenhado e do crédito garantido, assim legitimando as convenções marcianas (deste modo, o direito do credor vender a coisa empenhada – que no direito romano inicialmente não se encontrava contido no penhor – passou a ser a forma típica de realização coerciva da garantia, embora oscilando entre os sistemas em que, para tal alienação, exigiam ou não uma autorização judicial ou até impunham que a venda fosse efectuada pelo próprio tribunal). Segundo Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 44 e segs., depois de um período, na época medieval, em que se assistiu a uma difusão do recurso à *fiducia* e ao pacto comissório, a partir da emissão de um decreto de Inocêncio II de 1198, a proibição generalizou-se até às grandes codificações do Século XIX (no caso italiano até ao Código Civil de 1865, no qual se aceitava a licitude do pacto marciano, enquanto se debatia a legitimidade do pacto comissório *ex intervallo*), panorama este confirmado por Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 18 e 19 (com amplas referências normativas de direito comparado). No caso português, Isabel Matos, ob. cit., pág. 36 e segs., atesta que tal proibição consta, ininterruptamente, da legislação nacional desde as Ordenações Afonsinas até hoje.

<sup>2914</sup> Vide os art.ºs 2744.º do CCI, 2078.º do CCF, - antes da reforma de 2006 – e 1859.º do CCE. No direito alemão, a formulação do preceito que consagra tal proibição diverge ligeiramente das restantes - com efeito, o §1229, dispõe que, antes de adquirido o direito de venda da coisa, é nulo o acordo nos termos do qual seja atribuída ou seja transferida para o credor pignoratício, em caso de não satisfação ou não satisfação atempada, a propriedade da coisa empenhada – embora o seu sentido pareça análogo. No entanto, no ordenamento germânico é possível inserir nos contratos de garantia uma cláusula (“*Verfallklausel*”) que se traduz no direito do credor se apropriar do bem onerado em caso de incumprimento (apesar de esta funcionar mais como um pacto marciano, uma vez que está prevista a devolução do excedente ao devedor e de ser raramente utilizada, uma vez que os financiadores não pretendem o bem, mas antes o seu valor económico), para além de a jurisprudência e doutrinas dominantes acantonarem a proibição no âmbito das garantias típicas, deixando a salvo os pactos autónomos (Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 249 e segs., realça que nem por isso o devedor ficará desprotegido, mesmo nos casos em que as partes não acordem na restituição do excesso, uma vez que da aplicação os princípios gerais das obrigações - nomeadamente o da boa fé -, decorre “*il dovere del creditore di vendere il bene ottenendone il giusto prezzo, oppure di appropriarsene restituendo la differenza di valore (...) anche qualora le parti escludano espressamente la restituzione del esubero, perché tale clausula (ma, si badi, solo la clausula) è considerata nulla*”, ou seja, o pacto comissório vem, *ex lege*, a ser transformado num pacto marciano: para além disso, quando exista uma desproporção significativa entre o valor do bem onerado e do crédito, considera-se existir um excesso de garantia -

espanhol<sup>2915</sup> e o brasileiro),<sup>2916</sup> com a importante *nuance* do Código Napoleão<sup>2917</sup> (na sua nova redacção recentemente introduzida - cfr. art.º 2348.º),<sup>2918</sup> residindo, porventura, no direito inglês a excepção mais relevante.<sup>2919</sup>

---

*Ubersicherung* –, sendo reconhecido ao devedor o direito de recuperação da diferença), pelo que o ordenamento germânico, “*nonostante l’espressa previsione del divierto del patto comissorio, connosce strumenti di garanzia che consentono di realizzare, mediante schemi negoziali atipici, un assetto di interessi non dissimili da quello vietato (...): in tali fattispecie, la giurisprudenza tende a preoccuparsi soltanto di assicurare il corretto svolgimento delle transazioni e di evitare abusi in danno di una delle parti, ma, per conseguire tale risultato, l’intervento si svolge su un piano esclusivamente economico e senza travolgere l’operazione negoziale*” - Nicola Cipriani, ult. ob. e loc. cit..

<sup>2915</sup> Em face do direito espanhol, mais concretamente da redacção do art.º 1859.º do CCE (que afirma, tão somente, que o credor não pode apropriar-se das coisas empenhadas ou hipotecadas, nem tão pouco dispor delas), Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 423 e segs., entende que a lei, ao determinar simplesmente que o credor não se pode apropriar das coisas dadas em penhor ou hipoteca, não só não proíbe expressamente o pacto comissório para o penhor (ao contrário do anteprojecto que era inequívoco a esse respeito, o texto final do CCE apenas sanciona a proibição para a anticrese, embora o Autor reconheça que a doutrina é praticamente unânime em reconhecer o alargamento da interdição ao penhor e à hipoteca, até porque a solução contrária “*constituiria uma contradicción evidente al resolverse de distinta forma un mismo problema para instituciones de idéntica naturaleza*” – Reglero Campos, El pacto comisorio, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 256 e 257), como não responde directamente à questão da admissibilidade de um pacto em contrário, embora a resposta negativa se imponha, na opinião do Autor, por ser a que melhor se compagina com a *ratio legis* e os antecedentes históricos da proibição (do mesmo modo, o Autor relata que a jurisprudência sustenta que a nulidade deve aplicar-se mesmo quando seja o devedor a pretender que a coisa empenhada fosse apropriada pelo credor em pagamento da dívida garantida, ainda que a fixação do valor a atribuir ao bem coubesse ao devedor). Do mesmo modo, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1863 e 1864, sustenta que, no silêncio das partes, não assiste ao credor o direito de apropriação (pois tal faculdade não integra o conteúdo dos direitos reais de garantia, conforme se alcança, no que respeita ao penhor, do art.º 1869.º do CCE, ao determinar que o devedor permanece proprietário do bem onerado, não podendo o credor dele dispor à margem das formas de realização do valor), embora “*surge la duda de si el acreedor podrá disponer de las expresadas facultades de apropiación y disposición cuando, al constituirse la garantía, se pacta en contra de la previsión legal*”, dúvidas essas que, na óptica da doutrina e jurisprudência dominantes, deverão ser dissipadas negando a admissibilidade do afastamento do regime legal por convenção das partes (pois, apesar de norma em questão – ao invés do proposto no projecto inicial e do disposto na legislação revogada – não condenar expressamente os pactos comissórios, nem tão pouco sancionar a invalidade de eventuais convenções em contrário – facto este tanto mais estranho, quando o art.º 1884, n.º 2, o faz relativamente à anticrese – considera que “*el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o en hipoteca, ni aun mediando acuerdo comisorio, cuya nulidad, ante el silencio del Código, puede fundamentarse, con carácter general, no sólo con base en el tradicional criterio de estimarlo moralmente condenable e injustamente lesivo a los intereses del deudor (art. 1255 CC), sino, además, por ser innecesario para que la garantía despliegue correctamente su función. A ello debe añadirse que sería absolutamente ilógico, por contradictorio, resolver un mismo problema con soluciones distintas para instituciones de idéntica naturaleza, resultado que tendría lugar si se admitiera la validez del pacto, tratándose de prenda o de hipoteca y se declarara su nulidad, por imperativo del art. 1884 II, para la anticresis (...). Contra la validez del pacto se argumenta también que en principio, si la cosa interesa al acreedor, que concurra a la subasta y puje; con lo que se consigue evitar el riesgo de que se la quede por una deuda inferior, y se evita (tal riesgo) sin impedir que la adquiera, si lo considera oportuno, pagando lo que pagaría otro (...)* y que es la ley que para cortar el riesgo de un mal más que probable (abusos posibles en el pacto comisorio) ha prohibido algo, aun a despecho de los inconvenientes que puede producir la prohibición (...). Como los derivados del poco valor de la cosa que se absorbe por los gastos de la subasta”). Para além disso, este último Autor, evidencia como do art.º 1859.º do CCE, que proíbe a apropriação do bem onerado por parte do credor, se retira, de modo implícito, a impossibilidade deste dispor dos bens onerados de modo diverso daquele que o ordenamento determina para o exercício do *ius distrahendi*, interditando, desde modo, as chamadas “*clauses de voie parée*” do direito francês. Por seu turno Guillarte Zapatero, Comentário cit., págs. 456 a 462 - depois de realçar que a atribuição ao credor das facultades de disposição e/ou apropriação dos bens empenhados seria contrária à própria natureza das garantias reais (as quais, embora sujeitem um bem ao cumprimento preferencial de uma obrigação, não conferem aquelas prerrogativas ao seu titular), entendendo o legislador que a negação de tais poderes ao credor

---

serve para proteger o devedor – constata que a lei é omissa acerca da possibilidade de, por convenção, as partes afastarem o regime legal: pese embora este silêncio, o Autor inclina-se para a inadmissibilidade da convenção comissória, alegando que “*ante el apuntado silencio del precepto, puede argumentarse en la consideración del mismo, con carácter general, como contrario a la moral. Por otra parte, admitir la validez del pacto para la prenda e hipoteca y prohibirlo para la anticresis, como hace expresamente el artículo 1.884, sería una contradicción evidente al resolver de distinta forma un mismo problema para instituciones de la misma naturaleza*”, justificando o silêncio da lei com a pressa na aprovação da versão final do Código e considerando que, embora esta solução seja discutível (por ser verdade que nem sempre do mesmo resulta um prejuízo injustificado para o devedor), a admissibilidade de semelhantes pactos “*implica el riesgo de facilitar situaciones en las que, aprovechándose el acreedor de circunstancias extramadamente adversas que pesan sobre el deudor, se beneficie a costa de éste, excediéndose la finalidad de garantía, al apropiarse de las cosas gravadas por cantidades inferiores a su verdadero valor*” (ressalvando, todavia, a licitude da convenção segundo a qual, uma vez incumprida a obrigação garantida, o credor se dá por pago ficando com o bem onerado: com efeito, “*el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización de valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución*”) – em termos praticamente coincidentes vide também Albaladejo, Derecho Civil III cit., págs. 703 a 706. Também Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 300, nega a possibilidade de a proibição das convenções comissórias ser afastada por acordo entre as partes, uma vez que “*el valor del objeto gravado puede ser muy superior a lo adeudado, de modo que si el acreedor se quedase con el bien en pago de lo debido perjudicaría tanto al deudor (o tercero propietario del bien) como a otros acreedores concurrentes, que dispondrían de menos patrimonio que atacar en caso de incumplimiento de sus obligaciones*”. Considera igualmente o art.º 1859.º como uma norma imperativa, tornando nula qualquer convenção em contrário Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2139.

<sup>2916</sup> Com efeito, o art.º 1428.º do CCB, depois de proclamar a nulidade da cláusula que autorize o credor pignoratício a apropriar-se do bem empenhado em caso de não pagamento da dívida no momento do respectivo vencimento, admite que “*Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida*” (já em face do anterior CCB, Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 61, considerava lícita a convenção de acordo com a qual “*o credor adquira a coisa empenhada pelo preço que realmente valer por ocasião do vencimento da dívida*”: será que, deste modo, apenas se legitima a dação em pagamento ou, pelo contrário, este preceito encerra em si o reconhecimento da licitude do pacto comissório, desde que acordado após o vencimento da obrigação garantida? A primeira alternativa concita a adesão de doutrina maioritária – vide, por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., pág. 343 (escrevendo que “*Não caberá, porém, ao credor, em nenhuma hipótese, apropriar-se do penhor em pagamento do débito, uma vez que nenhuma validade pode ter a estipulação de cláusula comissória*”, acrescentando que, mesmo em caso de pacto autorizante da venda amigável, “*não pode comprá-la para si mesmo, pois que uma tal operação envolverá o pacto comissório, vedado por lei*”) e Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 356 e 357 (salientando ser nula a cláusula comissória, apenas ressalvando que tal nulidade não pode ser invocada por parte de um devedor que, mediante nova convenção, dá em pagamento do débito o objecto da garantia).

<sup>2917</sup> Mesmo quando a proibição se encontrava em vigor em França, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 253 e segs., alude a uma interpretação menos restritiva perfilhada por alguma jurisprudência e doutrina – face à adoptada em Itália – excluindo do seu âmbito os pactos comissórios autónomos e as convenções acordadas *ex intervallo* (argumentando que “*una volta concluso il contratto e ottenuto il finanziamento, il debitore non corre più il rischio di essere pregiudicato, mentre, al contrario, può ben avere anch’egli un interesse ad evitare le lungaggini del procedimento esecutivo*”, bem como com o facto de evitar que a proibição se vire contra o devedor, impedindo-o de obter melhores condições de financiamento), bem como, em geral, nas hipóteses em que não seja configurável um abuso sobre o devedor (nomeadamente o pacto marciano, a cessão de créditos em garantia ou de garantias que tenham por objecto dinheiro – nestas duas últimas situações, uma vez que o valor do bem é objectivamente determinável com base em critérios objectivos).

<sup>2918</sup> A redacção desta norma é equívoca, deixando pairar a dúvida se passaram a ser admitidas quaisquer convenções comissórias (isto é, que produzam a transferência imediata da propriedade do bem onerado para o credor, em caso de incumprimento da obrigação assegurada) ou, como parece mais plausível, as denominadas convenções marcianas. Com efeito, o dito preceito, depois de estatuir que “*Il peut être convenue, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu’à défaut d’exécution de l’obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien*”, acrescenta que, para validar tal convenção, será exigível que o valor do bem seja determinado, no momento da transferência, por um perito designado pelas partes - ou, na falta de acordo quanto a essa designação, judicialmente -, não sendo exigível tal

---

avaliação quando tenha sido onerado um bem com cotação oficial num mercado organizado: qualquer cláusula que não respeite estas restrições é considerada não escrita). O eventual excesso de valor do bem empenhado face ao da dívida assegurada deve ser entregue ao devedor ou, caso existam outros credores pignoratícios, consignada em depósito (todavia, ao contrário do que sucede com a obrigação de avaliação por um perito – cfr. n.º 2 -, o n.º 3 do art.º 2348.º não considera como não escrita uma eventual cláusula que dispense o credor do dever de restituir o eventual excedente, razão pela qual Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, 2009, pág. 241, admitem o afastamento deste aspecto do regime legal, considerando que “*il faut alors considérer l’attribution de cet excédent comme une forme de pénalité forfaitaire venant sanctionner l’inexécution. Il s’agit alors d’une clause pénale qui, effectivement, doit être traitée comme telle et donc être soumise au pouvoir de révision du juge si elle s’avère manifestement excessive*”). Em termos paralelos, o art.º 2365.º passou a dispor que, relativamente a bens incorpóreos, “*en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s’y rattachent*”. A alteração legal pode ser explicada pelos inconvenientes da proibição do pacto comissório, ao privar o credor de um modo simples e rápido de realização da garantia, podendo igualmente conduzir, ao forçar as partes a recorrer à venda judicial, aumentar as despesas para o credor pignoratício, as quais se acabarão por repercutir na esfera do devedor. Embora admitindo estas vantagens, a, reconhece-se o risco de o devedor perder o bem dado em garantia para o pagamento um crédito de valor inferior, mas considera-se que o mesmo é evitado impondo a avaliação prévia, por um perito, do valor do objecto dado em garantia no momento da transferência (no mesmo sentido Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 368 e Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 297, salientando estes últimos que o perito pode ser designado pelas próprias partes) e, por outro lado, estabelecendo a obrigação do credor devolver ao devedor a eventual diferença entre o valor do bem empenhado e do crédito assegurado. Por último, saliente-se que a proibição do pacto comissório continua a vigorar no âmbito dos processos de insolvência (Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 368) e nos créditos ao consumo (Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 551 e Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, 2009, pág. 241). Um aspecto que a lei não regula é o momento em que se produz a transferência da propriedade (momento este relevante, designadamente, para efeitos de processo de falência), sustentando alguns que deve corresponder à data em que se verifique o incumprimento (neste sentido, Aynès e Crocq, *Les sûretés cit.*, 2009, págs. 240 e 241, opinando que será necessária uma interpelação ao devedor, excepto se as partes convencionarem a sua dispensa), enquanto outros se inclinam para a data em que o credor escolha executar a garantia através do recurso à convenção comissória (Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 735, argumentando que tal escolha é irreversível, embora advogue a necessidade de notificação dessa opção ao devedor e ressalvando sempre a eventualidade de a transferência de propriedade ser impedida pelo exercício de um direito de preferência anterior). Noutra plano, Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 735, colocam o dedo na ferida, ao sustentar que o pacto comissório não pode ser invocado senão por um credor com preferência sobre os demais – seja porque a sua posse é anterior, seja porque a sua garantia foi a primeira a ser inscrita no registo – por entenderem que “*On conçoit mal, en effet, qu’un créancier de rang inférieur impose ce mode de réalisation à un créancier de rang préférable, même si la créance vient à l’échéance avant celle de ce dernier, le choix du mode de réalisation doit appartenir au principal au principal intéressé*” (para além disso, os Autores salientam que esta consagração legal do fim da interdição das convenções comissórias “*est moins révolutionnaire qu’il n’y paraît au premier abord*”, em virtude da manutenção da proibição das cláusulas de *voie parée*, o que significa que, caso o credor opte pela execução judicial, a vontade das partes é impotente para alterar as regras procedimentais daquela). Em face destes dados normativos, em especial da necessidade de avaliação do bem onerado e de devolução de um eventual excedente ao empenhante, somos de parecer que novo CCF veio reconhecer a licitude das convenções marcanas, continuando a repudiar a validade das convenções comissórias propriamente ditas.

<sup>2919</sup> No *mortgage* do direito britânico, o credor, para além da possibilidade de alienar o bem onerado, dispõe, caso tal tenha sido convencionado, do poder de se apropriar definitivamente do referido bem (“*agreement of foreclosure*”), desse modo extinguindo a obrigação garantida, com efeitos em tudo idênticos aos do pacto comissório. Todavia, para proteger o constituinte de um enriquecimento ilícito, prevê-se que o credor, antes de exercer aquela faculdade, deva intentar uma acção judicial destinada a obter uma “*formosura morder*”, com base na qual é atribuída ao devedor um prazo para cumprir e, se este não o fizer, fica o credor habilitado a apropriar-se do objecto da garantia. Por outro lado, em alguns casos os tribunais concedem, mesmo após o incumprimento definitivo, um ulterior prazo ao devedor, no decurso do qual ainda poderá cumprir e recuperar o bem (é o chamado “*reopening of foreclosure*”), mas, para tal, incumbirá ao devedor solicitá-lo judicialmente. Em suma, este regime “*realizza, in concreto, un assetto di interessi non dissimile da quello originato da un’alienazione a scopo di garanzia alla quale*

Este quase unanimismo não deve, porém, obnubilar a diversa amplitude com que, nos vários ordenamentos em que a interdição se acha consagrada, a mesma tem vindo a ser aplicada,<sup>2920</sup> embora subsistam alguns aspectos consensuais, como seja o facto de a proibição constituir um limite inderrogável à faculdade concedida às partes de convencionarem a alienação extrajudicial do bem empenhado (cfr. art.º 675.º, n.º 2).<sup>2921</sup>

Importa, por outro lado, salientar que a existência de ordenamentos nos quais a proibição não vigora e de, mesmo naqueles em que ela se encontra plasmada, o seu âmbito de aplicação ser divergente, designadamente dentro dos Estados membros da União Europeia, origina distorções da concorrência podendo, no limite, conduzir à violação de princípios de direito comunitário.<sup>2922</sup>

Não obstante a sua consagração legal, a manutenção desta interdição – ao menos nos termos amplos em que se encontra prevista – dá azo a diversas críticas,<sup>2923</sup> algumas

---

*può essere collegato pattizamente un meccanismo solutorio (che, nella specie, è l' "agreement for foreclosure")*”, suportando o ordenamento inglês o risco da desproporção entre o valor do bem onerado e do crédito garantido, embora consentindo ao constituinte a possibilidade de, querendo, recuperar o bem empenhado, liquidando a dívida mesmo depois de verificado o incumprimento definitivo (caso o devedor, de acordo com os seus interesses, entender ser esta a melhor solução, ao contrário da nulidade do pacto comissório, que opera independentemente da vontade do devedor, sujeito protegido pela proibição), sem que daí advenham prejuízos significativos para o credor (que não vê anulada toda a operação e, quando muito, terá que suportar um cumprimento tardio da obrigação). Sobre este assunto, vide Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 229 e segs..

<sup>2920</sup> Coloca em evidência este aspecto Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 18 e segs., assegurando que alguns ordenamentos permanecem fiéis ao âmbito tradicional (mais lato) da interdição, enquanto outros tendem a limitar o alcance da mesma.

<sup>2921</sup> Sobre este assunto, vide supra n.º 8.1 do Capítulo I. Em face do direito italiano, Massimo Bianca, *Il divieto del patto comissorio*, Giuffrè, 1957, pág. 187 e segs., sustenta que a proibição do pacto comissório, enquanto interdição de apropriação do bem por parte do credor, não impede radicalmente o recurso a formas de execução privada (como se comprova, no caso do penhor, pela expressa previsão do art.º 2797.º do CCI), sendo a tutela do devedor assegurada através dos direitos que lhe assistem enquanto mandante do credor, a quem incumbe comportar-se com a diligência de um bom pai de família (acrescentando, ainda, que a execução judicial normalmente comporta outras vantagens para o devedor, como os seus maiores custos e a menor celeridade). Não será crível que sejam estabelecidos requisitos mais rigorosos do que os previstos para a venda executiva, mas, quando tal suceda, serão de considerar, em princípio, válidos tais pactos (no mesmo sentido, Vaz Serra, *Penhor cit. in BMJ n.º 58*, pág. 285, exceptuando apenas aqueles que consagrarem requisitos insubstituíveis).

<sup>2922</sup> Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 267 e segs., realça que a necessidade de uniformização do direito comunitário se manifesta com maior acuidade naqueles sectores em que se torna fulcral evitar distorções da concorrência: ora, é precisamente o que sucede com o instituto do pacto comissório, cujo diverso alcance da proibição nos vários Estados Membros acarreta uma diferença ao nível das garantias do crédito e, em última instância, no acesso ao crédito (em face desta panorama, o Autor conclui que “*il sistema giuridico che pone a disposizione delle parti strumenti di garanzia più sicuri e più stabili, consente ai mutuanti di ridurre i rischi e ai mutuari di contenere i costi dei finanziamenti*”, o que não sucede com o ordenamento italiano, dado que “*il sistema delle garanzie reali è strutturato in maniera tale da assecondare e soddisfare solo in parte le esigenze degli operatori: costoro non hanno a disposizione strumenti tipici validi e, se ricorrono a schemi atipici, rischiano di vedere sanzionate le operazioni con una nullità che li priva totalmente di tutela*”). Uma vez que tal uniformização ainda não se deu, o Autor, atento o prejuízo que a actual disparidade de regimes comporta para os operadores económicos italianos, duvida da legitimidade da proibição do pacto comissório (pelo menos nos termos amplos em que a mesma é interpretada), por desrespeito do princípio comunitário da proporcionalidade, de modo que “*le interferenze sul regime della concorrenza, da ultimo rilevate, non possono non indurre un giudizio nel senso della illegittimità comunitaria*”.

<sup>2923</sup> Entre outros, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 292 (constatando que “*il divieto del patto comissorio esiste oggi solo perché è stato (tratatizamente) recepito in una norma espressa del codice civile, la cui dilatata interpretazione – tuttavia – rappresenta oggi un omaggio alla storia delle idee e non alle esigenze del sistema giuridico*”) e Reglero Campos, *Ejecución cit.*, págs. 428 e 429 (sustentando que a “*prohibición puede ser contraproducente en aquellos casos en los que el valor de la cosa dada en garantía es muy pequeño, puesto que su enajenación según los procedimientos legales acarrearía más*

das quais remontam a tempos longínquos<sup>2924</sup> (muito embora também sejam detectáveis arautos desta figura),<sup>2925</sup> ao mesmo tempo que algumas decisões isoladas afastam a ilegitimidade das convenções comissórias mediante o recurso ao carácter acessório das garantias face à obrigação assegurada.<sup>2926</sup>

---

*perjuicios que beneficios*”, pelo que deve ser entendida nos seus justos termos e à luz da sua *ratio* – impedir que o credor se aproveite da situação económica do devedor - de modo que só deverão ser invalidados os negócios em que se verifique a possibilidade de o credor se apropriar automaticamente do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação garantida “*y sin que entren en juego los remedios pertinentes encaminados a la obtención de una justa valoración (...). De lograrse ésta, aunque el acuerdo facilite la apropiación por el acreedor de la cosa gravada, no debe estimarse su nulidad*”). Já Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 18 e segs., considera que a nulidade do pacto comissório “*appare meritevole di ripensamento critico, posto che si tratta di regola sfornita di giustificazione razionale*”. Entre nós, Júlio Gomes, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8 (Out/Dez 2004), pág. 68, sustenta que tal proibição carece de qualquer fundamento válido, não sendo mais que um resquício de uma interdição antiga, não compaginável com a noção de garantia real e, sobretudo, com as transmissões de propriedade com função de garantia.

<sup>2924</sup> A título de exemplo Mirabelli, *ob. cit.*, págs. 445 e 446, questionando, até por força do princípio da liberdade contratual, “*Per quale ragione mentre posso vendere incondizionalmente una cosa mobile per quel prezzo che voglio, non mi sarà lecito di venderla sotto la condizione, che la vendita non s’intende avvenuta tranne se non avrò soddisfatto il mio creditore nel termine convenuto?*”, rejeitando que através da proibição se alcance a protecção daquele que necessita de crédito, porquanto, não podendo recorrer à convenção comissória, o financiador “*si farà a pretendere un interesse più elevato, in vista del giudizio che potrà poi sostenere per pagarsi sul pegno o si farà vender ella cosa offestagli in pegno a quelle condizioni che gli piaccia imporre*” (para além de considerar indemonstrada a ausência de liberdade de celebração do contrato por parte do devedor financiado): em conclusão, o Autor sugere que a manutenção da interdição de baseia em razões históricas, que levam a vedar uma convenção não juridicamente censurável, mas apenas moralmente. Igualmente Pace, *ob. cit.*, pág. 98 e segs., nota 105, depois de relatar a ausência de unanimidade quanto aos fundamentos da proibição (que, no caso do penhor de créditos, assume uma relevância suplementar, porquanto se a *ratio* da interdição reside na inadmissibilidade da auto-tutela, tenderá a proibir-se a atribuição ao credor pignoratício da facultade de cobrança do crédito onerado), assume que “*il divieto in eseme è del tutto ingiustificato e, in sede di riforma, na sarebbe consigliabile l’abolizione*”, tendo em conta a incoerência da lei “*che, da un lato, ammette la possibilità di clausole penali senza limitare l’eccedenza del contenuto delle medesime rispetto alla prestazione dovuta (...) e dall’altro lato vieta il patto commissorio, che può ben sembrare analogo all’ipotesi della clausola penale e a quella della vendita condizionata di cose mobili*”: em suma, este Autor escreve que “*io sarei favorevole all’abolizione del divieto: in fondo se il creditore si appropria l’oggetto pignorato la colpa è tutta del debitore che alla scadenza non compie il suo dovere; inoltre non è lecito rimproverare al creditore un eccesso di garanzia dal momento che il patto commissorio può avere lo scopo di incitare il debitore al pagamento spontaneo del debito ed evitare il ricorso all’esercizio del diritto pignoratizio e con esso ottenere, per una più lunga via, la soddisfazione del credito*”.

<sup>2925</sup> Vincenzo Lojacono, *ob. cit.*, págs. 26 e 27, nota 18, dá conta da posição de um Autor romano - Riccius - que terá escrito uma apologia do pacto comissório, baseada em cinco considerandos. Em primeiro lugar, se os devedores forem honestos, poderão facilmente obter crédito e, se o não forem, não merecem protecção, sendo legítimo ao credor impor-lhes condições gravosas; em segundo lugar, porque muitas vezes são os credores as vítimas de devedores desonestos; depois, porque mesmo o devedor em estado de necessidade encontrará, provavelmente, quem lhe conceda crédito sem convenção comissória e, por isso, se aceita esta deve sujeitar-se às consequências inerentes; em seguida, aceita como normal o facto de o valor do bem onerado ser superior ao do crédito garantido, uma vez que este pode aumentar substancialmente com o valor dos juros; por último, porque na venda em hasta pública muitas vezes o preço obtido é muito inferior ao seu valor real do bem onerado e nem por isso se punem os compradores que, desse modo, obtêm um enorme benefício.

<sup>2926</sup> É o caso do Acórdão da Corte de Cassação Italiana de 12/6/1935 (in *Giurisprudenza Comparata di Diritto Civile*, 1940, V. pág. 28), de acordo com a qual o pacto comissório inserido num contrato de mútuo garantido por penhor é válido (ainda que dissimulado sob a forma de uma venda) com o argumento que “*il divieto del patto commissorio colpisce soltanto il pegno e l’anticresi, che dunque esso non può estendersi al mutuo, che essendo il pegno un contratto accessorio esso non può modificare il regime del contratto principale*”.



No que especificamente respeita às convenções comissórias associadas ao penhor, a amplitude desta proibição constitui um entrave ao desenvolvimento desta garantia, não admirando, por isso, o surgimento de posições doutrinárias insurgindo-se contra a amplitude da interdição, exigindo, ao invés, uma contenção do seu âmbito de aplicação.<sup>2927</sup>

Num outro plano e do ponto de vista do credor, as virtualidades do pacto comissório parecem menores nos penhores sem desapossamento, porquanto a sua estipulação não seria de molde a impedir a intervenção judicial, pelo menos para a apreensão do bem em vista da sua execução.<sup>2928</sup>

Noutra ordem de considerações, poder-se-á indagar acerca da eventual contradição entre a interdição das convenções comissórias e a tendencial validade da dação em pagamento ou *datio in solutum*<sup>2929</sup> (nos termos da qual se admite, após o incumprimento, que o devedor, em alternativa ao pagamento, entregue ao seu credor o um determinado bem, que pode ser o previamente onerado em favor desse mesmo credor)<sup>2930</sup> ou até, nos ordenamentos em que tal figura seja admissível, das transferências da propriedade a título de garantia.<sup>2931</sup>

---

<sup>2927</sup> Alertando, em especial, para a necessidade de aligeirar ou suprimir a aplicação da proibição quando se trate de bens cuja avaliação não ofereça contestação, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 265 e Théry, ob. cit., págs. 329 e 330.

<sup>2928</sup> Théry, ob. cit., pág. 329, destacando que a interdição legal se pode compreender relativamente ao penhor com desapossamento do devedor, mas carece de fundamento no que concerne aos penhores sem desapossamento, pois nestes a oposição do devedor basta para impedir o funcionamento do mecanismo comissório.

<sup>2929</sup> Para não falar, por exemplo, da venda a retro, da cláusula penal ou mesmo das alienações em garantia.

<sup>2930</sup> Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 65 e 66, justifica a licitude da *datio in solutum* considerando que, neste caso, o devedor é confrontado com a perda definitiva do bem quando decide efectuar a oferta (já Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 270 e 271, realça o contraste funcional entre pacto comissório e dação em cumprimento, considerando que “o fim do pacto é a previsão de um mecanismo de satisfação do credor em caso de incumprimento, e não a consagração de um programa alternativo de cumprimento, actuante com independência das vicissitudes da obrigação garantida”), enquanto Ugo Carnevali, Patto comissorio, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 505 e Massimo Bianca, Patto cit., pág. 716, acentuam o facto de não ser conferido qualquer direito ao credor de receber a coisa, mas antes uma mera faculdade do devedor efectuar uma prestação diversa da devida, enquanto Angelo Luminoso, Alla ricerca degli arcani confini del patto comissorio, Rivista di Diritto Civile, ano 36, n.º 2 (Mar/Abr 1990), pág. 227 e segs., refere que o entendimento dominante liga a admissibilidade da prestação em lugar do cumprimento ao facto de o devedor – ao contrário do que sucede no pacto comissório - já ter obtido crédito e, por isso, estar menos sujeito a pressões do seu credor (embora o Autor critique este entendimento, alegando que, a ser verdade, os pactos comissórios *ex intervallo* seriam lícitos, o que não acontece, daqui retirando um argumento para afirmar que a *ratio* da proibição das convenções comissórias não reside – ou não reside apenas – na tutela da posição de inferioridade do devedor). Por seu lado Giuseppe Minniti, Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia, in Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Padova, a.95n.1-2(Janeio-Fevereiro 1997), Parte I, pág. 51 e segs., declara que a diferença reside “nella diversa valutazione che il legislatore opera dell’idoneità delle diverse funzioni, di adempimento e di garanzia, a costituire o meno la giusta causa del trasferimento della proprietà di un bene. E tale valutazione, evidentemente, non può che fondarsi sul giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi dei soggetti coinvolti nell’operazione, considerati in sé e nei reciproci rapporti e conflitti” (mais precisamente, no momento em que opera a *datio in solutum* o interesse do credor insatisfeito não passa pela obtenção da prestação a que o devedor se comprometera, mas antes pela aquisição de um bem, pelo que a transferência da propriedade se apresenta adequada a satisfazer tal interesse, constituindo a causa desta atribuição patrimonial a extinção da dívida: em suma, na alienação em função do pagamento – *datio in solutum* – o acordo solutório assinala “la trasformazione dell’operazione da rapporto creditizio a vicenda traslativa”).

<sup>2931</sup> Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 265 e Théry, ob. cit., págs. 329 e 330, notam que a aceitação de transferências de propriedade a título de garantia não deixa de ser uma contra-senso face à proibição do

## 4.2 - A justificação da proibição

Mas o aspecto porventura mais complexo concernente ao pacto comissório prende-se com a discussão acerca da fundamentação que preside a tal interdição, surgindo, a este respeito, um infundável rol de justificações<sup>2932</sup>, circunstância esta que, aliás, concorre para adensar as dúvidas acerca da legitimidade da própria proibição.<sup>2933</sup>

Iremos, em seguida, salientar as razões mais frequentemente avançadas para justificar a consagração (e manutenção) da interdição legal.<sup>2934</sup>

Desde logo, o argumento porventura mais vezes invocado para fundamentar esta proibição é a necessidade de protecção do devedor/constituente, porquanto o credor poderia obter um enriquecimento injustificado ao apropriar-se de um bem provavelmente mais valioso do que o crédito garantido (desde logo porque tal desproporção é inerente à própria concessão de garantias), sobretudo porque o devedor/constituente, em razão do estado de necessidade em que se encontra, muitas vezes estar disposto a contratar nessas condições:<sup>2935</sup> todavia, não faltam vezes contestando este entendimento.<sup>2936</sup>

---

pacto comissório, pois ambos os mecanismos preconizam a apropriação do objecto da garantia pelo credor, sem qualquer intervenção de um terceiro neutro ou de uma avaliação imparcial do bem.

<sup>2932</sup> Para um elenco das principais justificações aventadas, vide Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 62 e segs., Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 31 a 33, Sofia Maltez, ob. cit., págs. 59 a 61, Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., págs. 625 a 627, Isabel Matos, ob. cit., págs. 58 a 75, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 258 e segs. e, no direito italiano, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 130 e segs. e Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 204 e segs..

<sup>2933</sup> Não falta, por isso, quem sustente ser um paradoxo a expansão constante do âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório quando subsiste uma intensa polémica acerca dos fundamentos da mesma (Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 65). Em termos idênticos, Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 231 e segs., afirmando ser *“paradossale, poichè, da un lato, lo si vuole estendere sempre di più nonostante sussista ancora molta incertezza sulla sua ratio, e, dall’altro, esso si coloca nel sistema accanto ad una serie d’ipotesi tipiche legeslativamente previste che, sotto un profilo o l’altro, invocata l’una o l’altra delle varie rationes del divieto indicate dalla dottrina, potrebbero essere di dubbia legittimità, ma che tuttavia, essendo ipotesi tipiche, legislativamente regolate, per definizione sono al riparo dal divieto”*.

<sup>2934</sup> Por exemplo Chironi, ob. cit., pág. 534 e segs., entende que a admissão do pacto comissório seria uma contradição técnica, porquanto o fim das garantias reais é o de conferir ao seu beneficiário um direito sobre o valor da coisa empenhada e não à coisa em si mesma (posição esta criticada por Bustos Pueche - por não explicar a inibição de satisfação do credor por um procedimento distinto do previsto na lei e por não explicar a proibição do pacto comissório na anticrese, reduzindo a interdição a um mero princípio de técnica jurídica, justificando a nulidade com uma mera concepção dogmática no mínimo discutível). Por seu turno, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 275, alude a uma posição de acordo com a qual a ratio do pacto comissório reside unicamente no intuito de punir as transferências comissórias associadas à constituição de garantias reais, pretendendo evitar que o credor beneficie de uma tutela exacerbada (entendimento este que conduz à admissibilidade dos pactos comissórios autónomos). Já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 153 considera que a razão de ser da proibição reside numa manifestação negativa do conceito de garantia real, entendida esta como direito de satisfação *erga omnes* sobre determinados bens do devedor (daí a violação da interdição ter sempre como consequência a nulidade do pacto). Finalmente, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 133, noticia a existência de uma justificação técnica, que reside na ausência de preços de mercado facilmente controláveis.

<sup>2935</sup> Apoiam esta argumentação Paulo Cunha, ob. cit., pág. 215 (para quem a proibição existe *“a fim de obstar a que o credor se locuplete por meio do penhor, auferindo interêsses superiores ao crédito que êle garante, com prejuízo do devedor e dos outros credores, o que facilmente poderá suceder, visto que, atentas as circunstâncias em que se encontra o devedor que contrai dívidas nessas condições e esperança, que tem, de resgatar o penhor, o valor da coisa dada em penhor é ordinariamente muito superior ao da dívida”*), Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 217 (afirmando que *“a sua razão de ser está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais valiosa do que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela*

Os seguidores desta tese invocam, em seu abono, o argumento histórico (na medida em que terá sido esta a razão decisiva da consagração originária desta proibição).<sup>2937</sup>

Constata-se, assim, que os devedores, apertados pelas dificuldades do momento e na esperança, tantas vezes ilusória, de serem capazes de satisfazer o crédito contraído, concedem em garantia bens de valor incomparavelmente superiores ao desse mesmo crédito, correndo o risco de, em caso de incumprimento, deles serem privados.

Mesmo quem reconhece que a generalização da nulidade do pacto comissório pode, em certos casos, ser discutível - porquanto nem sempre se verificará um prejuízo para o credor -, entenda que a sua validade “*implica el riesgo de facilitar situaciones en las que, aprovechándose el acreedor de circunstancias extremadamente adversas que pesan sobre el deudor, se beneficie a costa de éste, excediéndose la finalidad de*

---

*necesidade, facilmente consentiria nele*”), Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 176, Joaquim Bastos, ob. cit., págs. 66 e 67, Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., págs. 625 a 627 (argumentando que o âmago da proibição das convenções comissória reside em “*evitar o dano a que o devedor se sujeita se não cumprir em virtude da desproporção que se verificará na esmagadora maioria dos casos em resultado das normais necessidades de segurança do credor (haverá sempre, pelo menos, uma margem de segurança entre o valor da obrigação garantida e do objecto da garantia, para cobrir eventuais riscos de diminuição do valor deste), entre a obrigação garantida e o objecto da garantia*”) e, ainda na vigência do anterior Código Civil, Coelho da Rocha, Guilherme Moreira, Mello Freire, José Tavares e Dias Ferreira (apud Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 259 e 260). No direito francês, Guillouard, ob. cit., pág. 180 (“*un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraint, en prêtant de l'argent sous des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne pas devoir être en état de rendre la somme au temps convenu*”), Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 117 (sublinhando que os bens dados em penhor são normalmente de um valor superior ao montante da dívida), Weil, ob. cit., pág. 95, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 264, Aynés e Crocq, ob. cit., pág. 208, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 74, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 292 e, no direito espanhol, Diez-Picazo, ob. cit., pág. 483, Reglero Campos, Ejecución cit., págs. 421 e segs. (falando da necessidade de “*impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desorbitado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiada de la que pueda aprobarse el acreedor cuyo crédito está protegido con una garantía real, lo que sucederá cuando, como ocurre normalmente, exista una notable desproporción entre el valor de la prestación y el de la cosa sujeta a la garantía del derecho de crédito*”) e Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 406 e segs. (para quem “*parece explícito que el motivo determinante del pacto comisorio está en función de la desproporción que se genera entre el valor de lo debido y el valor de la pérdida que sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de garantía*”), radicando, assim, a proibição na necessidade de protecção do contraente mais fraco). No direito italiano, vide Nicola Cipriani, ob. cit., págs. 137 e 150 e segs. (“*sembra dover concordare con l'idea che il divieto del patto comisorio trova la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare il debitore dalle possibili prevaricazioni del creditore e, dunque, di evitare che il debitore medesimo, pur di accedere al credito, acconsenta a un contratto a condizioni inique*”), justificação esta ancorada no princípio constitucional da solidariedade, do qual resulta igualmente a cláusula geral de boa fé).

<sup>2936</sup> Negam ser este o verdadeiro fundamento da interdição do pacto comissório Bustos Pueche, ob. cit., pág. 561 (argumentando que a presunção de coarctação da liberdade do empenhador não deverá operar - porque, em princípio, a pessoa deve considerar-se livre e responsável - e, que, se esta fosse a verdadeira razão, toda a relação jurídica, obrigacional e de garantia, deveria ser também invalidada, sendo a sanção aplicável a anulabilidade e não a nulidade), Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 40 e segs. (alegando a ausência de qualquer elemento no direito positivo do qual resulte ser a desproporção entre o valor do bem empenhado e do crédito garantido a *ratio* da proibição) e Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 57 e segs.. Já para Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 188, não se pode cair numa abstracta, geral e absoluta salvaguarda do devedor (visto necessária e aprioristicamente como contraente mais débil), sendo antes imperioso compatibilizar a proibição do pacto comissório com o sistema geral no seio do qual se integra, de modo a tutelar “*da un lato, gli interessi del creditore a fronte dell'inadempimento della prestazione garantita, e, dall'altro, la posizione del debitore (e dei suoi creditori), i cui interessi possono essere volti al riacquisto del bene a seguito all'adempimento, ma che, in caso contrario, mirano essenzialmente alla salvaguardia di un equilibrio fra valore del credito garantito e valore del bene oggetto della garanzia*”.

<sup>2937</sup> Nesta conformidade, Isabel Matos, ob. cit., pág. 58 e Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 130 e segs..

*garantia, al apropiarse de las cosas gravadas por cantidades inferiores a su verdadero valor*”.<sup>2938</sup>

Contudo, poder-se-á duvidar da razão que conduz a que a cominação normalmente consagrada no nosso ordenamento jurídico para os negócios celebrados com aproveitamento do estado de necessidade de uma das partes seja a anulabilidade, enquanto a violação do pacto comissório é sancionada com a nulidade,<sup>2939</sup> parecendo

---

<sup>2938</sup> Pérez García, ob. cit., pág. 602, nota 2.

<sup>2939</sup> Salientam este aspecto, Isabel Matos, ob. cit., págs. 61, 73 e 75 (concluindo, por arrastamento, que “o fundamento da protecção do devedor concorre para explicar a proibição do pacto comissório consagrada na lei, a verdade é que, à semelhança do que sucede noutros países, o mesmo não se afigura suficiente para explicar que o nosso Código Civil comine a sua nulidade”, ou seja, embora sendo este o principal motivo justificativo da proibição, esta resulta também “do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório”, ou seja, “o pacto comissório é um instituto de tal modo perigoso que a simples possibilidade de ser utilizado em detrimento do devedor e dos seus credores impõe absolutamente a sua proibição”) e Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 64 a 66. Assim sendo, poder-se-á questionar por que razão o pacto comissório será nulo mesmo que, em face das circunstâncias do caso concreto, não exista qualquer prejuízo para o credor, nem qualquer usura, podendo até ser favorável para o devedor (por exemplo, quando o bem entregue seja de menor valor que o crédito ou mesmo quando seja de igual valor – uma vez que, mesmo nesta segunda hipótese, sempre se poupariam as despesas com a execução judicial e por ser frequente que nesta o bem seja alienado por um valor inferior ao valor normal de mercado) - tal como nota Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 118, se o valor de aquisição do bem empenhado for aferido com base em critérios objectivos, não existirá o perigo que pretende conjurar com a proibição comissória (isto é, de o credor se apropriar de bens recebidos em garantia de valor superior ao da dívida assegurada). Noutra ordem de considerações, é igualmente questionável a legitimidade da proibição, tendo em conta a existência de outros institutos admitidos pelo ordenamento (como a *datio in solutum*, a venda a retro ou a cláusula penal) que parecem apresentar os mesmos perigos das convenções comissórias: do confronto destas últimas com aquelas, Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 65 e 66, conclui que “a proibição não visa apenas impedir que o credor se locuplete com a diferença de valor entre o valor do bem e do crédito. É antes necessário que estejam simultaneamente reunidos três pressupostos: que o pacto tenha uma função ou escopo de garantia ao vincular ou destinar um determinado bem à auto-satisfação do credor, que o devedor se reserve uma faculdade de desvincular o bem desse escopo mediante o cumprimento da obrigação e, finalmente, que não esteja assegurada, para a hipótese de incumprimento, o direito do devedor reaver, recuperar um eventual excesso de valor do bem sobre o valor do crédito garantido. A proibição do pacto comissório parece proteger o devedor, sobretudo de fórmulas ou mecanismos que, não operando uma transmissão definitiva do bem, criam nele a esperança (...) de conseguir evitar a perda definitiva do bem”. Em face do direito italiano, que comina a mesma sanção, Ugo Carnevali, ob. cit., págs. 500 e 501 replica que “con siffatta ratio del divieto contrasta la sanzione della nullità, manifestamente eccessiva rispetto allo scopo: se fosse solo questione di tutela, nel singolo e contingente caso, del debitore, sarebbe sufficiente una mera annullabilità”, enquanto Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 188, sustenta que a nulidade “si presta ad essere utilizzato in modo opportunistico a seconda delle contingenti valutazioni che il medesimo debitore compia della propria situazione economica – scegliendo così di rimanere fedele al contratto, oppure di invocarne la nullità, in vista della mutevole convenienza”. Valentina Balbo, Divieto del patto comissorio e alienazione a scopo di garanzia, in [www.diritto.it/materiali/civile/balbo.html](http://www.diritto.it/materiali/civile/balbo.html), pág. 2, advoga que a circunstância de a nulidade atingir também os pactos acordados posteriormente à constituição da garantia – após a concessão da garantia e a do crédito - isto é, no momento em que o devedor se encontra mais vulnerável, permite duvidar da pertinência deste fundamento, enquanto Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 66 e 67, aduz um argumento para negar ser esta a razão de ser da interdição das convenções comissórias, qual seja o facto de o art.º 1450.º do CCI admitir que a parte à qual é oposto o pedido de rescisão do contrato poder evitá-la, oferecendo uma modificação do contrato suficiente para o recondução à equidade o que, na opinião do Autor, “rende irrilevante, ex post, il vizio genetico dell’obbligo assunto; il che, sembra, rende difficile dar conto della nullità di una alienazione comissoria al creditore (ad es.) di 100 di un bene oppignorato che valga 90: nullità che, invece, trova comunque giustificazione in altre motivazioni”. Já Massimo Bianca, Patto cit., pág. 717 e Il divieto cit., pág. 208 e segs., assegura que, se fosse este o verdadeiro fundamento da proibição, seria ao devedor que caberia valer-se dela, pelo que a sanção deveria ser a da anulabilidade. Por fim Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 40, assegura igualmente que o remédio usualmente previsto por lei para os casos de enriquecimento indevido de alguém às custas do estado de necessidade de outrem é a

não colher a justificação que explica esta diferença de tratamento na função de garantia que caracteriza o pacto comissório,<sup>2940</sup> surgindo a nulidade, porventura, como um resqúcio histórico que as mais recentes codificações não ousaram contrariar:<sup>2941</sup> todavia, não falta quem relativize esta crítica, assegurando que não ser detectável um princípio geral subsumível ao binómio interesse individual-anulabilidade, interesse colectivo-nulidade.<sup>2942</sup>

De acordo com esta óptica, poderá parecer como excessiva a proibição do pacto comissório – se explicada unicamente com a exigência de tutela do devedor – tendo em conta a protecção mais limitada de que a parte mais débil goza, em geral, no sistema jurídico.<sup>2943</sup>

---

anulabilidade e não a nulidade, a qual é reservada para situações em que está em causa a tutela de interesses mais vastos que os do devedor.

<sup>2940</sup> De acordo com esta justificação, a interdição comissória surgiria da peculiaridade da natureza acessória da garantia e não tanto da necessidade de protecção do devedor face aos potenciais abusos do credor, ou seja, a *ratio* da proibição residiria na função de garantia do pacto comissório e no perigo de potenciais abusos do credor deste estado de necessidade do devedor. Contesta esta posição Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 58 e segs., assegurando que, se fosse esta a verdadeira *ratio* da proibição, conduziria, quando muito, à codificação do pacto marciano ou à obrigação de restituição do excedente do valor do bem relativamente ao valor do crédito garantido (para além disso, poder-se-ia, *de jure condendo*, aceitar a validade das convenções comissórias, argumentando com a licitude da cláusula penal).

<sup>2941</sup> Neste sentido, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 139 e segs., assegurando, porém, que a proibição legal não sairia enfraquecida se, em vez da nulidade, fosse cominada a anulabilidade, na medida em que esta deixaria ao devedor a possibilidade de optar, em face do caso concreto e tendo em conta os seus interesses, pela manutenção do pacto ou pela sua invalidação. O Autor, ob. cit., pág. 206 e segs., qualifica a sanção da nulidade como excessiva, “*in astratto non conforme al principio di proporzionalità, perché dispone una sanzione potenzialmente troppo gravosa per il debitore, senza la certezza che ad essa corrisponda un interesse meritevole di tutela del creditore*”, pelo que a solução “*sufficiente ad assicurare l’interesse perseguito dall’ordinamento, quale quella che può garantire il patto marciano* (noutras palavras, o Autor escreve que “*La sanzione della nullità, da questo punto di vista, si presenta decisamente eccessiva, o, meglio, sproporzionata fino al punto di risultare potenzialmente sfavorevole anche per lo stesso soggetto che vuole tutelare, che potrebbe anche avere interesse all’operare di un meccanismo solutorio fondato sulla vicenda trattativa di un bene*”, sugerindo, em alternativa, “*per l’operatività ex lege di un meccanismo solutori che, pur basandosi sulla medesima vicenda traslativa, imponga la stima del bene e ne imputi il giusto valore al pagamento del debitore attraverso uno schema che si identifica con quello del patto marciano*”, com fundamento numa interpretação da proibição comissória à luz do princípio constitucional da proporcionalidade). Em termos análogos, Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 25 e 26, contestando, porém, a manutenção da cominação da nulidade para a violação do proibição do pacto comissório, constatando que, se a verdade que a razão de ser desta residisse na necessidade de protecção do devedor, se deveria admitir que “*nel caso in cui il debitore non si volesse giovare del dispositivo della legge, e volesse rispettare l’obbligo, assunto col patto, dovrebbe essere liberissimo di poterlo fare (...). L’invalidità del patto verrebbe ad essere sanata dalla contraria volontà della parte che la legge considera lesa (...). Ma se tale fosse stato il pensiero del legislatore, non la nullità del patto agli avrebbe sancito, ma d’annullabilità di esso: avrebbe dato in tale modo al debitore la facoltà di fare valere o meno la inefficacia della sua volontà coartata*”.

<sup>2942</sup> Destaca este aspecto Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 261 e 262, apontando exemplos de negócios potencialmente usurários para os quais a lei comina a sanção da nulidade (cfr. art.ºs 560.º e 928.º, n.º 1).

<sup>2943</sup> Salienta este aspecto Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 65 e segs., enumerando uma série de normas do ordenamento italiano das quais emerge a menor protecção do devedor face à contida na proibição do pacto comissório. De entre estas constam a possibilidade de o devedor novar a obrigação originária em termos prejudiciais para si, o regime das (verdadeiras) obrigações alternativas com prestações de diverso valor (pois não se prevê, para as hipóteses de incumprimento do devedor da obrigação alternativa, a concentração sobre a prestação mais conveniente ao devedor, nem a intervenção do juiz, mas a atribuição de tal faculdade ao credor – o qual, aliás, pode dispor dessa faculdade logo desde o momento da contracção da obrigação -, concluindo o Autor que “*una prestazione promessa (solo) sub condizione, per l’eventualità del inadempimento, sembra essere, in presenza di un inadempimento doloso, nient’altro che l’equivalente di una obbligazione alternativa con scelta rimessa al debitore (...)* e in presenza di un

Noutra ordem de considerações, cumprirá, ainda, questionar o porquê da invalidade das convenções comissórias mesmo quando, em concreto, o pacto não seja lesivo para o devedor, designadamente por não se verificar qualquer desproporção entre o valor do bem onerado e do crédito garantido<sup>2944</sup> ou por o negócio não ser, efectivamente, desfavorável para o devedor.<sup>2945</sup>

Por último, a própria pressão psicológica sobre o devedor, traduzida na esperança de recuperação do bem onerado, é colocada em dúvida por alguns Autores.<sup>2946</sup>

---

*inadempimento (semplicemente) colpevole, un minus, rispetto ad un esplicito potere di scelta in capo al creditore. Non si vede perciò per quale motivo dovrebbe essere sanzionato (peraltro con la nullità!) un patto ben meno svantaggioso per il debitore, rispetto ad ipotesi positivamente previste come lecite*”), das falsas obrigações alternativas ou com pluralidade de prestações subordinadas, em que uma é devida enquanto sucedânea de outra incumprida (afirmando o Autor a quase total identidade deste negócio com o pacto comissório obrigatório), a possibilidade de contrair mútuos em condições desvantajosas (com o único limite dos negócios usurários) ou de se obrigar a uma determinada prestação cujos limites não se encontram especificados (salvo o poder do juiz reduzir a prestação quando entenda ser a mesma manifestamente excessiva) e a legislação relativa à tutela dos consumidores (na medida em que esta não invalida operações negociais manifestamente desequilibradas contratadas entre dois sujeitos individuais – apenas no caso de relações entre consumidor e profissionais – e nem sequer abole as cláusulas penais manifestamente excessivas). Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 272, indica um conjunto de normas destinadas a proteger a parte mais débil, que estabelecem como sanção para a sua violação a anulabilidade, nomeadamente em matéria de protecção do consumidor (no mesmo sentido, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 155 e segs.)

<sup>2944</sup> A esta objecção, os partidários deste entendimento contrapõem a existência de uma presunção absoluta de aproveitamento do devedor, isto é, considerando que “*la prohibición del pacto se ampara exclusivamente en la tutela del contraente, prescindiendo del principio de proporcionalidad, de forma que el pacto debe ser declarado nulo con independencia de toda indagación sobre el estado de necesidad del deudor estipulante o acerca de la posible o efectiva coacción sufrida por el deudor*” - Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 407 -, ou seja, prescindindo de qualquer desproporção entre o valor do bem onerado e do crédito garantido (todavia, o Autor duvida da aplicação da proibição quando o penhor recaia sobre valores mobiliários escriturais e a entidade encarregue do registo seja, simultaneamente, credora pignoratícia, questionando mesmo, perante o incumprimento do devedor, “*qué impide a la entidad aplicar el pato comisorio sobre unos valores que tiene ya bloqueados a su favor*”). Por seu turno Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 501, desvaloriza esta crítica, considerando que a lei pode fundar-se numa presunção – neste caso inilidível – que a coisa objecto da garantia é, em regra, de valor bastante superior ao do débito assegurado.

<sup>2945</sup> Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 68 e 69, aponta o seguinte exemplo - A deve 70 a B e tem um único bem no seu património no valor de 80; A vende o bem a B, com pacto de resgate, por 70; B, em vez de pagar o preço, compensa o seu débito com o crédito face a A – para demonstrar a inidoneidade para a nulidade para protecção do devedor (pois, caso decidisse vender o mesmo bem por 70 a C, não seria digno de alguma protecção e, por outro lado, caso o interesse de A fosse o de conservar o bem no seu património “*tale interesse viene certamente compromesso dalla nullità della vendita con patto di riscatto. Infatti, dichiarata nulla la vendita, il creditore agirà esecutivamente sul bene del debitore, che, così, andrà definitivamente perso: quanto il debitore possa concordare sulla convenienza di una così pervicace tutela è lecito domandarsi*”), realçando, ainda, não ser compreensível como a tutela do devedor possa legitimar a *datio in solutum* de uma coisa para pagar a dívida e, por outro lado, impedir de subordinar a perda da coisa à eventualidade do incumprimento. Em termos mais gerais, Philippe Delebecque, L’attribution du bien cit., pág. 133, destaca como o risco de enriquecimento ilícito do credor não se verifica quando o bem onerado é de fácil avaliação, uma vez que, quando assim é, o devedor pode perfeitamente e de antemão – no momento da constituição da garantia - aquilatar da medida da sua eventual perda futura.

<sup>2946</sup> De acordo com Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 38 e segs., nenhuma das duas justificações normalmente invocadas como suporte da proibição das convenções comissórias - o perigo de desproporção entre o valor mutuado e coisa onerada e, simultaneamente, a armadilha que representa a esperança vã de recuperação desse mesmo bem – colhe. Desde logo, a primeira porque “*il pericolo di sproporzione è immanente a tutte le negoziazioni con effetti traslativi*” e, quanto à segunda, “*significa postulare come normale un scenario in cui anche colui che si trova nella dura necessità di procurarsi rapidamente del numerario sia piuttosto accorto ove si tratti di alienare definitivamente un proprio bene,*

Uma outra razão que, embora conexa (na medida em que, ao menos indirectamente, contende com a necessidade de protecção do empenhante) com a acabada de expor dela se autonomiza, reside na proibição dos negócios usurários, de que a repressão do pacto comissório seria uma concretização.<sup>2947</sup>

Contudo, também esta possível justificação suscita algumas inquietações, não só no que respeita à equiparação entre os negócios comissórios e usurários,<sup>2948</sup> como enquanto razão determinante para a consagração da proibição.<sup>2949</sup>

---

*mentre la speranza di poterlo riscattare facilmente lo induce a scelte avventate. L'esistenza di una simile molla psicologica è ovviamente tutta da dimostrare*". Com efeito, prossegue a mesma Autora, esta coacção psicológica não se verificará sempre que o perigo de desproporção não subsista, seja por força dos mecanismos acordados entre as próprias partes (como sucede nas convenções marciasanas ou quando seja cedido em garantia um crédito), seja em virtude de mecanismos externos à relação entre ambas. Quanto a este último aspecto, entende que a tese criticada "*racchiuda una aporia logica, in quanto per poter affermare l'esistenza di una sproporzione si assume implicitamente che il bene oggetto della garanzia abbia un prezzo certo il quale sia molto superiore alla quantità di denaro ottenuta*", esquecendo que, desde logo e quando o bem não tenha um preço de mercado, se torna impossível comprovar da dita desproporção e, quando exista esse preço, o próprio mercado elimina tal perigo (uma vez que "*se il bene oggetto del patto ha un prezzo certo, ciò implica che esiste un mercato sul quale tal valore può essere facilmente realizzato (...) la differenza tra il valore del bene e l'ammontare del mutuo ricevuto determina automaticamente il valore del diritto a riscattare il bene*", desde que se verifiquem duas condições: que o direito de resgate do bem seja livremente disponível e, por outro lado, que o mutuário não actue irracionalmente deixando passar o prazo para exercer o direito de resgate: se o devedor permanecer inerte, "*diviene difficile immaginare che il divieto di patto comissorio con il suo pesante carico di remore per il traffico giuridico possa essere giustificato dalla necessità di proteggere personaggi tanto sventati*" e, mesmo verificando-se uma diferença entre o valor do bem empenhado e da quantia mutuada, essa diferença será normalmente mínima e, embora o mutuante possa aproveitar-se dela quando os custos da transacção do direito de resgate excedam tal diferença, tal não constituirá justificação para a proibição do pacto comissório, pois "*più è elevata la differenza tra il valore di mercato del bene (...) e l'ammontare del mutuo e maggiore diviene la probabilità che il riscatto venga effettivamente esercitato con denaro proveniente da terzi, agli occhi dei quali l'acquisto del diritto al riscatto diviene tanto più appetibile quanto più elevata è appunto tale differenza. Pertanto la verità controintuitiva è che il creditore stipulante un patto comissorio sarà tanto più pericoloso quanto meno si dimostrerà ingordo*").

<sup>2947</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718 (este último Autor reforça a sua posição no seu Direito das Obrigações cit., pág. 555, ao afirmar que "*o fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a ratio da norma que pune a usura (art.º 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários*), Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 118 (sublinhando que "*o legislador presume que a mesma será usurária, independentemente da indagação efectiva da sua eventual existência e se o devedor merece ou não efectiva tutela por aproveitamento da sua situação*"), Guillouard, ob. cit., págs. 180 e 183, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., pág. 126, Weil, ob. cit., pág. 95, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 265, Aynés e Crocq, ob. cit., pág. 208, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 292 e Gregorio Gitti, Divieto del patto comissorio, frode alla legge, "sale and lease back", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.º 47 (1993), pág. 489.

<sup>2948</sup> Como salientam Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 65 e Isabel Matos, ob. cit., pág. 64, a equiparação aos negócios usurários permite questionar o porquê da necessidade de autonomização da proibição do pacto comissório e, sobretudo, da diversidade de consequências previstas pelo ordenamento jurídico para a os negócios usurários (anulabilidade – v. art.º 282.º) e para as convenções comissórias (art.º 694.º). No mesmo sentido em face do direito italiano, Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 210 e segs..

<sup>2949</sup> Isabel Matos, ob. cit., pág. 63, recusa esta justificação com base num argumento de cariz histórico, isto é, se a usura estivesse na base da proibição do pacto comissório, ambos os institutos teriam tido o mesmo destino: ora, da proibição absoluta de cobrança de juros evolui-se para a permissão da sua cobrança, enquanto a proibição das convenções comissórias se manteve. Massimo Bianca, Patto cit., pág. 717 e Il divieto cit., pág. 212 e segs., também recusa ser este o fundamento da proibição, alegando que o pacto pode, em concreto, não ser desvantajoso para o devedor e, desse modo, não se compreender por que razão a interdição possa prescindir de qualquer juízo entre a desproporção entre o valor do bem dado em garantia e do crédito garantido (do mesmo modo Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 113, constatando ser irrelevante, para a invocação da proibição, a desproporção entre o valor do bem onerado e do crédito garantido – podendo até o valor daquele ser inferior – concluindo que "*una indiscriminata nullità del*

Todavia, não é (ou não é apenas) a protecção do empenhante que tem sido reclamada como justificação, radicando alguns a inibição legal das convenções comissórias (unicamente ou em conjunto com outras causas) na necessidade de tutela dos demais credores do constituente da garantia, seja invocando a necessidade de assegurar a consistência do princípio da *par conditio creditorum*,<sup>2950</sup> seja realçando que o pacto comissório, a ser lícito, traduzir-se-ia numa primazia não prevista na lei (violando, assim, a tipicidade das causas legais de preferência e os direitos dos titulares destas).<sup>2951</sup>

Este prejuízo para os demais credores traduzir-se-ia na perda do direito a cobrar os seus créditos - com um eventual excesso resultante da diferença entre o produto da venda do bem empenhado e o valor do crédito do credor pignoratício - e, mais grave ainda, na subversão da escala de graduação de créditos delineada pelo legislador, porquanto o beneficiário de uma convenção comissória, ainda que não ocupasse o lugar cimeiro daquela hierarquia, seria o primeiro - e o único - a obter uma satisfação, total ou parcial, do seu crédito.

Contudo, também este fundamento não se exime a diversos reparos.<sup>2952</sup>

---

*patto comissorio, a fronte di una fattispecie solo potenzialmente usuraria non sembra pienamente plausibile*". Alega, ainda, que mesmo quando exista semelhante desproporção, tal não será, por si só, sinónimo da presença de um negócio usurário). Também Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 93, descarta ser esta a justificação mais plausível, assegurando que a mesma "é susceptível de provocar perplexidades por razões de ordem sistemática, já que, na lógica do sistema, a tutela de quem contrata em estado de necessidade ou coagido não passa pela nulidade, para além de que não se furta à sanção da nulidade um pacto que se mostre em concreto vantajoso para o devedor".

<sup>2950</sup> Dá conta da invocação deste fundamento, nomeadamente ao nível jurisprudencial, Valentina Balbo, ob. cit., pág. 3, seja porque a atribuição definitiva e exclusiva do bem a um só credor - particularmente quando o valor da *res* supere o valor da obrigação garantida - defraudará os demais credores do empenhante (que nem sequer se podem satisfazer com o remanescente), seja porque o beneficiário de uma convenção comissória (especialmente quando associada a uma garantia real) poderia, depois de se ter apropriado do bem objecto daquele pacto, executar o restante património do devedor (todavia, a mesma Autora realça que, por vezes, a jurisprudência descarta a invocação da proibição quando, no caso concreto, não se verifique nenhum prejuízo para os demais credores). Também Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 87 e segs., alude à existência de partidários deste entendimento (atribuindo especial importância à posição de Lelio Barbiera, para quem o pacto comissório transforma o direito de crédito do beneficiário num situação subjectiva em tudo similar à dos direitos reais, desse modo se subtraindo à *par conditio creditorum*, perdendo o direito à garantia genérica traduzida no património do devedor), mas contesta a pertinência do argumento invocado relativamente ao princípio da responsabilidade genérica do património do devedor (alegando que, caso fosse esta a verdadeira ratio da interdição, a perda desta garantia genérica deveria ser permitida mesmo ao beneficiário do pacto comissório - pelo menos quando o bem onerado fosse de valor suficiente para cobrir a dívida garantida - e contrapondo que a proibição de tal exclusão, por acordo, da garantia genérica é proibida por lei - cfr. art.º 2740.º, n.º 2, do CCI). Alude igualmente a esta justificação Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 24 (indicando que os seus partidários se fundamentam na fraude a estes outros credores que adviria da redução da parcela de bens disponíveis para a satisfação dos seus créditos relativamente ao valor do próprio crédito do credor beneficiário do pacto comissório), Veiga Copo, *La prenda de acciones* cit., pág. 408 e, entre nós, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 264 (apontando Cernelutti, *Note sul patto comisorio*, in *Revista de diritto commerciale*, 1916, Vol. II., pág. 887 e segs., como o seu mentor).

<sup>2951</sup> Utilizam este argumento Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 74 (não sem reconhecer que este fundamento é incerto, tendo em conta a admissão de garantias que concedem ao credor, desde o momento da constituição do crédito, um direito de propriedade, em detrimento dos demais credores) e Diez-Picazo, ob. cit., pág. 483.

<sup>2952</sup> Criticam este entendimento Bustos Pueche, ob. cit., pág. 562 (advogando que o mesmo se desvaneceria quando se tratasse de um devedor com património suficientemente amplo para satisfazer todos os seus credores), Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 501 (contestando que nunca seria uma causa atípica de preferência o pacto comissório conexo com um penhor e, mesmo quanto ao pacto comissório autónomo, tal resultado seria duvidoso, pois, em virtude da retroactividade da alienação em garantia suspensivamente condicionada não se poderá falar de um concurso sobre o património do devedor, mas



Se as concepções até agora apresentadas assentam primordialmente na necessidade de protecção de interesses individuais – ora do empenhante, ora de terceiros –, algumas opiniões, partindo da cominação legalmente estabelecida para a violação do pacto (nulidade), ancoram a proibição das convenções comissórias num interesse geral, levando em consideração que a tutela dos interesses do contraente mais fraco – neste caso o devedor – ou dos terceiros credores é normalmente assegurada através de outro tipo de sanções, respectivamente a anulabilidade e a ineficácia.<sup>2953</sup>

Todavia, não existe consenso quanto à identificação desse interesse público, aludindo-se à contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública (cfr. art.º 280.º)<sup>2954</sup> ou à ordem pública económica,<sup>2955</sup> ao interesse comum de evitar a disseminação de

---

antes de revogação de actos prejudiciais aos credores), Massimo Bianca, Patto cit., pág. 717 e Il divieto cit., pág. 215 (assinalando que a sanção para os actos prejudiciais aos demais credores do devedor é a ineficácia relativa e não a nulidade – no mesmo sentido Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 70 e Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 273), Giuseppe Minniti, ob. cit. pág. 42 e segs. (constatando que a proibição vigora prescindindo da existência de outros credores relativamente aos quais operaria a regra da *par conditio creditorum* e, sobretudo, independentemente de haver ou não uma diminuição do património do devedor capaz de o tornar insuficiente para a satisfação dos demais credores, para já não falar na liberdade do devedor satisfazer um credor em detrimento dos demais sem respeito sequer pela prioridade temporal de cada um deles) Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 60 e segs. (salientando não se perceber a operatividade da proibição mesmo na ausência, em concreto, de outros credores – asseverando que “*sanzionare nella forma più grave un accordo privo di danno in confronto dei terzi creditori, solo in via, per così dire, cautelare, appare davvero sproporzionato*” –, para além do facto, quando esses outros credores existam, o devedor poder privilegiar um dos credores – por exemplo, através de uma *datio in solutum*) e Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 28 (alegando não poder ser esta a ratio da proibição pois, se assim fosse, ela não se verificaria sempre que o património do devedor fosse suficiente para satisfazer todos os seus credores quirografários, bem como quando tais credores nem sequer existissem). Já Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 66 e 67, chama a atenção para a existência de mecanismos a que os credores podem recorrer para impugnar actos que coloquem em risco a consistência do património do devedor (os chamados meios conservatórios da garantia patrimonial), para além de a proibição do pacto comissório operar ainda que o património do devedor, mesmo após a saída do bem, seja mais do que suficiente para satisfazer os credores (para além disso, o mesmo Autor contesta a vigência de um princípio geral de igualdade de tratamento entre os credores). Também Isabel Matos, ob. cit., págs. 70 e 71, duvida ser esta a razão do disposto no art.º 694.º, em razão da existência de outros mecanismos destinados à tutela dos credores em caso de esvaziamento do património do devedor, para além do facto de, se fosse este o motivo da proibição, “*tudo e qualquer acto de disposição de bens do devedor poderia importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus credores e, conseqüentemente, deveria ser proibida*” (em termos análogos, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 264, aludindo igualmente aos meios de conservação da garantia patrimonial e, por outro lado, contra-argumentando que esta justificação não colhe sempre que o património do devedor seja suficiente para pagar aos diversos credores).

<sup>2953</sup> Dá conta deste raciocínio, Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 107 e segs., salientando que o mesmo é reforçado pela afirmação da nulidade mesmo quando o pacto não seja desvantajoso para o credor ou não cause prejuízos aos demais credores. Contudo, o Autor entende ser mais sensato “*non affidarsi pregiudizialmente all’argomento della necessaria emergenza di un interesse generale in ragione del tipo di sanzione legislativa predisposta (...) ma senza per questo escludere, naturalmente, che in concreto possa ravvisarsi un interesse generale a fondamento del divieto*”.

<sup>2954</sup> Troplong, ob. cit., pág. 108, concretizando tratar-se de uma convenção através da qual uma das partes tira partido da fragilidade do devedor, enriquecendo às suas custas, concluindo que o pacto é imoral por se traduzir num “*abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d’argent*” e Diez-Picazo, ob. cit., pág. 483, considerando tais pactos imorais. Contra, Bustos Pueche, ob. cit., pág. 563, argumentando que tantos outros negócios permitem que uma das partes lucre às custas da outra, sem que a lei comine para todos esses casos a nulidade (eventualmente admite que tais considerações relevem do ponto de vista moral, mas não jurídico).

<sup>2955</sup> De acordo com Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 501, trata-se de evitar que a cláusula comissória se vulgarize, pondo em causa a adequação entre a sujeição do património do devedor e a função de garantia pressuposta pela ordem jurídica, falando, a este respeito, de um princípio de ordem pública económica (posição contestada por Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 116 e 117, alegando que, no fundo, o pacto seria

semelhantes acordos,<sup>2956</sup> à proibição de auto-tutela ou auto-satisfação do credor (impedindo que a realização dos direitos deste último possa ter lugar sem recurso às vias estaduais de tutela)<sup>2957</sup>, ao princípio da tipicidade das garantias reais,<sup>2958</sup> à

---

inválido para evitar a atribuição ao credor de um direito potestativo de se apropriar de uma coisa sem garantia de uma exacta correspondência económica entre o valor do crédito e do bem onerado, o que significa “*ancora una volta porre a base del divieto una esigenza di tutela del debitore che non sembra sistematicamente idonea a fondare una sanzione di nullità*”).

<sup>2956</sup> Troplong, ob. cit., pág. 108, concluindo, por isso, que as convenções comissórias devem ser proibidas ainda que se prove não ser o valor do bem empenhado superior ao do crédito garantido (até porque o preço dos bens é variável, podendo o bem empenhado aumentar de valor no tempo que medeia entre a constituição da garantia e a sua execução) e Isabel Matos, ob. cit., págs. 72 a 75, salientando que a divulgação desta cláusula tornaria-a usual em todos os contratos de concessão de crédito, por força da posição de inferioridade típica de quem recorre ao crédito, contribuindo para um sistema de garantias em que os bens onerados assumem uma proporção desadequada face à função de garantia. Um acérrimo defensor (e, possivelmente, o seu mentor) desta posição é Massimo Bianca, Patto cit., pág. 717 e segs., para quem o interesse subjacente à proibição “*non s’identifichi nelle singole situazioni di abuso (...) ma che attenga al pregiudizio sociale del prevalere di una siffatta forma di garanzia e degli inconvenienti che ad essa sono legati. Onde la necessità di una sanzione che impedisca preliminarmente e in radice il diffondersi del patto anziché operare successivamente attraverso il capillare controllo giudiziale degli abusi di una forma di garanzia assunta a portata generale*” (em termos semelhantes, in *Il divieto cit.*, págs. 216 a 218, falando de um interesse geral na prevenção do dano ínsito na liberdade de estipulação do pacto, impedindo que tal convenção se torne “*di stile*” e determine a criação de um “*sistema di garanzia inidoneo ad esprimere un assoggettamento del patrimonio del debitore esattamente adeguato alla funzione di garanzia. Evidentemente, nella esclusione di tale sistema è realizzata la tutela degli interessi particolari del debitore e degli altri creditori, ma una diversa considerazione di questi interessi può giustificarsi, appunto, nel quadro di un fenomeno che assuma una portata di carattere generale*”). Contra, Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 44 e segs, asseverando que uma sanção tão drástica como a nulidade não pode basear-se na simples necessidade de evitar a difusão das convenções comissórias, particularmente quando confrontado com o princípio geral da autonomia privada (nem tão pouco aceitando que se possa ancorar a proibição num suposto princípio de ordem pública económica, sendo forçoso individualizar os interesses cuja tutela possa justificar uma sanção tão radical como a nulidade) e, sobretudo, Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 118 e segs., alegando que esta teoria consiste apenas “*nell’oggettivazione (al ceto debitore de un lato, e a quello creditorio dell’altro) degli interessi tradizionalmente addotti a giustificazione del divieto*”, sendo, por outro lado, demasiado vaga e genérica na sua formulação, para além de o perigo de difusão das convenções comissórias – nomeadamente nos casos em que o devedor não o impugne com receio de não poder recorrer posteriormente àquele financiador – “*non è nel patto comissorio, più di quanto lo sia in altri casi cui l’ordinamento ricorre ad una sanzione di rescissione o di annullabilità anziché di nullità: basti pensare alla possibilità che si diffonda la pratica di approfittare dello stato di bisogno altrui o di usare violenza o di operare con dolo ove i debitori sistematicamente non agiscono in rescissione o per l’annullamento del negozio viziato*”, deixando no ar duas interrogações: em primeiro lugar, o motivo pelo qual a proibição se encontra legalmente restrita às garantias típicas (o que mal se concilia com a objectivação dos interesses supostamente subjacentes à interdição) e, essencialmente, porque “*resta inesplicabile la ragione della necessità di una tutela così energica, quando invece sarebbe stato più consonso disporre la nullità esclusivamente per l’(eventuale) eccedenza di valore, in aderenza al principio di conservazione del contratto*”, parecendo mais lógico o simples reconhecimento normativo do pacto marciano (no mesmo sentido depondo a própria norma que, em matéria pignoratícia, permite que ao credor seja adjudicada a coisa empenhada até ao limite do crédito garantido, de acordo com uma avaliação efectuada por peritos ou de acordo com o preço de mercado, norma que “*presuppone infatti il versamento di un conguaglio (...) nel caso di eccedenza di valore del bene vincolato in garanzia*”).

<sup>2957</sup> Dão conta da invocação deste argumento por parte de alguns Autores, Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 67, Isabel Matos, ob. cit., págs. 64 a 69 (argumentando ser esta a posição subscrita, entre nós, por Lebre de Freitas) e Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 408 (que o contesta, escrevendo que tal entendimento “*no puede compartirse, pues implica el olvido de los supuestos de satisfacción al margen de los procedimientos judiciales, o la misma posibilidad de ejecución cuando en garantía se constituyó una prenda irregular*”). Acérrimo defensor deste entendimento é Bustos Pueche, ob. cit., pág. 563, argumentando que a execução é matéria subtraída à autonomia privada, mas não sem reconhecer, no plano do direito a constituir, ser mais benéfico, ao menos em certos casos, o recurso à execução privada (ou, em alternativa, um juízo de cognição prévia para determinar se será ou não

reprovação das transmissões da propriedade com função de garantia,<sup>2959</sup> a um suposto limite legal à disciplina convencional da fase patológica da relação obrigacional,<sup>2960</sup> ou

apropriado seguir o procedimento de execução ordinário). Já Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 501, manifesta dúvidas, pois reconhece a ausência de uma demonstração convincente quanto à própria existência do princípio do monopólio estatal da função executiva (negam a existência desse princípio Massimo Bianca, Patto cit., pág. 717 e Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 115 – este último alegando que o mesmo é negado pela possibilidade da cessão de bens ao credor e que a única diferença entre esta figura e o pacto comissório reside no momento da renúncia à execução – no pacto comissório tal renúncia é preventiva e na cessão é sucessiva – facto esse irrelevante, porquanto não é de excluir uma cessão contextual ao surgimento da obrigação e subordinada ao incumprimento do devedor), embora assegure que “*il potere di autosoddisfacimento del creditore può essere ritenuto inammissibile laddove prospetti il rischio di un approfittamento in danno del debitore*”. As principais críticas prendem-se, designadamente, com o facto de a proibição do pacto comissório decorrer de normas substantivas, como transparece da sua inserção em normas desta índole e não de carácter processual e, ainda, porque o princípio da exclusividade do exercício da função executiva por parte do Estado encontra inúmeras excepções (nomeadamente a cessão de bens aos credores – cfr. art.ºs 831.º a 836.º – o direito de retenção e, em especial no que toca ao penhor, a possibilidade de venda extrajudicial do bem empenhado – cfr. art.º 675.º – e o pacto marciano previsto no diploma que regula o penhor financeiro, pelo que Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 266, rejeita ser este o fundamento do pacto comissório: a este respeito, no direito italiano, Francesca Fiorentini, ob. cit., págs. 272 e 273, aponta outros exemplos de auto-tutela executiva convencional reconhecidos por lei, como a compensação voluntária e a anticrese, assegurando que a doutrina, partindo destes casos, faz uma interpretação extensiva das possibilidades de auto-tutela convencional), podendo a validade do pacto comissório constituir mais uma (isto sem esquecer que a celebração de um pacto comissório não coíbe as partes de recorrer aos tribunais). Particularmente incisivo nas críticas é Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 44 e segs., atenta a faculdade das partes, ao abrigo da autonomia privada, modificarem ou extinguirem relações jurídicas (mormente através da remissão do crédito não satisfeito) e, especialmente, a liberdade do devedor dar em pagamento os próprios bens (para já não falar da possibilidade de venda extrajudicial dos bens empenhados). Rejeita igualmente este entendimento no âmbito do direito francês pré-reforma de 2006, Philippe Delebecque, L’attribution du bien cit., pág. 133, alegando que, sendo certo que o pacto comissório permite ao credor dele beneficiário obter um pagamento rápido e prioritário, não é menos certo que a consagração legal de figuras como a reserva de propriedade e a alienação fiduciária em garantia permitem questionar a manutenção da interdição, ou seja, “*pourquoi le pacte comissoire resterait prohibé, dans la mesure, du moins, où il ne procure aucune avantage excessif au créancier sur son débiteur (...) puisque, spécialement dans le droit des procédures collectives, on admet toutes les techniques permettant aux créanciers de se placer hors concours (mécanismes fiduciaires, clauses de réserve de propriété, droit de rétention...), il n’y a plus de raison - logique – pour condamner les pactes comissoires (raisonnables au regard de la situation du débiteur, c’est-à-dire sans enrichissement abusif du créancier)*”.

<sup>2958</sup> Menciona a invocação deste fundamento Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 224 e segs., enquanto a convenção comissória teria eficácia real e efeitos retroactivos, não permitindo sequer ao juiz intervir em função do devedor em caso de desproporção entre o valor do bem empenhado e o crédito garantido (discordando, porém, destes argumentos, assegurando que, se assim fosse, os pactos comissórios de natureza obrigatória seriam válidos, o que não corresponde à verdade).

<sup>2959</sup> Partidário desta opinião é Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 46 e segs., para quem a questão do pacto comissório traduz-se, ao fim e ao cabo, na “*inadeguatezza della funzione di garanzia a fondare, sotto il profilo causale, il trasferimento della proprietà di un bene*” (ou, noutras palavras, no facto de este se tratar de um interesse não merecedor de tutela aos olhos da lei, na medida em que “*tutto ciò che il legislatore richiede è la ragionevolezza del disporre che, radicandosi in un’attribuzione patrimoniale, l’interesse individuale deve necessariamente esprimere – sotto forma di cause sufficiente (interesse alla controprestazione) o di cause ragionevole (interesse al soddisfacimento di una specifica esigenza, riconducibile alla personalità dell’autore) sia essa prossima o remota*”), rematando, em consonância, que resulta irrelevante o mecanismo utilizado para obter tal efeito, uma vez que “*È al profilo causale dell’atto dispositivo, in altri termini, che si deve guardare, al fine di valutarne la liceità, e non a quello effettuale*” (por exemplo, no que especialmente respeita à venda com pacto de resgate, a sua nulidade será incontestável, sempre que a mesma configure uma alienação em garantia, seja se sujeita à condição suspensiva do incumprimento do devedor, seja sujeita à condição resolutiva do cumprimento, pois o elemento temporal da operação não parece “*idoneo ad alterare funzionalmente i termini dell’operazione, che è e resta una alienazione a scopo di garanzia, a prescindere dal momento in cui tala alienazione svolge i propri effetti*”). Nesta conformidade, o ordenamento jurídico tutela, em geral, o interesse na

da manutenção da liberdade contratual do devedor,<sup>2961</sup> ou, finalmente, na necessidade de assegurar a coerência do sistema das garantias reais típicas.<sup>2962</sup>

---

aquisição de um determinado bem (através da sua imediata aquisição por mero consenso das partes) e do credor de uma determinada prestação (compaginando-o com a necessidade de tutela de outros credores, *maxime* outros credores do devedor), surgindo a proibição do pacto comissório como modo de “*impedire che si possa, per così dire, sconfinare da un sistema ad un altro, e tutelare un interesse creditizio attraverso uno strumento, l’attribuzione di un diritto, qual è quello di proprietà, che il legislatore ha configurato e trato in un certo modo al fine di garantire la soddisfazione di esigenze di tipo diverso, nell’ambito di un conflitto di interessi affatto alieno alla problematica del credito*”. Este argumento, segundo Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 67 e 68, é usado na convicção que a ordem jurídica tutela de modo diverso as posições do proprietário e do credor, atribuindo a cada um deles um complexo de direitos e deveres diversos, não sendo lícito à autonomia privada adulterar essa tutela (por exemplo, concedendo a um simples credor determinados poderes reservados ao proprietário). Dá também conta da invocação deste fundamento Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 226 e segs., especialmente por ausência de um pressuposto essencial dos contratos, qual seja a causa (tese esta rejeitada pelo Autor, por não existir nenhuma demonstração persuasiva de tal princípio, existindo até normas que parecem indicar o contrário, especialmente o art.º 1851.º do CCI que consagra a figura do penhor irregular).

<sup>2960</sup> É a posição de Anelli (*apud* Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 122 e 123), de acordo com a qual a proibição do pacto comissório constitui “*l’espressione di un limite alla facoltà di disporre dei privati che (...) lascia in secondo piano (...) la selezione degli interessi Protetti dalla norma, i quali non possono essere assunti ad elementi idonei a fornire immediate indicazioni operative, e per l’altro individua un principio ispiratore – costituito dal disfavore dell’ordinamento verso convenzioni volte a precostituire forme di executio parata sui beni vincolati a garanzia del credito - suscettibile di essere concretizzato, e sottoposto a verifica, soltanto nell’ambito di un’analisi circostanziata delle varie fattispecie idonee a perseguire lo scopo di predisporre convenzionalmente un mezzo di attuazione coattiva del credito*”, indicando diversas normas que representariam expressão da impossibilidade de regulamentação convencional das consequências do incumprimento da relação obrigacional). Para uma crítica desta orientação, vide Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 123 e segs., para quem, embora reconhecendo a existência de limites à liberdade contratual das partes na regulamentação das consequências do incumprimento, a existência de tal princípio genérico é mais do que duvidosa, rebatendo as normas supostamente concretizadoras de tal princípio (quanto ao art.º 1229.º do CCI – que, supostamente, apenas consentiria às partes, após a verificação dos factos constitutivos da responsabilidade civil, regulamentar os direitos relativos às consequências do incumprimento, mas não regular livremente o surgimento da obrigação de indemnização antes do incumprimento – replica que tal preceito apenas impede “*il snaturamento del vincolo iuris, dato che un accordo di esonero dalla responsabilità privo di ogni limite finirebbe per rendere solo formale la giuridicità del rapporto*”; relativamente ao art.º 2937.º do mesmo Código – que, em matéria de prescrição, impediria uma disposição *ex ante* das partes, pois estas não seriam aptas para assegurar uma adequada ponderação e uma delas poderia ser alvo de abusos da contraparte – contrapondo que tal norma pretende apenas evitar que “*in difetto di un divieto di tal genere l’intero impianto complessivo dell’istituto della prescrizione ne uscirebbe compromesso*”) e enumerando outras que desmentem a vigência do mesmo princípio (a possibilidade de determinação convencional dos juros moratórios em momento anterior ao incumprimento da obrigação, a viabilidade de uma subordinação gradual entre diversas prestações – em que o incumprimento de uma determina a obrigação de cumprir outra –, a renúncia preventiva a invocar a compensação, a exclusão convencional da responsabilidade pelos vícios da coisa, a própria cláusula penal e, especialmente, o regime legal do reporte – em particular o art.º 1551.º que atribui ao credor o poder de apropriação em consequência do incumprimento), assim concluindo que tal entendimento, ao considerar a existência de uma proibição de atribuição convencional ao credor do poder de apropriação de um bem do devedor com carácter satisfatório, realiza uma interpretação extensiva da proibição do pacto comissório.

<sup>2961</sup> Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 267, dá conta desta posição, mas refuta-a, contrapondo exemplos de limites à liberdade de actuação individual consentidos pelo ordenamento (como sucede com o regime das cláusulas contratuais gerais, das cláusulas limitativas da responsabilidade civil e da própria cláusula penal).

<sup>2962</sup> Neste sentido, Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 132 e segs., afirmando que a função do penhor (e das demais garantias reais) apenas assume relevo após o incumprimento da obrigação garantida, pois só nesse momento se manifesta o carácter preferente do seu crédito e, se assim é e se “*a seguito dell’inadempimento, la cosa vincolata fosse già passata in sua proprietà, questi no avrebbe più alcun interesse pratico a far valere la garanzia*”, de modo que “*il trasferimento di proprietà, infatti, comporterebbe necessariamente l’estinzione della garanzia, col risultato di rendere impossibile*

Relativamente a este último fundamento, há quem alerte para o reconhecimento legal da validade de uma série de figuras que consagram, inequivocamente, transferências de propriedade com fins de garantia, salientando que o ponto comum a todas elas – e o pressuposto da sua licitude – reside na possibilidade de controlo do eventual excedente entre o valor do bem dado em garantia e do crédito assegurado o que, *a contrario*, significa que a proibição do pacto comissório se justifica para impedir a obtenção de semelhante resultado.<sup>2963</sup>

Para além destas formulações que poderemos apelidar de monistas, por reconduzirem a ratio da proibição a um único facto, existem outras segundo as quais a justificação radica em mais do que uma causa,<sup>2964</sup> designadamente em vários interesses de carácter geral,<sup>2965</sup> em diversos ângulos de protecção do devedor<sup>2966</sup> ou na tutela deste

---

*l'operatività della preferenza nella quale si sintetizza il suo contenuto caratteristico*". Nesta conformidade, *“l'incompatibilità logica tra garanzia tipica e patto comissorio, proprio la preoccupazione che una patto comissorio tipico potesse diventare di stile ha consigliato il legislatore nel senso di sancirne la nullità: la stipulazione comissoria, accedendo ad una garanzia tipica ne farebbe venir meno il proprium, rendendo inutile quest'ultima”*, rematando que, quando os acordos negociais relativos às garantias reais as desviem do seu intuito fundamental de satisfação preferencial em sede de execução – como sucede com o pacto comissório – os mesmos terão que ser inválidos. Segundo Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 265, esta posição encontra um antecedente histórico num escrito de Chironi de 1917 (intitulado *Ipoteca e patto commisorio*, in *Revista di diritto commerciale*, 1917, Vol. II, pág. 706 e segs.), no qual o Autor qualifica o pacto comissório como uma garantia real atípica, criadora de uma forma de preferência imperfeita e indesejável nos quadros do sistema – ou seja, o pacto comissório seria uma alienação em garantia ilícita -, com a consequência de a proibição dever ser aplicada a qualquer pacto apropriativo e meramente obrigacional (a Autora refuta esta visão, assegurando que *“estranhar-se-ia que o legislador tivesse tido interesse em criar uma norma autónoma quanto ao pacto comissório real, proibindo-o, quando a normal solução legislativa quanto à criação de direitos reais atípicos é a de que os mesmos são dotados de eficácia meramente obrigacional, por via do artigo 1306.º n.º 1 do CC”*).

<sup>2963</sup> Nestes termos se exprime, Mauro Bussani, *Il problema del patto comissorio*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, pág. 119 e segs., aludindo à venda com pacto de resgate, à possibilidade de conversão do penhor de créditos - que tenham por objecto dinheiro ou outros bens fungíveis - num penhor irregular, ao próprio instituto do penhor irregular, ao reporte com funções de garantia e ao pacto marciano. De acordo com este Autor, a interdição das convenções comissórias é o reflexo de um limite, mais amplo, imposto à liberdade contratual em matéria de responsabilidade patrimonial, no sentido da necessidade de um controlo sobre a medida em que o património do devedor se encontra sujeito à função de garantia. Neste contexto, o Autor reconduz a problemática do pacto comissório à coordenação da proibição com o sistema no seio do qual ele se integra, identificando os mecanismos idóneos a tutelar os interesses do credor (confrontado com o incumprimento do devedor) e do devedor e dos seus credores (dirigidos à reacquirição da propriedade do bem), salvaguardando sempre um equilíbrio entre o valor do crédito garantido e do bem objecto do penhor e tendo sempre presente que *“il patto comissorio vietato risulta quello che ha per obiettivo un trasferimento di proprietà a garanzia di un credito, senza che sia previsto un controllo sull'eventuale eccedenza del valore del bene rispetto a quello del credito garantito, con l'eventuale e conseguente abbligo a carico del creditore di riversare la differenza allo alienante”*, concluindo pela licitude das alienações em garantia que se alicerem no funcionamento do pacto marciano.

<sup>2964</sup> Neste âmbito se insere também a posição de Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 271 e segs., para quem três são as razões principais que motivam a consagração legal da proibição, desde logo, *“a analogia entre o negócio usurário e o acordo comissório. Depois, a difícil harmonização deste acordo com o princípio de equilíbrio ou de controlo da medida de satisfação do credor nas garantias reais típicas, em prejuízo do devedor e, também dos seus credores (comuns ou com garantia especial). Finalmente, a danosidade social que o recurso sistemático ou ilimitado a um pacto apropriativo desequilibrado é capaz de provocar”*: com base nesta ratio, a Autora considera nulo todo o acordo que corresponda a *“um mecanismo de autosatisfação apropriativa incontrolada por parte do credor”*, o que sucederá sempre que se verifique *“a ausência de mecanismos que assegurem, com efectividade e actualidade, que o valor do bem apropriado não é superior ao valor da dívida garantida ou que, sendo este o caso, o credor não se apropriará do valor em medida excedente à satisfação do seu crédito”* PIREs 271

<sup>2965</sup> É a posição de Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 501, ancorando a interdição legal nos interesses gerais de evitar uma desproporção entre o património do devedor e a função de garantia e, ainda, de proibição – ao menos tendencial – de auto-satisfação do credor. Neste contexto, a convenção comissória *“in quanto*

último e dos seus outros credores:<sup>2967</sup> na nossa praça, a sustentação da existência de uma causa plúrima para a proibição das convenções comissórias também possui adeptos.<sup>2968</sup>

---

*attribuisce al creditore poteri incontrollabili di autosoddisfacimento e così tende ad attuare un assetto di interessi riprovevole perché contrario alla funzione stessa della responsabilità patrimoniale: di qui l'illiceità della causa del patto comissorio, contraria – si potrebbe dire – a un principio di ordine pubblico economico qual è quello che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito”.*

<sup>2966</sup> Para Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 222 e segs., a interdição legal encontra o seu fundamento genérico “*nell’esigenza di tutelare l’obbligo contro gli abusi e le sopraffazioni del creditore*”, residindo a sua verdadeira justificação “*nella necessita di proteggere il debitore da entrambi i rischi*”, assim evitando que o credor “*riesca ad imporre al medesimo condizioni usurarie per la concessione del prestito (o della dilazione) ed in particolare l’attribuzione di una garanzia il cui valore sorpassi notevolmente l’ammontare del mutuo il divieto deve trovare applicazione (diretta) in relazione a qualunque concreta fattispecie nella quale il debitore risulti esposto a tutte e due queste insidie*”. Sempre de acordo com este Autor, o modo demasiado genérico como se encontra redigida a norma contendo a proibição do pacto comissório deve levar o intérprete a buscar a ratio daquela interdição no sistema, ou melhor, identificando figuras próximas expressamente admitidas por lei – penhor irregular, *datio in solutum* e venda com pacto de resgate - e procurando perceber, *a contrario*, os aspectos específicos que concorrem para a inadmissibilidade dos acordos comissórios (também Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 38 e segs., entende ser este o caminho a percorrer, falando de “*al criterio ermeneutico teleologico ci sembra si debba affiancare quello strutturale, nella ricostruzione sistematica di una disciplina organica, dotata di una propria, intrinseca coerenza lógica e giuridica*”, bem como, aparentemente, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 267 e segs., que acrescenta àqueles negócios a venda com pacto de resgate, a possibilidade de venda extrajudicial do objecto empenhado e de cobrança, por parte do credor pignoratício, do crédito recebido em penhor, com a consequente admissibilidade de retenção do suficiente para pagamento do seu crédito). No caso do penhor irregular (assim como do penhor de créditos, da cessão de bens ao credor e da cláusula penal), está ausente o risco de o devedor perder um bem de valor manifestamente superior ao crédito; na *datio in solutum*, não existe qualquer confiança do devedor numa recuperação ilusória do bem empenhado; e na venda com pacto de resgate as partes não são credor e devedor recíprocos, pretendendo realizar uma operação de troca e não de garantia. Contesta este entendimento Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 79 e segs., assegurando que, antes de mais, não explica a razão da proibição quando o bem dado em garantia seja seguramente inferior ao crédito assegurado (pois a tese sob análise conduziria à validade de tais pactos, em claro contraste com o disposto na lei); em segundo lugar, tal tese levaria à admissibilidade de convenções nas quais o devedor e o credor acordassem na possibilidade de este último ficar com o objecto da garantia, salva a obrigação de devolver a diferença, de acordo com uma avaliação efectuada por um terceiro (hipótese vedada por lei, porquanto se exige que a atribuição do bem em pagamento pressupõe uma decisão judicial); finalmente, adverte que se a ratio do preceito fosse aquela identificada pela tese que critica, seria mais congruente estabelecer com sanção uma simples redução da cláusula (e não a nulidade que a lei impõe). De acordo com uma perspectiva ligeiramente diversa (relatada por Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 224 e segs. e Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 83 e segs.), ao proibir-se o pacto comissório ter-se-ia em vista evitar expor o devedor a um duplo risco: o da desproporção entre o valor do bem dado em garantia e o crédito assegurado e, igualmente, o de perecimento do bem (alegando, ainda, que a admissibilidade legal da venda com pacto de resgate resulta de nesta o risco de perda do bem correr por conta do comprador). Por seu lado a diferença de tratamento entre o pacto comissório e o pacto marciano retirar-se-ia da circunstância de “*la prima pattuizione presenti in più rispetto alla seconda il rischio della sproporzione di valore trai l bene dato in garanzia e il credito. E per quanto anche in ques’ultima esista il rischio del perimento del bene, non potrebbe però trascurarsi che nel patto marciano il rischio del perimento non si combina, come invece nel patto comissorio, com il rischio della sproporzione*” - esta tese é criticada por Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 224 e segs. (assegurando que, a ser assim, dever-se-ia considerar válida qualquer convenção comissória na qual as partes transferissem para o credor o risco de perecimento do bem onerado) e Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 84 e segs. (para além de fazer o mesmo reparo de Luminoso, acrescenta existir pelo menos um caso – quando o credor cede um crédito em vez do cumprimento, nos termos do art.º 1198.º do CCI – em que a lei expressamente admite a cumulação do risco de perecimento com o de uma desproporção entre o valor do bem dado em garantia e do crédito assegurado).

<sup>2967</sup> É esta a posição de Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 36 e segs., partindo da distinção entre a esfera interna (entre o credor e o devedor) e uma esfera externa (entre o credor e os terceiros interessados), considerando que no primeiro plano a justificação da proibição é reconduzível à protecção do devedor (“*coartata dal bisogno impellente di denaro: il creditore, al corrente dello stato di bisogno di chi sta per*

O nosso juízo é o de que a interdição legal não pode apoiar-se (ou, ao menos, não pode apoiar-se unicamente) na necessidade de tutela do devedor, uma vez que tal justificação implicaria a anulabilidade (e não a nulidade) das convenções a ela contrárias, não apenas por não ser essa a sanção tipicamente prevista para a protecção do contraente mais débil, mas ainda porque a nulidade permite que o próprio beneficiário de tal (suposto) aproveitamento a pudesse invocar em seu favor (o que seria contraditório com o pretense intuito protector da norma em exegese).

Advogamos, por isso, que o radicar a proibição – apelando, para o efeito, ao elemento sistemático, particularmente relevante num ordenamento, como o nosso, que desconhece, ao menos expressamente e no quadro do Código Civil, a licitude da utilização da propriedade com funções de garantia – reside na necessidade de respeitar a tipicidade dos direitos reais de garantia (e, em especial, de reprimir, por via indirecta, o uso da propriedade com finalidades garantísticas) e das causas legais de preferência (bem como a respectiva hierarquia), a qual poderia ser facilmente iludida mediante o recurso àquele tipo de convenções.

Ainda que associada a uma garantia típica (é, diga-se, esse o único domínio em que a proibição se encontra legalmente consagrada – cfr. art.ºs 678.º e 694.º), a convenção comissória é susceptível de colidir com aqueles princípios basilares do ordenamento, nomeadamente ao contribuir para a eliminação da tipicidade das causas legais de preferência e, ainda, para a subversão da hierarquização destas definida por lei (com efeito, o credor preferente que lograsse obter, associado à sua garantia, um pacto comissório seria pago primeiramente, ainda que a sua causa de preferência não ocupasse o lugar cimeiro na hierarquia legal).

Este último considerando concorre para que a proibição legal não possa considerar-se totalmente alheia à tutela dos demais credores do empenhante, seja dos

---

*diventare suo debitore, esige, per la concessione del credito il maggior vantaggio possibile, imponendo l'aggiunzione del patto*”, particularmente no caso do penhor, uma vez que “*per l'oggetto costituito in pegno per il quale non può accadere che più garanzie si costituiscono sopra di esso*”), enquanto no segundo radica na necessidade de tutela dos demais credores e no desvirtuamento das garantias reais quando a elas esteja associada uma convenção comissória (pois “*il pegno e l'ipoteca tendono a fare sì che il creditore recuperi il denaro prestato, e non altro che il suo denaro (...) sarebbe contrario alla esigenza del contratto reale il patto per mezzo del quale il creditore si potesse appropriare del mobile o dell'immobile che generalmente valgono molto di più*”), entendimento este que encontra acolhimento, por exemplo, no aresto do Tribunal de Trento de 18/2/1975, citado e parcialmente transcrito por Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 63, onde se pode ler que “*il divieto è comminato in vista della finalità di proteggere il debitore da indebite pressioni del creditore ed, in pari tempo, di tutelare gli altri creditori rispetto alla garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore medesimo*”. Esta posição é contestada por Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 71 e segs., (realçando que “*quando la legge si propone di tutelare unicamente interessi individuali appresta degli strumenti la cui operatività è rimessa all'apprezzamento del soggetto tutelato, che può decidere di non avvalersene. Non così, invece, ove l'interesse tutelato sia superindividuale, ancorché la sua (concreta) lesione dipenda da comportamenti negoziali dei privati*”), por Massimo Bianca, Il divieto cit., págs. 216 e 217 e Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 274 (notando que esta tese não explica o porquê da violação do pacto comissório ser sancionada com a nulidade, sanção esta diversa daquelas – anulabilidade ou ineficácia - que a ordem jurídica comina para tutela dos interesses particulares do contraente mais fraco ou de terceiros).

<sup>2968</sup> É o caso de Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 94 e segs., para quem a ratio da proibição “*é plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade que corresponde a um interesse geral do tráfico, de não serem falseadas as regras do jogo, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais*”, desembocando a generalização do pacto comissório “*na institucionalização de castas entre os credores, fora das vias transparentes e objectivas que justificam as excepções ao princípio da par condicio creditorum*” (Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 268, salienta ainda como no Acórdão do STJ de 21 de Dezembro de 2005 foi invocada esta fundamentação da proibição legal).

credores comuns (evitando a diminuição do património à sua disposição), seja dos preferentes (cujas causas de preferência seriam ser suplantadas pelo beneficiário dos pactos comissórios).

Aceitamos, por isso, que a inibição legal das convenções comissórias assenta em interesses *supra* privados (nomeadamente de protecção de uma das partes na relação contratual), isto é, na valoração negativa que as mesmas merecem ao ordenamento jurídico vigente, em razão da contrariedade a alguns dos seus princípios fundamentais (mais precisamente a tipicidade dos direitos reais e das causas legais de preferência e, acessoriamente, a *par conditio creditorum*) e, reflexamente, na protecção do empenhante e dos seus credores.

### 4.3 - Delimitação do âmbito da proibição

Depois de identificada a ratio da inadmissibilidade das convenções comissórias, impõe-se tentar solucionar uma multiplicidade de problemas relacionados com o âmbito da proibição, uma vez que a resposta a dar à primeira questão condiciona, de modo inequívoco, a solução a dar à segunda.<sup>2969</sup>

Parece, todavia, haver alguns pontos em que o consenso impera, quais sejam a existência de uma obrigação cujo incumprimento conduzirá à transferência automática do bem para o credor<sup>2970</sup> e, sobretudo, a irrelevância da presença de uma data limite para o vencimento dessa obrigação.<sup>2971</sup>

#### 4.3.1 - O pacto comissório obrigacional

Discute-se, desde logo, se o veto legal do pacto comissório alcança também o pacto comissório obrigacional, nos termos do qual, em caso de incumprimento da obrigação garantida, credor adquiriria, não a propriedade do bem (pacto comissório

---

<sup>2969</sup> Salienta a interligação entre o âmbito da proibição do pacto comissório e o fundamento daquela interdição (“*só a partir da compreensão das razões da interdição legal do pacto é que se pode determinar se as normas que o proíbem são ou não o afloramento de um princípio geral e, no caso afirmativo, qual o alcance deste*”), Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 64. Que a posição adoptada acerca da razão de ser da proibição condiciona a solução a dar relativamente ao âmbito de aplicação da mesma é exemplarmente demonstrado por Mauro Bussani, Il problema cit., pág. 117 e segs., do seguinte modo: caso se entenda que o fundamento da interdição reside na inderrogabilidade do procedimento executivo, aquela não alcança os acordos desvinculados da constituição de garantias reais típicas, os chamados pactos comissórios autónomos; para quem retenha que a razão de ser da norma repousa na necessidade de protecção do devedor ou dos seus outros credores, dela exorbitaram os pactos economicamente equilibrados ou que prevejam a venda do bem a preço de mercado, assim como aqueles nos quais o bem é alienado por um terceiro em garantia de um débito assumido por outrem; por último, se o motivo determinante da proibição radica na circunstância de o devedor suportar o duplo risco de desproporção entre o valor do bem dado em garantia e do crédito assegurado e, ainda, do perecimento do bem, a ela escapam as convenções nas quais a transferência da propriedade do bem para o credor seja contemporânea do nascimento da obrigação garantida ou nas quais se preveja a assunção do risco de perecimento do bem por parte do adquirente. Em termos parcialmente discordantes, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 263, entende que “*a discussão em torno da razão de ser da sanção é largamente improfícua, desviando-nos do apuramento do fim da proibição*”.

<sup>2970</sup> Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 270, menciona que, por ser assim, algumas decisões judiciais afirmam que a inibição legal não vigora quando se comprova que a obrigação já se tivesse extinto no momento da alienação do bem.

<sup>2971</sup> Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 271, considera, por isso, nulos os pactos comissórios associados a um contrato de mútuo que não preveja um prazo para restituição da quantia mutuada, bem como daqueles em que não se indique o montante devido.



tradicional ou real), mas um direito a obter a transmissão desse bem ou, noutros termos, o devedor assume apenas a obrigação de transferir a propriedade do bem para o seu credor em caso de inadimplemento.<sup>2972</sup>

A generalidade da doutrina nacional<sup>2973</sup> e estrangeira pronuncia-se pela invalidade deste tipo de convenções, especialmente tendo em conta a probabilidade de causar os mesmos prejuízos do pacto com eficácia real.<sup>2974</sup>

---

<sup>2972</sup> Enquadram-se no âmbito dos pactos comissórios obrigacionais os contratos promessa de compra e venda com pacto de resgate, sempre que se demonstre que o mesmo dissimula um mútuo com pacto comissório, de modo a que “*il promittente venditore, in relazione ad un debito suo o di un terzo nei confronti del promittente compratore, si obblighi a stipulare il contratto definitivo nel caso nel quale l’obbligazione non venga estinta*” – Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 157 e 158.

<sup>2973</sup> A favor da invalidade do pacto comissório obrigacional pronunciam-se Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 218, muito embora admita a validade do pacto de acordo com o qual se reconheça ao credor um crédito à transmissão da propriedade, desde que esse efeito não se encontre relacionado com a não satisfação do credor, ou seja, se aquele crédito compreender, não apenas a hipótese de incumprimento, mas também a hipótese de o credor ser tempestivamente satisfeito (justificando a validade deste pacto com o facto de não estar sujeito aos inconvenientes do pacto comissório, representando antes um mero contrato-promessa, idêntico a tantos outros), Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 33, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 58, nota 160, Isabel Matos, ob. cit., pág. 94 (por entender que a validade deste tipo de cláusulas constituiria uma forma demasiado fácil de contornar a proibição legal), Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 272 e Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 70 e 71. Este último Autor aplaude uma decisão judicial que procedeu à qualificação de um contrato-promessa como pacto comissório, por entender que “*um resultado económico semelhante ao que se pretende evitar é conseguido pela celebração de um contrato-promessa graças à possibilidade de execução específica*”, especialmente quando, como no caso em questão, “*o contrato-promessa parece ter tido apenas a função de garantir o cumprimento do mútuo anteriormente celebrado. Não só não houve qualquer preço real e efectivamente recebido, como, segundo o protocolo de acordo, o credor e promitente-comprador apenas poderia exigir a execução do contrato-promessa se a dívida não tivesse sido paga num determinado prazo*” (qualificando tal pacto como nulo e não como simples negócio simulado).

<sup>2974</sup> Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 505, relativiza o facto de o efeito real se produzir apenas após a verificação do incumprimento e exigir uma ulterior manifestação de vontade e, por outro lado, de a simples promessa de transferência expor o credor ao risco de alienação do bem a terceiro por parte do devedor (risco evitado se a transferência estiver sujeita a uma condição suspensiva), contrapondo que “*la mancanza di un traferimento automatico è perfettamente supplita dall’ammissibilità di una esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre*”, no mesmo sentido se pronunciando Massimo Bianca, Patto cit., pág. 716 (distinguindo esta promessa de transferência para o caso de incumprimento do devedor da cláusula penal, uma vez que naquela existe uma predeterminação da liquidação de uma parcela individualizada do património do devedor em favor do credor). Já Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 158 e 159, embora se pronuncie pela invalidade de semelhantes convenções quando versem sobre um objecto já onerado com uma garantia (com o argumento que estas evitam o recurso ao processo executivo e, assim, a possibilidade de produção de efeitos das garantias reais típicas, considerando irrelevante a circunstância de a atribuição do bem, em caso de incumprimento, não ser automática), não comunga da mesma opinião relativamente aos casos em que o bem em causa não esteja abrangido por nenhuma garantia real. Também Francesca Fiorentini, ob. cit., págs. 264 e 265 mostra-se igualmente contrária à admissibilidade do pacto obrigacional, alegando que este produz os mesmos efeitos da convenção interdita por lei, conforme se atesta pela possibilidade de o credor recorrer à execução específica em caso de incumprimento do acordo por parte do devedor (não deixa, porém, de citar um Autor defensor da posição contrária, invocando que no pacto obrigatório não se verifica qualquer transferência do direito e que esse é o pressuposto da convenção comissória proibida por lei). Finalmente Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 178 (além de noticiar a posição conforme da jurisprudência), escreve que “*il patto commissorio presenta, sia nel caso di un’efficacia reale che in quello di un’efficacia obbligatoria, l’identico contenuto, di attribuzione di un determinato bene a diretto soddisfacimento del creditore per l’eventualità che l’obbligazione non sia adempiuta*”, recusando a objecção relacionada com a ausência de proibição legal expressa, contrapondo que “*la proibizione di un certo risultato, individuato attraverso il mezzo che lo realizza direttamente, non esclude che il giudizio di illiceità, qualificandole come fraudolente, quelle combinazioni di negozi che raggiungono ugualmente il risultato proibito*” (quando muito, admite que a diferença entre os pactos reais e obrigacionais resida na possibilidade de, neste segundo caso, o devedor, praticando um acto de

#### 4.3.2 - O pacto comissório *ex intervallo*

Debate-se igualmente se o pacto comissório será inválido unicamente se acordado no momento da constituição do penhor ou, pelo contrário,<sup>2975</sup> a invalidade atingirá também as convenções estipuladas em momento posterior, os chamados pactos comissórios *ex intervallo*<sup>2976</sup> (podendo, a nosso ver, esta última posição encontrar apoio na própria redacção do art.º 694.º, na medida em que este veda as convenções comissórias celebradas antes ou depois da constituição da garantia),<sup>2977</sup> mesmo que após

---

disposição – acto esse ilícito - prejudicar o direito do credor a obter um determinado bem: todavia, este mesmo acto de disposição poderá ser praticado pelo devedor vinculado por pacto com eficácia real antes do vencimento da obrigação assegurada).

<sup>2975</sup> Uma vez que lei não o diz expressamente, discute-se se o pacto comissório acordado em momento anterior ao da constituição da garantia se deverá considerar nulo, parecendo que a resposta a dar seja a mesma que se dê a respeito dos pactos autónomos – neste sentido, Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 166 e 167.

<sup>2976</sup> Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 461 e 462, alude a duas modalidades diversas, uma em que o pacto é celebrado no momento da constituição da garantia, embora o crédito garantido fosse anterior; a outra, é aquela em que o pacto comissório é estipulado após o surgimento da obrigação garantida e a constituição da garantia: em qualquer dos casos e pese embora o risco de simulação (colocando no acordo uma data posterior à da constituição da garantia e/ou da obrigação, quando na realidade todos os negócios foram celebrados na mesma data), o Autor não o considera suficiente para, de modo geral, invalidar este tipo de convenções (sem prejuízo de, quando tal simulação for provada, privar o acordo de qualquer eficácia).

<sup>2977</sup> Em termos análogos se exprime o art.º 2744.º do CCI. Propendem para esta solução Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, págs. 218 e 219, por entender que a necessidade de protecção do devedor face às suas próprias necessidades económicas se faz sentir mesmo após a contratação da garantia e mesmo após o vencimento do crédito garantido, pois ainda nesse momento poderá o empenhado obter alguma vantagem em troca da celebração do pacto comissórios (por exemplo, uma dilação do prazo ou a admissibilidade de pagamento em prestações), Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 69 (assegurando que os riscos de usura e de exploração da fragilidade do devedor não se manifestam apenas no momento da concessão do crédito), Isabel Matos, ob. cit., págs. 89 a 91 (atendendo ao facto de o devedor poder estar com dificuldades em cumprir as suas obrigações para com o credor, sujeitando-se, por isso, à estipulação de um pacto comissório como condição de obtenção de uma dilação do prazo de cumprimento da obrigação), Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 272, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 33, Sofia Maltez, ob. cit., pág. 60, nota 164, Faggella, ob. cit., pág. 145 (acrescentando ser indiferente estar ou não vencido o crédito garantido, mas admitindo a possibilidade de o devedor vender o bem empenhado ao credor), Chironi, ob. cit., págs. 535 e 536 (afirmando que “*qualunque sia il tempo in cui è stipulato il patto è colpito da invalidità*”, alegando que a liberdade do empenhante está tolhida, por exemplo, se, para obter uma dilação do prazo, aceita subscrever uma cláusula comissória), Guillouard, ob. cit., págs. 183 e 184 (fundamentando-se no facto de a lei francesa proibir em termos absolutos os pactos comissórios e por entender que as razões da interdição estão igualmente presentes, eventualmente com menor intensidade, neste tipo de convenções), Troplong, ob. cit., pág. 109, Piedlièvre, Les sûretés cit., págs. 186 e 187, Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 75 (por entenderem que a pressão sobre o devedor apenas cessa quando este liquide a dívida, mas reconhecendo ser a posição contrária a dominante na jurisprudência, imaginando que tal posição se deve antes à necessidade de minorar os efeitos de uma proibição por muitos considerada desactualizada), Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 294 (entendendo ser indemonstrável que o argumento da maior liberdade do devedor após a constituição da garantia), Diez-Picazo, ob. cit., pág. 484 (pois, concedendo que o empenhador já não se encontra sob pressão do credor, tal estipulação não deixaria de representar um prejuízo para os demais credores, para além de representar um risco de simulação quanto à data da efectiva celebração do pacto), Bustos Pueche, ob. cit., pág. 566 e, com dúvidas, Simler e Delebecque, Droit civil cit., pág. 465, bem como o §1229 do BGB (que, ao estabelecer a proibição do pacto comissório, veda este tipo de convenções até ao momento em que o credor adquira o direito de venda do bem empenhado, ou seja, até à data do vencimento do crédito garantido). Em especial Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 50 e segs., rebate o argumento da suposta ausência de coação sobre o devedor, alegando que, pelo contrário, “*chi il prestito ha già ottenuto è legato*

o vencimento da obrigação garantida (a validade das convenções acordadas após este momento pode fundamentar-se, por identidade de razão, no reconhecimento legal da dação em pagamento).<sup>2978</sup>

Os defensores da legitimidade de tal convenção apoiam-se, sobretudo, na ausência de pressão sobre o devedor no momento da sua celebração, ao invés do que sucede nos pactos comissórios acordados *ab initio*.<sup>2979</sup>

---

*mani e piedi al suo creditore che gli può molto più agevolmente imporre la agguizione del patto: la maior ratio prohibitionis è evidente*”, enquanto Philippe Delebecque, L’attribution du bien cit., pág. 127 e segs., apesar de notar a tendência jurisprudencial no sentido da admissibilidade dos pactos comissórios *ex intervallo*, critica-a, advertindo que “*le débiteur esta u contraire plus affaibli pendant cette période et plus incité de transiger avec son créancier dans des conditions qui ne lui sont pas forcément favorables*”.

<sup>2978</sup> Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 272 e Isabel Matos, ob. cit., págs. 91 e 92, sempre que a celebração do pacto funcione como uma contrapartida pelo facto de o credor conceder ao devedor determinadas vantagens (por exemplo, uma dilação do prazo). Quando tal não suceda e como afirma a última Autora mencionada, “*não exclui nem prejudica a possibilidade e licitude da dação em pagamento mesmo que tenha por objecto exactamente a mesma coisa que tenha sido dada em garantia. O que se proíbe é o pacto que preveja a transmissão da coisa para o credor no caso de o devedor não cumprir, seja esse pacto celebrado em simultâneo ou posteriormente à constituição da garantia. Não está, pois, vedado que o credor e devedor acordem na transmissão da coisa para o credor em pagamento, extinguindo-se a obrigação do devedor por dação em pagamento*”. Por outro lado e como salientam os dois primeiros Autores citados, o pacto comissório, por sua própria natureza, só se compreende quando anterior ao vencimento do crédito (o próprio art.º 694.º dispõe “no caso de o devedor não cumprir”). Conforme se referiu anteriormente, o CCB admite expressamente esta possibilidade no seu art.º 1428.º, sendo a mesma defendida, no direito espanhol, por Reglero Campos, Ejecución cit., págs. 435 e 436 (alegando não existir já uma pressão sobre o devedor, uma vez que “*El hecho de que el acreedor vaya a ejecutar el bien sujeto a la garantía no puede considerarse, obviamente, como una circunstancia que implique el aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor. Lo único que hace el acreedor es ofrecer un medio solutorio distinto del pago (dación en pago) que el deudor podrá aceptar o no*” e constatando que efeitos análogos se produzirão se o credor vier a adquirir o bem em sede de execução judicial), Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 415 e 416 (alegando que nada impede que a convenção comissória seja celebrada após o vencimento do penhor – tal como sucede com a dação em pagamento – devendo, porém, exigir-se a demonstração que a convenção é posterior ao vencimento da garantia: se assim for, “*desaparecen las causas que desaconsejan este pacto (...) nada constriñe al deudor a aceptar tal pretensión, y por otra parte, este pacto es quizás más beneficioso para el deudor que la venta forzosa del bien*”, ou seja, “*una vez vencida la obligación, el acreedor y el deudor son libres de convenir que el primero se quede con la cosa en pago*” - invocando este último Autor em abono da sua posição o exemplo do direito alemão) e Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1866 (admitindo a validade do acordo, celebrado após o vencimento da obrigação garantida, nos termos do qual o credor se dá por pago através da entrega do bem previamente onerado, embora ressalve a eventualidade de ocorrência de prejuízos para os outros credores do devedor, cuja reparação pode ser exigida através do exercício dos mecanismos legalmente previstos para impugnar as adjudicações fraudulentas). Pelo contrário, Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 50 e segs., advoga, mesmo que o pacto tenha sido celebrado após o vencimento da obrigação garantida, o credor “*rinuncia temporaneamente a fare valere giudizialmente il suo credito, concedendo una dilazione più o meno longa col miraggio di locupletarsi di un oggetto do valore molto superiore al suo credito*”, de modo que, tal como quando o pacto é celebrado antes do vencimento da obrigação garantida, o devedor “*ottiene una dilazione non contando se questa sposti il termine originario oppure ne istituisca uno nuovo, dopo che il primo è venuto infruttuosamente: entrambi i casi dunque esiste quella violenza della serena volontà del debitore che la legge ha sempre voluto evitare*” (o Autor admite que o entendimento contrário poderá ser fruto da redução da *ratio* da proibição à necessidade de protecção do devedor, esquecendo o intuito de reprimir a usura e de evitar o desvirtuar das garantias reais).

<sup>2979</sup> Admitem a validade deste tipo de convenções, Baudry-Lacantinerie, ob. cit., págs. 132 e 133, (argumentando que o devedor já não se encontra sob a pressão do credor, não podendo a lei presumir que, neste caso, o consentimento do devedor não tenha sido livre, mas sem prejuízo de, quando esse consentimento seja viciado, a convenção ser anulável nos termos gerais e da invalidade de negócios fraudulentos, nomeadamente quando a cláusula seja acordada no momento da celebração do contrato de penhor e redigida posteriormente), Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 120 (precisando que a convenção será válida, quer tenha sido celebrada antes, quer tenha sido celebrada depois do vencimento do crédito

### 4.3.3 - O pacto marciano

---

assegurado, por entenderem não estar o empenhador na dependência do credor, podendo defender os seus interesses e recusar cláusulas demasiado onerosas para si), Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 49 e Salvatore Romano, *Natura giuridica del pegno di crediti*, Ist. Edit. Scientifico, Milano, 1928, pág. 42 (ambos alegando que, após a celebração do contrato de penhor, o devedor deixa de estar na dependência e sob pressão do credor), Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 155 (precisamente com base na ausência de pressão sobre o devedor após a celebração do contrato), Mirabelli, ob. cit., pág. 447 (afirmando que “*quando il contratto ha avuto luogo, divenuto il debitore libero da ogni costringimento, ne potrebbe aver danno, se gli si impedisce di cedere in pagamento al creditore la cosa pignorata a quel prezzo che reputa conveniente ai suoi interessi o pure autorizzarlo a venderlo amichevolmente. Se egli può venderlo ad altri, a suo talento, perchè toglierli la facoltà di fare il contratto col creditore? Una protezione eccessiva si cangerebbe in causa di danno di colui che s'intende proteggere*”), Reglero Campos, *Ejecución cit.*, págs. 434 e 435 (argumentando que “*la peor situación del deudor se verifica en el momento en que tiene la necesidad de obtener aquella prestación, y que una vez obtenida el riesgo se traslada al acreedor (menor valor de venta de la cosa dada en garantía, insolvencia del deudor en caso de no obter una total satisfacción del derecho de crédito con la venta de aquella, etc.)*”, desaparecen las causas que aconsejan la prohibición del pacto comisorio” e, ainda, que tais convenções não são directamente proibidas por lei, devendo por isso ser enquadradas no âmbito do princípio geral da autonomia negocial, até porque muitas vezes serão mais favoráveis para o devedor do que o recurso a uma venda judicial. Todavia, o Autor assume o risco de possíveis simulações quanto à data da celebração das convenções comissórias, mas propõe combater essas possíveis fraudes exigindo a comprovação em documento autêntico ou autenticado – cfr. Reglero Campos, *El pacto comisorio cit.*, pág. 267), Veiga Copo, *La prenda de acciones cit.*, pág. 412 (invocando o argumento que o CCE, ao contrário do italiano e do português, não proíbe expressamente as convenções celebradas posteriormente à constituição da garantia e, ainda, afirmando que a generalização da proibição “*resulta discutible en alguna medida, pues no siempre determinará un perjuicio injustificado para el deudor*”), Priego Fernández, ob. cit., págs. 526 (estabelecendo um paralelismo com a datação em pagamento, figura perfeitamente lícita), Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1866 (uma vez que “*cuando se conviene en los momentos señalados, al no concurrir las adversas circunstancias de las que deriva el riesgo de perjuicios para el deudor, éste no aparece constreñido inevitablemente a su asunción*”), Albaladejo, *Derecho Civil III cit.*, págs. 705 e 706 (reconhecendo, porém, o risco de simulação, traduzida na pré-datação da convenção que, afinal, teria sido concluída na mesma data da garantia; por outro lado, aceita que a própria letra da lei aponta no sentido da proibição dos pactos *ex intervallo* – ao estabelecer uma interdição *tout court* -, mas entende que estes escapam ao espírito da mesma, devendo antes ser enquadrados no âmbito do princípio geral da liberdade contratual), Cordero Lobato, *Comentario cit.*, pág. 2138 (pronunciando-se a favor da validade dos pactos “*que, aun entrañando una apropiación, se producen después de la concesión del crédito*”, sem prejuízo da possibilidade de anulação por parte dos demais credores, em caso de fraude) e Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 208. Porém, a generalidade destes Autores asseguram que a convenção deverá ser anulada quando, em fraude à lei, seja acordada no momento da celebração do contrato e a sua redacção seja retardada alguns dias – vide, entre outros, Ancel, ob. cit., pág. 116, Weil, ob. cit., págs. 95 e 96, Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 265 (citando decisões judiciais nesse sentido), Théry, ob. cit., pág. 328 e Puig Brutau, ob. cit., pág. 45 (apenas se a convenção for posterior ao vencimento da dívida garantida), Reglero Campos, *Ejecución cit.*, págs. 434 e 435 e Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 208, nota 697 (assegurando ambos que para evitar este risco bastará exigir a aposição de data certa a este tipo de convenções) e Daniel Fasquelle, ob. cit., pág. 35 (noticiando ser esta a posição maioritária da jurisprudência, admitindo assim que devedor e credor acordem que, em caso de incumprimento, este último adquira o bem onerado ou que o possa alienar sem autorização judicial e sem observância de toda a tramitação legalmente ditada para o efeito. Todavia, o Autor esclarece que se a convenção, embora constante de um documento separado daquele em que se formalizou a constituição da garantia, for contemporânea deste, se encontrará abrangido pela proibição). Já Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés 2010 cit.*, pág. 734, realçam como a jurisprudência francesa, mesmo anterior à reforma de 2006, admitia a validade do pacto comissório *ex intervallo*, com o argumento que, após a celebração do contrato, o devedor não se encontraria em situação de debilidade (no mesmo sentido, Théry, ob. cit., pág. 328).

Uma outra hesitação prende-se com a validade do chamado pacto marciano,<sup>2980</sup> podendo este ser definido como a convenção pela qual “*em caso de incumprimento, o bem dado em garantia transfere-se ao credor, mas este é obrigado a pagar ao devedor uma quantia que corresponde à diferença entre o montante da dívida não paga e o valor do bem*”,<sup>2981</sup> apresentando como uma alternativa crível à venda coactiva do bem, tendo em conta que desta resulta normalmente um valor inferior ao seu valor efectivo.<sup>2982</sup>

Este acordo apresenta inegáveis semelhanças com o pacto comissório, dele se distinguindo pela circunstância de o credor se encontrar obrigado a entregar o excedente do valor da coisa sobre o seu crédito e, ainda, de a avaliação do bem, para esse efeito, caber a um terceiro imparcial<sup>2983</sup> (parecendo não bastar que tal avaliação seja efectuada por acordo das partes):<sup>2984</sup> com efeito, se avaliação do bem não for rigorosa e objectiva,

---

<sup>2980</sup> Esta designação parece resultar de a mesma constar de uma consulta ao jurisconsulto Marciano, constante do Corpus Iuris Civilis, mais concretamente no Digesto 20,1,16,9 (cfr. Isabel Matos, ob. cit., pág. 82).

<sup>2981</sup> Esta noção é de um Autor italiano citado por Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 70 (em termos análogos, Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 155, definindo-o como “*il patto com cui si conviene che, in caso di inadempimento, la cosa data in garanzia passi in proprietà al creditore, ma nei limiti della corrispondenza di valore della cosa con l’ammontare del credito, secondo una valutazione fatta da un terzo, e, perciò con l’obbligo del creditore di versare al debitore un conguaglio per l’(eventuale) eccedenza*”).

<sup>2982</sup> Salienta esta vantagem Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 505.

<sup>2983</sup> A este respeito Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 505, sustenta que a avaliação da coisa deverá ser atribuída a um terceiro designado de comum acordo entre as partes ou, em alternativa, de acordo com critérios previamente fixados. Ao invés, não retém suficiente “*una stima preventiva al futuro eventuale inadempimento, tale da precludere la prova di una successivamente intervenuta sproporzione tra valore del bene e ammontare del debito garantito*”, nem tão pouco “*una causale equivalenza tra valore del bene e debito garantito, non derivando da ciò un diritto del debitore a un controllo dei poteri autosatisfattivi del creditore*” (em termos aproximados, Massimo Bianca, Patto cit., pág. 718).

<sup>2984</sup> Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 70 e segs., entende não bastar para a qualificação de uma convenção como pacto marciano o facto de existir uma referência ao valor real do bem e à obrigação de restituir a diferença pelo credor, sendo antes imperativo “*um mecanismo neutro e objectivo de avaliação do valor do bem no momento do incumprimento, o qual consistirá na nomeação de um terceiro como avaliador. Não pode, contudo, ser suficiente a avaliação preventiva do bem pelas partes ou a mera referência, no pacto, a um valor real que nada garante ser verdadeiro e não ter sido antes extorquido pelo credor ao devedor, abusando da posição de debilidade e vulnerabilidade económicas em que este se encontra*”. Já Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 430 e segs., depois de constatar que a proibição do pacto comissório “*no debe alcanzar a aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable commutatividad. Ello ocurrirá cuando se pacte que, en caso de impago por el deudor, el acreedor podrá adquirir la cosa, siempre que el precio (o la contraprestación) no se identifique con el valor de la prestación debida, sino que se acuerde su fijación por mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo*” (ou, noutros termos, “*si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente (con abono de la eventual diferencia en más)*”), não admite que entre tais mecanismos possa caber a fixação do preço por acordo das partes, mesmo que este preço seja superior ao valor da prestação devida, porquanto tal previsão “*puede esconder con facilidad prácticas fraudulentas*” (em termos aproximados, Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., págs. 1865 e 1866, salienta como “*existe riesgo idéntico al que se deriva del propiamente comisorio, pues, por las mismas razones que fuerzan al deudor a admitir éste, puede verse constreñido a consentir que, aun siendo muy superior, se fije una valoración de la cosa igual o menor al importe de la deuda*”). Guillarte Zapatero, Comentario cit., pág. 460, mostra uma maior abertura pois, apesar de considerar que a avaliação pelos interessados no momento da constituição da garantia apresenta os mesmos riscos – apropriação, por parte do credor, de um bem de valor notoriamente superior ao valor do seu crédito - de um pacto comissório, acrescenta “*generalizar sin más la ineficacia del expresado acuerdo, aunque se ponga de manifiesto que la valoración fue ponderada y justa, puede resultar contrario a los propios y verdaderos*

o mecanismo de extinção da obrigação tende a aproximar-se perigosamente das convenções comissórias.

Alguns admitem a validade deste tipo de convenções, tendo em conta a inexistência do risco de o credor se locupletar com a divergência entre o valor do bem e o montante do seu crédito (porquanto essa eventual diferença terá que ser restituída ao devedor)<sup>2985</sup>, o facto de o mesmo não ser expressamente mencionado na norma que

---

*deseos de los interesados, cuya decisión aparece sustituida por una solución fundada en circunstancias carentes de realidad”.*

<sup>2985</sup> A favor da validade da convenção marciana, argumentando que tal pacto impede o aproveitamento do estado de necessidade do devedor, vide Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 71 (este Autor considera que o acordo pode até ser vantajoso para o devedor, tendo em conta que da venda em processo executivo normalmente resultará um valor inferior ao valor real desse mesmo bem), Romano Martinez, e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 176, Isabel Matos, ob. cit., págs. 84 e 88 (embora com a ressalva “*que a avaliação do bem seja feita apenas no momento do vencimento da obrigação, de forma imparcial e de acordo com critérios objetivos*”) Sofia Maltez, ob. cit., pág. 61, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 134 a 136 (asseverando que “*só deve ser considerada como venda comissória aquela em que a função da garantia se traduz numa vantagem injustificada para o credor, o que permite, a priori, considerar lícito o pacto marciano*”, uma vez que com “*congruência entre o valor do bem onerado e o valor do crédito garantido o pacto marciano será lícito. Dito de outro modo, o valor do bem e o montante da dívida devem equivaler-se*”), Faggella, ob. cit., pág. 145, Chironi, ob. cit., pág. 536 (argumentando que, neste caso, “*il creditore riceve non il valor della cosa, ma la cosa stessa in proporzione del valore garantito, e deve il prezzo eccedente*”), Troplong, ob. cit., pág. 110, Guillouard, ob. cit., pág. 186 (notando, todavia, os dois derradeiros Autores que a avaliação deverá ter lugar no momento do vencimento da obrigação garantida e não no momento da celebração do contrato, tendo em conta as oscilações de valor que o mesmo possa vir a sofrer a menor liberdade do devedor nesse momento), Francesca Fiorentini, ob. cit., págs. 266 e 267 (acrescentando o argumento da ausência de qualquer predeterminação do preço da venda em função do valor do crédito garantido), Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 72 e segs. (esclarecendo que o credor que proponha uma cláusula destas “*non si assicura che lo scrupoloso ammontare del suo credito e non un soldo di più; dall’altro non esigendo una garanzia giugulatoria, non si può dire coarti la volontà di colui che gli chiede denaro*”, enquanto o devedor, por seu turno, “*non perde nel caso di applicazione della clausola, più di quanto in definitiva dovrebbe sempre dare al suo creditore*”, para além das vantagens que decorrem da não sujeição aos inconvenientes de uma venda judicial, da qual poderia até resultar um montante inferior), Malo Concepción, ob. cit., pág. 839 (afirmando que “*será válido el pacto por el que se acuerde que, incumplida la obligación principal, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquélla con el de la deuda, en la concurrencia de ambos y con abono de la eventual diferencia en más*”, entendendo o Autor que esta avaliação objectiva resulta, designadamente, da cotação oficial dos valores mobiliários transaccionados em bolsa), Mejias Gomez, La prenda cit., pág. 239 (considerando “*válida la figura del pacto comisorio en la hipótesis en la que al acreedor se le ha concedido la facultad de hacer suya la cosa por un precio a determinar por un tercero en la medida adecuada al valor de la cosa, si bein dicho tercero, a nuestro juicio, debe ser un experto en su valoración*”), Veiga Copo, La prenda de acciones cit., págs. 413 a 415 (afirmando que “*Si las partes salvaguardan en todo momento las relaciones de proporcionalidad entre el valor efectivo del objeto gravado y el montante del crédito, pero al mismo tiempo velan por el destino que se ha de conferir al sobrante – superfluum – del objeto garantizado respecto al crédito que garantiza, no parece que existan razones para prohibir semejante pacto*”), Priego Fernández, ob. cit., págs. 526 a 528 (considerando válidos os pactos em que, por um lado, não esteja comprometida a liberdade do devedor e, por outro, o valor da garantia seja fixado com base em critérios objetivos ou de mercado, concluindo que o pacto marciano preenche estas duas condições), Paz-Ares Rodriguez, ob. cit., pág. 1865 (sustentando ser válido “*el pacto en cuya virtud, vencida e impagada la obligación, se faculta al acreedor para adjudicarse la cosa gravada en pago, estimada en su verdadero valor, fijado con arreglo a criterios objetivos, de manera que la deuda se compense en la parte concurrente y el acreedor satisfaga al deudor el exceso que, sobre el importe de ésta, represente la valoración establecida*”) Guillarte Zapatero, Comentario cit., págs. 460 e 461 (embora não aluda directamente à figura do pacto marciano, o Autor proclama como critério de validade dos casos duvidosos “*si, como consecuencia del mismo, se otorga o no al acreedor la posibilidad de adueñarse de la cosa automáticamente, vencida la obligación, y sin que entren en juego los remedios pertinentes encaminados a la obtención de una justa valoración de aquella. De lograrse ésta, aunque el acuerdo facilite la apropiación por el acreedor de la cosa gravada, no debe estimarse su nulidad. Si puede así generalizar que será válido el pacto por el que se acuerda que,*

proíbe o pacto comissório<sup>2986</sup> e, ainda, o reconhecimento legal expresso de figuras produtoras de efeitos análogos.<sup>2987</sup>

Todavia, este entendimento está longe de ser unânime,<sup>2988</sup> sendo a invalidade do pacto marciano sustentada especialmente por quem advogue que o fundamento da inibição das convenções comissórias não repousa na tutela do devedor.<sup>2989</sup>

---

*incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquélla con el de la deuda, en la concurrencia de ambos, y (...) con abono de la eventual diferencia en más*” e, em termos ainda mais enfáticos, in Albaladejo, Derecho Civil III cit., pág. 705, “*de lo que no hay duda es de que si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que le acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente (con abono de la eventual diferencia en más)*” – apontando como exemplo os bens com um preço de mercado – concluindo que “*en tal caso no existe pacto comisario, o si se estima que sí, pensando que el que hay no es de los que según el espíritu de la ley están prohibidos (que lo serían sólo aquellos en los que se pacte la apropiación de la cosa por el acreedor, valga lo que valga)*”). Finalmente e ainda no mesmo sentido, vide Cordero Lobato, Comentarios cit., págs. 2138 e 2139 (admitindo a validade dos pactos de aquisição “*donde el precio de adquisición, por estar referido a un valor objetivo, no desequilibra el sinalagma*”, apontando como exemplo os pactos relativos à aquisição de acções cotadas em bolsa ou de créditos).

<sup>2986</sup> Quanto a este último argumento, vide Isabel Matos, ob. cit., págs. 84 e 88, acrescentando que a validade do pacto marciano pode retirar-se da legitimidade das partes acordarem, em momento posterior ao vencimento da obrigação garantida, na venda do bem dado em garantia por qualquer preço (no mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 718).

<sup>2987</sup> É o caso da *datio in solutum* (através da qual, após a constituição da garantia e o vencimento do crédito assegurado, as partes acordam que o credor se aproprie da coisa onerada para pagamento da dívida) e da venda convencionada entre o credor o devedor após a constituição da garantia (antes ou depois do vencimento do crédito). Contudo, Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 80 e 81, reconhece que qualquer destes negócios se encontra sujeito a condições: no primeiro caso, apenas será admissível a *datio in solutum* simples – em que o valor da coisa corresponde ao do crédito ou, sendo superior, o credor deverá restituir a diferença ao devedor – mas não a *datio in solutum pro debito* (na qual o credor recebe a coisa pelo montante do crédito); relativamente à venda, se o preço indiciar uma falta de correspondência com o valor real do bem poderemos estar perante um pacto comissório encapotado.

<sup>2988</sup> No rol dos que contestam a licitude do pacto marciano incluem-se Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 219 (ainda que o bem empenhado tenha um valor fixo de mercado, por entender subsistir o perigo de o credor se apropriar de um bem que o empenhador não desejava vender-lhe nessas condições, não fora a sua dificuldade económica) e Bustos Pueche, ob. cit., pág. 566 (embora de forma não muito clara). Especial referência merece a posição de Giuseppe Minniti, ob. cit., pág. 58 e segs., que – depois de sustentar que o motivo subjacente à proibição do pacto comissório é a inidoneidade da função de garantia para justificar a transferência da propriedade de um bem – realça que o mesmo se deverá dizer dos pactos marcianos, porquanto o assegurar da correspondência entre o valor do bem alienado e do crédito garantido “*non si sembra possa incidere sul profilo causale dell’operazione, sì da supplire alla rilevata insufficienza della causa di garanzia a fondare e giustificare l’attribuzione del bene in proprietà*” (recusando, por outro lado, que a validade das convenções marcianas possa ser deduzida a partir da norma que consagra o penhor irregular – asseverando que o art.º 1851.º constitui um preceito específico, apenas aplicável quando o penhor incida sobre bens fungíveis e consumíveis, sendo a garantia acessória de um financiamento bancário e, por isso, não será admissível dele retirar um princípio geral de admissibilidade do pacto marciano – e, mais genericamente, que a solução contrária só será admissível para quem considere que o fundamento da interdição das convenções comissórias reside na necessidade de protecção do devedor).

<sup>2989</sup> Assim, Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 156 e 157, que, depois de apontar como *ratio* da proibição do pacto comissório a necessidade de salvaguarda das garantias típicas, advoga que o pacto marciano não se pode subtrair a tal interdição, considerando “*irrelevante la circostanza che essa è comunque idonea ad evitare pregiudizi economici al debitore: e ciò perché, appunto, il divieto non si prefigge di tutelare le ragioni del debitore*”, alegando ainda que o regime civilístico do penhor requer sempre um pedido judicial prévio à apropriação da coisa empenhada. Também Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 432 e segs., alude a posições que sustentam a invalidade das comissões marcianas alegando que a razão de ser da interdição do pacto comissório – protecção dos demais credores do devedor – justifica a publicidade da alienação executiva, de modo que aqueles credores possam adoptar as medidas mais adequadas à defesa

Em nosso entender, a validade do pacto marciano, nomeadamente quando associado a uma garantia real típica como o penhor, encontra-se dependente da verificação cumulativa de três pressupostos:<sup>2990</sup> a obrigação do credor restituir ao devedor a quantia relativa à (eventual) diferença entre o valor do bem e o montante da dívida garantida; a avaliação do bem efectuada de forma objectiva e imparcial, o que implica o recurso a avaliadores e métodos de avaliação isentos e independentes (não necessariamente à via judicial)<sup>2991</sup> ou, quando os bens possuam uma cotação oficial, o uso de tal critério (pelo contrário, não parece de exigir a intervenção judicial como condição de licitude destes pactos);<sup>2992</sup> e, finalmente, a impossibilidade de o mesmo ser invocado por um credor que, no seio do concurso de credores, não seja o detentor da causa de preferência prioritária (sob pena de total subversão da hierarquia legal das causas legais de prelação),<sup>2993</sup> excepto se, eventualmente, se impuser ao beneficiário da convenção marciana o dever de, como condição de exercício do seu direito, satisfazer previamente os credores com prioridade sobre o mesmo bem.

Esta última exigência parece já aflorada no âmbito do penhor de créditos, na medida em que, tendo o mesmo crédito sido onerado em benefício de credores distintos, apenas o preferente goza do direito de proceder à respectiva cobrança (art.º 685.º, n.º 3).

Mesmo para quem aceite a validade das convenções marcianas, caberá determinar qual o momento em que a avaliação do bem onerado deverá ser efectuada, se na data da constituição da garantia ou no momento do vencimento da obrigação, surgindo esta última solução como mais adequada.<sup>2994</sup>

---

dos seus interesses, designadamente participando nesse mesmo procedimento (todavia, o Autor contesta esta posição, considerando ser discutível ser essa a finalidade dos procedimentos de execução e constatando que, na execução extrajudicial, não é exigida a notificação aos demais credores; por outro lado, destaca que o preço será fixado de acordo com critérios objectivos, ficando o eventual remanescente ao dispor desses outros credores, rematando que a solução contrária, “*llevaria a la consecuencia de que el deudor nunca podría hacer convenios con un acreedor particular, lo que sería inamissible, teniendo en cuenta (...) que a los restantes acreedores ya se les protege con las acciones rescisorias*”), posição esta não seguida pela jurisprudência espanhola dominante, que reconhece a validade das convenções marcianas.<sup>2990</sup> Similarmente, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 135, destaca como o pacto marciano assenta em dois pilares, a cláusula de avaliação do bem e a cláusula de restituição do excesso.

<sup>2991</sup> Impedindo-se, assim, a escolha de um perito da confiança do credor susceptível de efectuar uma avaliação à medida dos interesses daquele e que se deixe influenciar pelas respectivas instruções – em casos como este, será legítima a anulação, por via judicial, dos pactos marcianos nos quais “*manifestamente la stima non era che una finzione diretta a nascondere quella debitoris suffocatio che la legge vuole appunto evitare*” - Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 73 e segs.. Em termos semelhantes, Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 276 e segs. e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 135 (este admitindo, além da designação por um terceiro imparcial de comum acordo entre as partes, o recurso às regras de mercado). No entanto, mesmo procedendo assim, existem ainda alguns riscos para o devedor – como a escolha de um perito da confiança do credor susceptível de efectuar uma avaliação à medida dos interesses daquele e que se deixe influenciar pelas respectivas instruções – os quais deverão ser eliminados através da anulação, por via judicial, dos pactos marcianos nos quais “*manifestamente la stima non era che una finzione diretta a nascondere quella debitoris suffocatio che la legge vuole appunto evitare*”.

<sup>2992</sup> Acerca da compatibilidade dos pactos marcianos com a imposição de avaliação judicial dos bens em caso de atribuição em pagamento (cfr. n.º 2 do art.º 675.º), vide supra n.º 8.1 do Capítulo I.

<sup>2993</sup> Até porque, ao invés do que sucede na atribuição judicial (vide supra n.º 8.1 do Capítulo I), não haverá aqui lugar a citação e a abertura do concurso de credores.

<sup>2994</sup> Opta por esta segunda alternativa Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 73 e segs., alegando que caso a avaliação fosse realizada no momento da constituição da garantia ou antes do vencimento da obrigação garantida, “*lo stato di necessità del debitore potrebbe far sì che questi, sperando di pagare alla scadenza, accetti una stima non imparziale fatta da comparì del creditore, e per lui quanto mai svantaggiosa. La convenzione altro allora non sarebbe che un patto commissorio vero e proprio*”. Se, pelo contrário, a avaliação for efectuada na data do vencimento da obrigação, “*nulla allora vi sarà di periclosa. Il valore dichiarato sarà allora corrispondente a quello che ha la cosa in quel punctum temporis; non solo, ma il*



Finalmente, cabe realçar que se a validade das convenções marcianas é imediatamente perceptível à luz do entendimento que ancora a proibição do pacto comissório na necessidade de protecção do empenhante, não é menos verdade que a sua admissibilidade pode ser invocada para quem, como nós, adopte uma fundamentação diversa, seja reconhecendo que as convenções marcianas obtêm numa avaliação positiva do seu conteúdo típico (independentemente do efeito que o memo produza para o prestador da garantia),<sup>2995</sup> seja concluindo que, uma vez verificados os requisitos expostos, o pacto marciano em nada afecta os princípios legais – nomeadamente da tipicidade e hierarquia legal das causas de preferência - erigidos por nós como móbil primordial da interdição das convenções comissórias.

Noutra ordem de considerações, o pacto marciano, se admissível, poderá ser posto em marcha em caso de simples incumprimento parcial da obrigação garantida, respeitando, naturalmente, a proporção entre o valor do bem onerado e o da obrigação exequenda (o que significa, tendencialmente, a obrigação de restituição ao empenhante de uma quantia superior, por comparação com a hipótese de incumprimento total).<sup>2996</sup>

---

*debitore, che più nulla ha da sperare sarà ben libero di aprire gli occhi e sorvegliare l'opera dei periti*". Em termos concordantes se pronuncia Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 278, alegando que a avaliação do bem se deve pautar por critérios de actualidade e correcção, reclamando que *"a determinação final dos valores seja realizada aquando do incumprimento da obrigação e não aquando da convenção do pacto, ainda que os critérios possam estar pré-determinados"*. Aderimos, também nós, a este entendimento, porquanto uma avaliação realizada no momento da constituição da garantia, atendendo às possíveis alterações de valor do bem entretanto verificadas, não será a mais consentânea com a realidade (no mesmo sentido, vide os Autores citados em notas anteriores), precisando até que, quando medeie algum tempo entre o vencimento da obrigação garantida e a sua execução, o momento relevante será este último.

<sup>2995</sup> É a posição de Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 218 e segs., para quem a sua licitude advém do facto de, através dele, o devedor aceitar previamente a satisfação do crédito garantido de acordo com o valor efectivo dos seus bens, em alternativa à comum execução judicial (com os inconvenientes inerentes), o que exclui a aplicação de uma proibição que redundaria em prejuízo do próprio devedor *"impedendo a quest'ultimo il ricorso ad un atto di disposizione che gli assicuri, per l'eventualità dell'inadempimento, una perdita del patrimonio effettivamente proporzionata al credito da soddisfare, e in cui siano, quindi, salvaguardate le ragioni dei creditori concorrenti"*. Pelo contrário, deverão ser invalidados os pactos quando não seja assegurada a atribuição do valor efectivo aos bens do devedor, designadamente em caso de prévia sub-avaliação inicial do bem ou em que o terceiro avaliador decida com base em critérios inadequados, uma vez que *"venendo meno nel patto il carattere di strumento inteso ad assicurare il soddisfacimento secondario del creditore secondo l'effettivo valore dei beni del debitore"*. Em termos aproximados, Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 95 e 96, reconhece a validade do pacto marciano (transpondo os mesmos argumentos para reconhecer a legitimidade, nos limites da admissibilidade das convenções marcianas, de figuras em que se opera a transferência da propriedade com funções de garantia - venda a retro, a reserva de propriedade ou a locação financeira – considerando que a norma que proíbe as convenções comissórias não é uma norma geral aplicável indiscriminadamente e sem excepções a todos os casos em que as partes pretendam obter o mesmo resultado, porquanto tal interpretação conflua com o reconhecimento legal das figuras acima indicadas), considerando que *"o que a norma pretende evitar não é a aquisição pelo credor insatisfeito mas o aproveitamento da debilidade do devedor, o que leva a conferir decisivo relevo à congruidade entre o montante do débito e o valor do bem, só devendo, assim, ser tratada como venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa vantagem injustificada para o credor"* (transpondo este entendimento para as alienações em garantia, o Autor advoga que a sua licitude se encontra dependente da circunstância de o devedor ficar *"em condições de controlar ou dominar a eventual diferença entre o valor do bem alienado e o quantum do débito"*).

<sup>2996</sup> Neste sentido, Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 78 e 79, concretizando que o pacto marciano se traduz numa venda sujeita a uma condição suspensiva e que, salvo convenção em contrário, o incumprimento parcial constitui a verificação dessa condição (recusando a solução inversa – a necessidade de existência de um incumprimento total – com a seguinte questão: *"È logico pensare che il debitore restituendo al terzo convenuto solo un centesimo o anche meno dal suo debito possa provocare l'inesecuzione del patto marciano? E ciò sarebbe anche morale"*).

Um exemplo recente de reconhecimento normativo do pacto marciano pode buscar-se no art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio,<sup>2997</sup> em matéria de penhor financeiro, ao admitir que o credor pignoratício possa, em caso de cumprimento da obrigação garantida, fazer seus os instrumentos financeiros recebidos em garantia,<sup>2998</sup> desde que tal tenha sido convencionado pelas partes e se houver acordo relativamente à avaliação dos bens empenhados,<sup>2999</sup> ficando, no entanto, o credor obrigado a restituir ao empenhador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações garantidas.

Ao contrário do sugerido pelo preâmbulo do diploma<sup>3000</sup> e pela própria epígrafe da norma, este preceito consagra, salvo melhor juízo, não uma excepção à proibição do pacto comissório, mas sim o reconhecimento da validade das convenções marcianas - as quais, aliás, eram já consideradas como lícitas pela maioria da doutrina em face da lei civil.<sup>3001</sup>

---

<sup>2997</sup> Em termos análogos, o art.º 4.º do diploma que transpôs para o ordenamento italiano a mesma directiva (cfr. Lorenza Bullo e Claudia Sandei, ob. cit., págs. 146 e 147) e, no direito espanhol, Reglero Campos, *El pacto comisorio cit.*, págs. 264 a 266, assevera ser este um caso de reconhecimento legal das cláusulas marcianas.

<sup>2998</sup> Conforme bem nota Diogo Macedo Graça, ob. cit., pág. 62, esta norma apenas se aplica ao penhor que recaia sobre instrumentos financeiros e não ao que incida sobre numerário, uma vez que, para este último, *“dada a sua natureza e o seu valor fixo e determinado, deixa de se justificar qualquer procedimento de avaliação desse objecto. Mais, os objectivos de simplificação e celeridade da execução sempre determinariam que a sua execução se fizesse por meio de compensação ou de utilização do seu valor na liquidação das obrigações financeiras garantidas”*.

<sup>2999</sup> Estes critérios de avaliação deverão ser, sob pena de invalidade da convenção, objectivos e equitativos, recorrendo, por exemplo, a preços de mercado ou à designação de um terceiro imparcial. Para além disso, os ditos critérios também deverão definir os prazos e o modo como a execução decorrerá, assim como a forma de restituição da eventual diferença ao empenhador. Com base nestes exigências, Patrícia Fonseca, ob. cit., págs. 36 e 37, considera inválidas as convenções que estabeleçam critérios irrazoáveis, discricionários ou pouco objectivos ou nos quais as partes fixem, no momento da constituição do penhor, o valor dos bens empenhados (pois, tendo em conta a volatilidade dos mercados financeiros, bem poderá suceder que, no momento da execução, o valor previamente fixado não corresponda ao valor real do bem). Em termos análogos, Isabel Matos, ob. cit., págs. 155 e 156, não admite que a avaliação ocorra antes do vencimento da obrigação garantida, em razão da ausência de protecção que tal cláusula comportaria, designadamente porque *“não se vislumbra, na verdade, como pode ficar devidamente acautelada a restituição do superfluum ao prestador da garantia se a apropriação se fizer pura e simplesmente pelo valor fixado na data da constituição dessa garantia”*. Em todos estes casos, qualquer das partes poderá recorrer às vias judiciais para contestar, quer a razoabilidade dos critérios de avaliação dos bens empenhados, quer a sua aplicação (quanto a este último aspecto, vide Isabel Matos, ob. cit., pág. 157 e Calvão da Silva, ob. cit., pág. 210). Por outro lado e apesar de a lei poder inculcar o contrário – porquanto apenas exige a existência de um acordo entre as partes quanto à avaliação dos bens onerados, o que poderá não representar sempre uma avaliação objectiva e correcta - Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 278 e 279, conclui, tendo em conta a necessidade de garantir a restituição do eventual excedente ao devedor, que este pacto marciano se encontra sujeito à verificação dos mesmos requisitos que, em geral, condicionam a sua admissibilidade (apesar de reconhecer que *“a própria natureza do objecto da garantia poderá facilitar esse exercício, podendo mesmo daí resultar a possibilidade de aferir o respectivo valor de forma quase automática, atento o elevado grau de liquidez do bem jurídico”*).

<sup>3000</sup> No qual se pode ler que *“Outra das novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil. Com efeito, desde que as partes o convencionem e acordem na forma de avaliação dos instrumentos financeiros dados em garantia, permite-se excepcionalmente que o beneficiário execute a garantia por apropriação do objecto desta, ficando obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante da dívida. Este «direito de apropriação» visa dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem”*.

<sup>3001</sup> Em termos concordantes, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 34 (adicionando que a circunstância de o penhor financeiro envolver, normalmente, sujeitos profissionais atenua significativamente a necessidade

Eventualmente, poderá sustentar-se o carácter inovador do preceito no que tange à possibilidade de auto-satisfação do credor, desde que verificados os requisitos nele previstos, sem necessidade de recurso à avaliação judicial do bem onerado (ao contrário do que parece impor o n.º 2 do art.º 675.º).<sup>3002</sup>

---

de tutela contra eventuais abusos do credor pignoratício), Sofia Maltez, ob. cit., págs.63 e 64 (salvaguardando a necessidade de a avaliação do objecto ser efectuada de acordo com critérios imparciais, objectivos e comercialmente razoáveis – cfr. art.º 11.º, n.º 3 – apontando como exemplos o valor de mercado no vencimento da obrigação e a nomeação de um terceiro imparcial, mas já não, tendo em conta a flutuação de preço a que os estes bens se encontram sujeitos, a fixação de um valor no momento da constituição), Diogo Macedo Graça, ob. cit., págs. 62 a 64 (afirmando que “*a convenção das partes deve assegurar a equivalência entre o montante em dívida e o valor dos instrumentos financeiros dados em penhor, o que se consubstancia na modalidade de pacto marciano e não na definição de pacto comissório strictu sensu (...). Discordamos, portanto, da terminologia usada pelo legislador português, uma vez que continua a ser nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da garantia, a convenção, sem mais, pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”), Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 186 (para quem “*a situação em análise não corresponde verdadeiramente a um pacto comissório, mas antes a um pacto marciano*”), Joana Dias, ob. cit., págs. 172 e 173 (afirmando que o legislador confunde o pacto comissório com o pacto marciano, pelo que conclui não existir qualquer antagonismo entre o art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 e o art.º 694.º, tendo em conta que no pacto marciano se afastam os inconvenientes da desproporção entre o valor do crédito e do objecto da garantia), Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 281 e segs. (esclarecendo que a licitude de tal convenção se encontra condicionada à identificação clara dos prazos e critérios da avaliação, à objectividade destes últimos e à impossibilidade de o direito de apropriação exceder o montante das obrigações em débito) e Pestana Vasconcelos, A cessão cit., pág. 634, nota 1224 (“*Não estamos perante um pacto comissório, mas face ao pacto marciano quando o credor pode fazer seu o objecto da garantia (...) mas este tem de ser avaliado de forma independente, e o beneficiário da garantia tem que restituir à outra parte o excedente entre o seu valor e o montante da dívida (...) Daí que, ao contrário do que proclama no preâmbulo, não há aqui qualquer excepção à proibição do pacto comissório, que se mantém intocada: consagrou-se a este propósito foi o pacto marciano*”) e Direito das garantias cit., págs. 278 e 279. Contra, Calvão da Silva, ob. cit., págs. 210 a 212, escrevendo que “*Trata-se de uma inovação relevantíssima, porquanto o regime geral é o da proibição do pacto comissório*”, Tiago Soares da Fonseca, ob. cit., pág. 119, ao escrever que “*no que diz respeito ao penhor financeiro, que o DL 105/2004 procedeu expressamente a uma derrogação do regime previsto no Cód. Civil*” (pensamos que a posição deste último Autor repousa num equívoco, porquanto reconhece, mesmo antes da entrada em vigor de “*pactos comissórios em que forem estabelecidos critérios objectivos de avaliação do bem empenhado*”, pactos estes que constituem verdadeiros pactos marcianos, em tudo idênticos aos permitidos pelo art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 que, assim, não constitui, em matéria de proibição do pacto comissório, uma inovação e muito menos uma revogação do regime civil do penhor), Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., págs. 745 e 746 (entendendo que o descartar da proibição, no domínio do penhor financeiro, se baseia na existência de supervisão prudencial dos mercados financeiros, da maior consciência e responsabilidade de credores e devedores, no valor objectivo e fungível dos bens onerados) e Pedro António A. Ferreira, ob. cit., pág. 683 (escrevendo que “*consagra-se neste diploma a aceitação do pacto comissório, em desvio da regra constante do art.º 694.º*”, desvio este que é justificado como resposta “*à necessidade de existência de mecanismo de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem*”). Mais enigmática é a posição de Almeida Costa, Direito das obrigações cit., pág. 911, em nota, destacando a possibilidade de, no penhor financeiro, poder ser convencionado “*o pacto comissório – em aparente ou parcial oposição à regra do art.º 694.º do Cód. Civ.*”.

<sup>3002</sup> Pronuncia-se neste sentido Diogo Macedo Graça, ob. cit., pág. 63, reforçando que a distinção entre os pactos comissório e marciano repousa no facto de neste último, ao contrário do primeiro, o credor garantido ter que devolver ao empenhante a eventual diferença entre o valor do bem onerado e o montante do crédito garantido (circunstância essa que, aliás, justifica a necessidade de avaliação do bem empenhado). Todavia e conforme salientado anteriormente, mesmo em face do regime civilístico é possível defender a desnecessidade de avaliação judicial pelo n.º 2 do art.º 675.º (sobre este assunto, vide supra n.º 8.1 do Capítulo I).

Quando muito, poderá dizer-se que as afirmações do legislador partiram da convicção, a nosso ver errónea, que o pacto marciano se encontra abrangido pela proibição do pacto comissório.<sup>3003</sup>

Esta norma, porém, ao consentir uma apropriação directa do bem por parte do credor pignoratício, assim o beneficiando em prejuízo de outros credores igualmente titulares de direitos reais de garantia, os quais, nas concretas circunstâncias existentes, poderiam prevalecer sobre o dito penhor, podendo, no limite, violar o princípio constitucional da igualdade (art.º 13.º da CRP):<sup>3004</sup> assim não sucederá se, conforme propusemos anteriormente, este tipo de pactos apenas puder ser invocado pelo credor com a garantia preferente (ou, em alternativa, se, como condição da operatividade da convenção, o seu beneficiário deva ressarcir previamente os credores munidos de uma causa de preferência hierarquicamente superior).

Para além do âmbito do penhor financeiro, o reconhecimento da licitude dos pactos marcianos contrasta, à primeira vista, com a amplitude com que a proibição se encontra consagrada, abarcando todo o tipo de penhores, independentemente do respectivo objecto (cfr. art.ºs 678.º e 694.º).

Todavia, uma vez verificados os requisitos anteriormente erigidos com condição de validade das convenções marcianas, encontra-se aberta a porta para a admissibilidade de convenções que prevejam a transmissão da propriedade do bem onerado para o credor, em caso de incumprimento da obrigação garantida, quando a natureza do *quid* empenhado consinta uma avaliação objectiva e incontestável, dispensando até qualquer operação específica de avaliação dos mesmos.<sup>3005</sup>

#### 4.3.4 - Relativização da proibição quanto a determinados bens

De entre esses objectos contam-se, em especial, os bens com cotações oficiais em mercados regulamentados (como acontece com alguns valores mobiliários)<sup>3006</sup> ou as

---

<sup>3003</sup> É esta a posição sustentada por Isabel Matos, ob. cit., págs. 156 e 157, concluindo que do preâmbulo e do art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, não se pode retirar a validação do pacto marciano (e muito menos do pacto comissório) nas restantes garantias reais, nem tão pouco nas demais modalidades de penhor.

<sup>3004</sup> Neste sentido se pronunciou o Acórdão da Relação de Lisboa de 9/7/2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>3005</sup> Destaca esta perspectiva Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 273 e 274, concluindo, em conformidade, que “*será difícil que um pacto de apropriação do crédito ou do valor recebido com o seu pagamento possa corresponder a um verdadeiro pacto comissório*”, citando em abono desta posição abundante doutrina, nomeadamente italiana (ordenamento no qual a Autora defende existirem dois argumentos adicionais, como a possibilidade de o credor – no penhor de créditos pecuniários – se apropriar do valor cobrado ao devedor cedido, uma vez vencido o crédito garantido; e, por outro lado, a expressa consagração legal do penhor irregular) e francesa, mesmo anterior à reforma do Code Civil de 2006. Em Itália, Albina Candian, pág. 18 e segs., faz apelo a estas considerações para excluir a aplicabilidade da interdição à cessão de créditos em garantia (alegando ser tal entendimento já pacífico), mas igualmente “*per identità di ratio non dovrebbe applicarsi ogniqualvolta il bene oggetto del patto possa essere agevolmente ceduto sul mercato ad un prezzo noto*”.

<sup>3006</sup> Neste sentido, Caballol Angelats, ob. cit., pág. 299, destacando que, neste caso, existe uma fixação objectiva do conteúdo, pelo que “*la efectividad de la garantía es inmediata o realizable directamente por el acreedor*”. Mais enfático ainda é De la Santa Garcia, Prenda de valores cit., págs. 246 e 247, afirmando que “*se pueda saber el precio de los valores el día de la venta y, por tanto, en caso de ser suficiente y, por ejemplo, no conllevar ningún remanente a favor del constituyente de la prenda (...) no parece que exista, dentro del marco de la libre autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 CC), obstáculo alguno para que las partes puedan prever este supuesto*”, mesmo para os valores mobiliários não cotados num mercado oficial, caso em que “*podrían las partes haber establecido otro sistema para la fijación del precio de los mismos o, incluso, pueden haberles fijado a priori un precio por el que se deberían vender en caso de que se ejecutara la prenda*” (todavia, neste segundo caso o Autor não admite que o credor

somas de dinheiro, podendo esta maior abertura ancorar-se, quanto a estes últimos (e mesmo quanto aos créditos pecuniários,<sup>3007</sup> especialmente depósitos bancários,<sup>3008</sup>

---

venha a adquirir tais bens, mas apenas que os venda a terceiros, mesmo fora dos mercados regulamentados, desde que o preço acordado e pelo qual os valores tenham sido vendidos coincida com o montante da dívida – caso aquele seja superior a este, tal remanescente deverá ser entregue ao devedor - e desde que os sistemas de avaliação do preço se reportassem ao momento da execução e não ao da constituição da garantia). Daniel Fasquelle, ob. cit., págs. 35 e 36, antes da reforma do direito francês de 2006, advogava já uma alteração legislativa no sentido de excluir da órbita da proibição legal os valores mobiliários cotados e, em geral, todos os bens cuja fixação do preço escape à influência do credor pignoratício, considerando que os pactos comissórios “*sont bénéfiques tant pour le débiteur que pour le créancier dans la mesure où ils permettent d’alléger le formalisme legal, et par là diminuer des frais parfois disproportionnés par rapport à la valeur du bien grevé. D’autre part, l’esprit général de la loi vise à protéger le débiteur de ses créanciers (...). Par conséquent, il n’y a aucune raison d’interdire les pactes ou clauses dès lors que le prix sera fixé de forme objective. La chose est relativement aisée en ce qui concerne l’ensemble des valeurs cotées, pour lesquelles le prix du marché constitue une référence extérieure aux parties. Le procédé peut d’ailleurs être renforcé si d’un commun accord, débiteur et créancier confient un mandat à un professionnel habilité à négocier les titres nantis sur le marché boursier*” (relatando a existência de uma prática bancária que consistia em, no momento da constituição da garantia, o credor receber uma ordem de venda amigável subscrita pelo devedor, a qual poderiaser utilizada em caso de incumprimento por parte deste).

<sup>3007</sup> Aynès e Crocq, Les sûretés 2009 cit., pág. 258, destacam como, mesmo antes da reforma do Código de Napoleão operada em 2006, a jurisprudência não aplicava a proibição das convenções comissórias, por falta de razão (*in casu*, o óbvio valor do *quid* onerado), no caso do penhor de um crédito pecuniário, bastando que o credor pignoratício obtivesse um mandato para a cobrança do crédito empenhado, negócio que não constituiria uma convenção comissória desde que aquele imputasse as quantias recebidas à extinção da dívida garantida, devolvendo um eventual excesso ao seu devedor (em termos concordantes, Théry, ob. cit., pág. 329, acrescentando a possibilidade de o credor titular de um penhor de crédito se satisfazer por compensação – entre o que lhe é devido e o que deveria restituir ao devedor em nome do qual cobrou o crédito empenhado – e de o titular de um crédito constante de um título de crédito o poder cobrar directamente, afirmando até ser desejável que a proibição fosse igualmente afastada quando o bem onerado dispusesse de uma cotação oficial).

<sup>3008</sup> No que respeita aos penhores sobre depósitos bancários e admitindo tratar-se de verdadeiros penhores de créditos, Finez Ratón, pág. 219 e segs., assegura que, tendo sido onerados uma conta corrente ou um depósito à vista e uma vez vencido o crédito garantido, o credor pignoratício (normalmente o próprio banco) poderá executar a garantia através de simples compensação. Ao invés, quando o penhor incida sobre um depósito a prazo e caso este se vença antes da obrigação garantida, não se poderá produzir aquela imputação (excepto quando se proceda a um novo depósito ou a uma renovação do anterior até ao vencimento do crédito garantido), mas ocorrendo a hipótese contrária – vencimento do crédito garantido antes do empenhado – parece necessário recorrer aos procedimentos comuns de execução do objecto empenhado, os quais se afiguram pouco expeditos e desnecessariamente morosos tendo em conta a natureza pecuniária dos depósitos bancários: para o evitar, normalmente os bancos recorrem a uma cessão do crédito empenhado ao credor pignoratício, condicionada ao incumprimento da obrigação garantida (expediente não violará, segundo o Autor, a proibição dos pactos comissórios, uma vez que esta não vigora quando o pacto seja acordado em momento posterior ao da constituição da garantia e, por maioria de razão, após vencimento da obrigação assegurada: mais, a circunstância de o credor pignoratício se encontrar obrigado a devolver ao constituinte da garantia o eventual excedente entre o saldo bancário empenhado e a dívida assegurada e o valor objectivamente determinável do dinheiro apontam no mesmo sentido, sobretudo atendendo à reconhecida licitude do pacto marciano) ou, em alternativa, a cláusulas de compensação convencional (assim iludindo a falta do requisito legal da compensação respeitante ao mútuo vencimento dos créditos a compensar: todavia, este expediente só é legítimo quando o credor pignoratício seja o banco depositário). Para Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 221 e segs., a execução da garantia (atendendo à inadequação da alienação do bem empenhado) variará consoante o credor seja ou não o gestor da conta: no primeiro caso, ocorrerá um fenómeno de compensação (sem que se possa invocar a proibição das convenções comissórias, uma vez que o valor objectivo do dinheiro elimina qualquer risco de conduta usurária por parte do credor em prejuízo do devedor), mais concretamente debitando a quantia em dívida na conta do devedor, muito embora este mecanismo suscite muitas reticências (desde logo quanto à sua origem legal ou convencional: a primeira hipótese, implica que as dívidas a compensar sejam recíprocas, líquidas e exigíveis e a dívida de restituição do credor pignoratício não é exigível, pois está sujeita a um termo suspensivo – o pagamento por parte do devedor -, embora tal

sobretudo, quanto a estes últimos, para quem qualifique a sua oneração pignoratícia como um penhor de créditos),<sup>3009</sup> na natureza presumivelmente irregular da garantia,<sup>3010</sup>

objecção possa ser contornada, pois “*lors de l'exigibilité de la créance garantie, le gagiste peut parfaitement renoncer au bénéfice du terme de sa dette de restitution, qui se traduit simplement par la renonciation à son droit de rétention*” - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 222 – e, por outro lado, a incontestável conexão entre as duas dívidas, por serem resultantes de uma mesma operação económica global, permite ultrapassar a ausência de exigibilidade de um dos créditos); quando, ao invés, o gestor da conta não seja o credor, a compensação não poderá funcionar (uma vez que os créditos não são recíprocos, porquanto não existe nenhum crédito do constituinte sobre o credor pignoratício susceptível de ser compensado com o crédito garantido, uma vez que é o gestor da conta o responsável pela obrigação de restituição), restando ao credor optar pela venda ou, mais frequentemente, pela atribuição em pagamento (tanto mais que a jurisprudência tem validado o mandato atribuído ao credor para receber a propriedade das somas depositadas, assim escapando ao procedimento judicial de atribuição do bem e sem que, contra esse mandato, possa ser invocada a proibição do pacto comissório, inoperante quando o quid ornado sejam quantias monetárias). No nosso direito e a respeito do penhor de conta bancária, Menezes Cordeiro, Direito bancário cit., pág. 728, esclarece que “*O depósito bancário tem um valor objectivo indiscutível, dado pelo seu montante. Logo, não há perigo de o credor garante enriquecer à custa do dono do bem empenhado: este é usado para assegurar as dívidas garantidas, pelo seu preciso valor nominal, sendo certo que não tem outro. Não faria sentido vir exigir que o tribunal fixasse... o valor de uma conta bancária, universal e definitivamente expresso, como foi dito, pelo valor nominal do seu montante*”. No mesmo sentido, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 289 e 290, salientando como “*Atendendo à forma de satisfação do credor pignoratício em caso de incumprimento da outra parte (e não antes), que consiste num débito em conta da quantia em dívida, não pode dizer-se que se trate de um pacto comissório. A natureza do bem (dinheiro) e o facto de só se poder debitar a quantia em dívida obstam a que se verifiquem quaisquer dos fundamentos que justificam a referida proibição*”: nesta conformidade, o Autor destaca como (sobretudo tendo em conta que, nos termos do art.º 675.º, a lei nem sequer impõe que essa satisfação decorra necessariamente de uma acção executiva), considerando a coincidência entre o valor de mercado do dinheiro e o seu nominal, será “*irrelevante se a satisfação se faz por débito em conta ou pela alienação do crédito que gerará esse valor. Por outro lado, se a intervenção do tribunal é importante para se fixar de forma objectiva o valor da coisa empenhada para ser adjudicada por esse valor ao credor pignoratício, aqui, atendendo à natureza do bem, essa avaliação não seria necessária (...) mesmo que houvesse recurso à acção executiva (...) o pagamento não se faria pela venda do crédito, mas através do dinheiro aí existente (art.º 874.º do CPC)*”.

<sup>3009</sup> Acerca da querela relativa à natureza jurídica do penhor de depósitos bancários, vide supra n.º 3 do Capítulo I e n.º 1.1 do Capítulo IV.

<sup>3010</sup> Tratando-se de um penhor sobre somas de dinheiro, o *modus operandi* desta garantia pode traduzir-se numa derrogação da proibição do pacto comissório, uma vez que o credor obtém a propriedade temporária dos bens recebidos em garantia no momento da constituição desta e, em caso de incumprimento da obrigação garantida, essa propriedade torna-se definitiva, operando-se uma compensação e extinguindo-se o dever de restituição do bem (Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 64, Aynés e Crocq, ob. cit., pág. 209, Ancel, ob. cit., pág. 116, Weil, ob. cit., pág. 94, Théry, ob. cit., pág. 329 e Legeais, Sûretés 1999 cit., pág. 268 – este último afiança mesmo que a proibição não se aplica neste caso, por não existir qualquer problema de avaliação do bem e, havendo um penhor de conta bancária, a realização se efectuará através de compensação ou da transformação da propriedade do credor de provisória em definitiva – e, em face do direito espanhol, Barrada Orellana, ob. cit., págs. 428 e 429). Por seu turno Jordano Fraga, ob. cit., pág. 308, no penhor regular sobre dinheiro – no qual se especificam os concretos objectos da garantia – o credor, uma vez vencida a obrigação garantida, não carece de executar o objecto da garantia, mas sim “*se lo apropiará, si más, en la medida necesaria para cobrarse el crédito garantizado*”, uma vez que “*no es de aplicación la prohibición del pacto comisorio (artículo 1.859 Cc), puesto que la ratio de tal norma no rige respecto de la genuina prenda pecuniaria: el carácter del objecto pignorado – el ser él mismo medida de valor – hace que, sin necesidad de subasta y a pesar de la apropiación, estén siempre a salvo el interés del deudor (...) y de los acreedores del deudor*”. Já para Caballol Angelats, ob. cit., pág. 299, a excepção à proibição do pacto comissório justifica-se porque “*la propia cosa dada en garantía representa por ella misma el valor*” e, de acordo com Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 208 e 209, a licitude destas convenções deve ser ancorada na ausência de risco de subvalorização deste tipo de bens, cujo valor se encontra determinado de modo inequívoco. Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 155, considera não existir violação do pacto comissório quando a garantia incide sobre dinheiro (operando-se antes uma compensação de créditos em caso de incumprimento da obrigação garantida), quando o credor indique previamente o preço pelo qual está disposto a adquirir o bem na

uma vez que a transferência da propriedade do objecto da garantia se produz *ab initio* e não se encontra dependente do incumprimento por parte do devedor.<sup>3011</sup>

venda que se seguirá ou ainda em caso de promessa de venda do bem onerado para a eventualidade de incumprimento do crédito assegurado (desde que, nesta última hipótese, tal promessa seja posterior à entrega da quantia mutuada pelo credor ao devedor). Mais cauteloso é Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 297, considerando *contra legem* o reconhecimento da validade do pacto comissório quando o objecto do penhor seja constituído por dinheiro, apesar de tal entendimento favorecer o desenvolvimento desta modalidade de penhor e de ter a aceitação da jurisprudência. De acordo com Aranda Rodríguez e Mondéjar Peña, *ob. cit.*, págs. 566 e 567, a proibição do pacto comissório nunca foi absoluta (como o demonstra a licitude do pacto marciano) e, por outro, consistindo em dinheiro o objecto da garantia, a sua alienação não faz qualquer sentido (e, quando se trate de títulos representativos de dinheiro, estes possuem um valor nominal, não podendo este ser subestimado em prejuízo do devedor empenhante). Entre nós, Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, págs. 217 e segs., considera que o penhor irregular transcende a aplicação da proibição do pacto comissório, uma vez que “*repousa sobre uma obrigação de restituição do excesso relativamente ao valor do crédito no momento do seu vencimento*”, assemelhando-se, por isso, a uma convenção marciana (o que é comprovado pelo art.º 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 365/99, onde se estabelece que a diferença entre o preço de adjudicação e os valores em dívida pertence ao devedor), na qual o perigo de desproporção entre o crédito garantido e o bem onerado será reduzido, quer em razão da fungibilidade do objecto garantido, quer do seu valor objectivamente determinável, normalmente avaliado por um terceiro imparcial (quanto tal não suceda, poderemos estar perante um verdadeiro pacto comissório), quer ainda por a “*imputação do dinheiro recebido como penhor equivaler ao preço da alienação do objecto no penhor comum – i.e. ao valor que as partes lhe atribuem*”, razão pela qual admite que as partes estipulem a possibilidade de compensação convencional ou de imputação de créditos (contudo, se o penhor irregular for constituído após o vencimento da obrigação garantida, a proibição comissória vigorará plenamente) – considerando, todavia, que o credor garantido com um penhor irregular não se poderá fazer pagar por ele dos créditos que detenha sobre o devedor, vide o Acórdão do STJ de 3/10/1996, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Finalmente, Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare cit.*, pág. 803, descarta que o penhor irregular contenda com a proibição do pacto comissório, apelando à circunstância de a transferência da propriedade se verificar no momento da constituição da garantia e não, conforme interdita a lei, no momento e por força do incumprimento da obrigação garantida (para além de os bens objecto de semelhante garantia – atenta a sua avaliação objectiva – afastarem o perigo, que a interdição visa conjurar, de apropriação, por parte do credor, de um bem superior ao do crédito garantido).

<sup>3011</sup> Salienta este aspecto Vincenzo Lojacono, *ob. cit.*, págs. 56 e 57, constatando que, por ser assim, no penhor irregular o credor adquire a propriedade do bem onerado muito antes do incumprimento do devedor (o Autor salienta que tal conclusão é válida mesmo quando objecto da garantia sejam títulos, pois, embora tais bens se encontrem sujeitos a flutuações de valor, “*non si trata di passaggio di proprietà del debitore al creditore per mancato pagamento, bensì di una mancata stima o vendita dei titoli*”). Todavia, este argumento pode ser refutado, à imagem do que sucede nas alienações em garantia, relativizando o momento da transferência, ou seja, a invalidade da convenção pode ser decretada quer se trate de uma alienação suspensiva ou resolutivamente condicionada, respectivamente ao incumprimento do devedor. Por seu turno Jordano Fraga, *ob. cit.*, págs. 314 e 315, defende que a proibição do pacto comissório se refere à apropriação de bens em momento posterior ao da execução da garantia e que, no momento da constituição da mesma, lhe são alheios, enquanto no penhor irregular se dá uma transferência imediata – antes mesmo do vencimento e posterior incumprimento por parte do devedor - da propriedade dos bens entregues ao credor (o Autor afasta ainda a objecção de acordo com a qual a definitiva apropriação se produz em sentido económico com o incumprimento, através da compensação de restituição do credor com a obrigação garantida, replicando que bastará adoptar para o penhor irregular as mesmas cautelas subjacentes à ratio da proibição – protecção do devedor contra a apropriação por parte do credor do eventual excesso do valor do bem dado em garantia relativamente ao crédito garantido – o que, tendo em conta a natureza fungível dos bens objecto de penhor irregular, se torna relativamente simples – particularmente quando se trate de dinheiro -, assim se conjurando aquele perigo. Já Massimo Bianca, *Il divieto cit.*, pág. 163 e segs., partindo da qualificação da figura como um instituto com finalidades de garantia (e não meramente solutórias) enquadrável na categoria das alienações em garantia, pois “*sembra presentarsi come una provvisoria attribuzione di beni fungibili, destinata a divenire definitiva per il caso che non venga adempita l’obbligazione garantita*” (embora sem sujeição aos problemas normalmente conexos com os negócios fiduciários não se colocam “*in un trasferimento dei beni fungibili dove gli obblighi dell’alienatario si riducono a quello di una restituzione dell’equivalente*”), considera que o penhor irregular constitui, não tanto uma excepção à proibição do

Também no que toca ao penhor de créditos, quando o seu objecto seja avaliável de modo irrefutável, será igualmente pertinente indagar da sua exclusão da órbita das convenções comissórias, assumindo a questão, nesta sede, contornos mais controversos.<sup>3012</sup>

Desde logo, será de averiguar se as partes poderão conceder um mandato ao credor pignoratício para, isoladamente, proceder à cobrança dos créditos pecuniários ou com objecto fungível (assim afastando o regime vertido no art.º 685.º, n.º 2) e mesmo

---

pacto comissório, mas antes expressão de um limite próprio deste, nos termos do qual *“il vincolo di un bene al diretto soddisfacimento del creditore, si sottrae alla sanzione di nullità dell’art. 2744 c.c., quando sia accompagnato dall’obbligo del creditore di pagare al debitore la eccedenza, rispetto al credito garantito, del valore della cosa accertato successivamente all’inadempimento”*.

<sup>3012</sup> Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 99 e segs., alude à existência de opiniões a favor e contra a manutenção da proibição do pacto comissório quando a garantia recaia sobre créditos (bem como, por arrastamento, à necessidade de autorização judicial e de avaliação pericial). A não aplicação da interdição pode justificar-se pela não verificação da *ratio* da mesma nesta hipótese (ao menos quando o crédito possua um valor nominal bem conhecido, porquanto o devedor não corre o risco de aproveitamento por parte do credor e, por outro lado, porque a exigência de autorização judicial e de avaliação principal não se adequa quando sejam empenhados créditos de valor diminuto), bem como pelo facto de a norma que estabelecia a proibição – art.º 2078.º do CCF – falar da impossibilidade de apropriação, enquanto os créditos não são passíveis de direito de propriedade, mas apenas de titularidade (para além do facto de a prática comercial consagrar frequentemente cláusulas a prever o pagamento directo do credor pignoratício, sem necessidade de autorização judicial ou avaliação de terceiros). Já a subsistência da proibição pode ancorar-se no âmbito de aplicação geral, a todas as modalidades de penhor, da norma que consagra a interdição, assim como no eventual interesse da intervenção judicial (*“Le juge vérifie si le débiteur n’a pas exécuté son obligation comme le soutien le créancier. Il s’assure également que le créancier ne perçoit pas du débiteur de la créance nantie une somme supérieure à celle qui lui est due”*) – porém, o mesmo Legeais, *Sûretés 2009 cit.*, pág. 391, em face dos novos dados normativos introduzidos pela reforma de 2006 (em especial os já mencionados art.ºs 2363.º - nos termos do qual, após a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado, apenas o credor pignoratício poderá receber a prestação – e, sobretudo, 2364.º, ao permitir que o credor pignoratício possa executar a garantia, conservando as quantias cobradas em conta aberta em estabelecimento bancário, ainda que não se encontre vencido o crédito garantido; na hipótese inversa, de vencimento do crédito garantido antes do dado em garantia, o credor poderá requerer a atribuição do crédito em pagamento), considera que deles resulta o final da proibição do pacto comissório no domínio do penhor de créditos (no mesmo sentido, Simler e Delebecque, *Droit civil 2009 cit.*, pág. 563, salientando que a atribuição convencional do crédito onerado não significa outra coisa senão que *“le créancier nanti peut librement convenir avec le constituant un pacte comissoire”*). Mais favorável à não aplicação da proibição no âmbito do penhor de créditos se mostra Garcia Vicente, *La prenda cit.*, pág. 139, na medida em que *“Lo prohibido es la causalización de la apropiación al impago del crédito garantizado (...) y se trata con ella de evitar que el acreedor retenga un bien de valor notablemente superior al de la deuda, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de sus acreedores, y en este punto no hay posibilidad alguna de minusvalorar el crédito en perjuicio del pignorante o de sus acreedores (...) es un mecanismo de ejecución que no permite la apropiación del sobrante; es una tarea relativamente sencilla la des establecer su existencia e importe”*, posição esta já confirmada por decisões do Supremo Tribunal, nas quais já se reconheceu que *“una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio”*. Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, pág. 71, consideram ser inútil e ilógico proceder à venda do objecto do penhor, operando-se a realização do penhor através da dispensa do dever do credor pignoratício restituir tal bem ao seu proprietário, enquanto Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, pág. 227 e segs, sustenta que, no penhor de créditos, o recurso à venda não se justificará em determinados casos e, por outro lado, a atribuição judicial do bem em pagamento ao credor (admissível e cujo efeito principal será o de produzir uma cessão do crédito empenhado para o credor pignoratício, que, desse modo, se deparará com um devedor presumivelmente mais solvente) dispensará uma avaliação pericial (pelo menos quando o crédito dado em penhor seja certo, tendo em conta a ausência de risco de sub-avaliação do bem).



para que se possa apropriar das quantias cobradas,<sup>3013</sup> compensando-as com o crédito garantido.

A nosso ver, se o crédito garantido ainda não se encontrar vencido mas já o estiver o onerado,<sup>3014</sup> a atribuição de um mero direito de cobrança exclusivamente ao

---

<sup>3013</sup> Como bem notam Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 292, 295 e 296, existe uma grande diferença entre a convenção nos termos da qual o credor poderia apropriar-se do capital do crédito recebido em garantia e outra que lhe permita somente cobrar esse crédito (naturalmente que, face à proibição do pacto comissório, as dúvidas incidem sobre a primeira destas convenções, mas estes Autores citam várias decisões judiciais aceitando a sua validade, tendo em conta a especificidade do objecto da garantia, desde que o credor seja obrigado a restituir ao devedor o eventual excesso). Em termos aproximados, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, págs. 233 e 234, noticia como a jurisprudência francesa reconhece a validade de cláusulas contratuais atribuindo ao credor pignoratício o direito de cobrar - e de se fazer pagar por compensação com o montante com o crédito garantido - o crédito empenhado (na ausência deste tipo de estipulações, a Autora entende que o credor pignoratício poderá cobrar directamente o crédito empenhado, mas deverá consignar o montante arrecadado numa conta especial e bloqueada, transformando-se a garantia num penhor de dinheiro, não sujeito à proibição do pacto comissório, razão pela qual será admissível a sua atribuição em pagamento sem necessidade de intervenção judicial).

<sup>3014</sup> Tem-se admitido, quanto ao penhor sobre um crédito que se vença antes do crédito garantido e após a cobrança do crédito recebido em penhor (e cujo objecto seja uma prestação em dinheiro) por parte do credor pignoratício, que a garantia se transforma num penhor sobre o dinheiro até ao vencimento do crédito assegurado, sem que tal viole a proibição do pacto comissório (Jobard-Bachelier, *ob. cit.*, pág. 64 e Marty, Raynaud e Jestaz, *ob. cit.*, págs. 75 e 76, ancorando estes últimos Autores a validade no facto de o pagamento do crédito empenhado se fazer sem prejuízo dos direitos dos outros credores com uma preferência superior em grau) ou até, em termos mais incisivos, simplesmente que as partes possam convencionar que, no caso de incumprimento do crédito garantido, o crédito empenhado seja atribuído ao credor (Weil, *ob. cit.*, pág. 96 - argumentando que tal convenção não será usurária, uma vez que o crédito tem um valor nominal não subestimável em prejuízo do devedor - Aynés e Crocq, *ob. cit.*, pág. 218 - apenas se o objecto do crédito empenhado consistir em dinheiro e sem prejuízo do dever do credor devolver ao devedor o eventual excesso - Théry, *ob. cit.*, págs. 323 e 329 e, com dúvidas, Ancel, *ob. cit.*, pág. 116). Por seu turno Philippe Delebecque, *L'attribution du bien. cit.*, pág. 127, noticia que a jurisprudência tende a consentir que o credor pignoratício possa receber um mandato para encaixar o pagamento das mãos do terceiro devedor do crédito empenhado e até, num ou outro aresto mais isolado, que o credor possa adquirir o produto do crédito empenhado (solução esta repudiada pelo Autor, alegando que “*traduit une confusion entre le jeu de la compensation – mode normal de réalisation du gage sur créance – avec la mise en oeuvre du pacte comissoire. Ce n’est pas parce que la compensation est possible dans ce genre de gage, que pour autant le pacte comissoire est valable. Même si le résultat est identique et se traduit par un transfert de propriété, la technique pour y parvenir est différente*”). Já Legeais, *Les garanties conventionnelles cit.*, pág. 99 e segs., embora aponte para a aplicação da proibição ao penhor de créditos, excepciona o caso em que o crédito empenhado se vença antes do crédito garantido, hipótese na qual admite que as partes acordem que o pagamento por parte do devedor do crédito onerado extinga o crédito garantido (verificando-se, então, uma cessão de créditos a título de pagamento) ou, em alternativa, que o credor pignoratício deva receber o pagamento do seu devedor e este não respeite tal pacto (neste caso, o credor que receba o pagamento do devedor do crédito garantido não se poderá dele apropriar - devendo antes consigná-lo em depósito - transformando-se a garantia num penhor de dinheiro e, assim sendo, poderá o credor, no momento do vencimento do seu crédito, dele se apropriar, uma vez que o pacto comissório não alcança o chamado “*gage espèces*”). Contra, Piedlièvre, *Les sûretés cit.*, pág. 194, argumentando que a proibição contida no art.º 2078.º do CCF é de aplicação genérica (no mesmo sentido, em face do direito italiano, Fulvio Gigliotti, *ob. cit.*, págs. 163 e 164, escrevendo que “*benché l’art. 2744 c.c. parli di “cosa” data in pegno, non si può seriamente ritenere che se oggetto del pegno non è una cosa materiale (bensì un credito) l’accordo sia lecito (...) ricorrendo qui identità di ratio con quella verosimilmente a base del patto relativo a cosa materiale*”). No nosso ordenamento e a propósito do penhor de aplicações financeiras, já foi validada a cláusula nos termos da qual o credor pignoratício fique autorizado a “*utilizar do saldo resgatado as importâncias necessárias para o pagamento das responsabilidades asseguradas*”(cfr. Acórdão da Relação do Porto de 4/5/2004, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), com o argumento que se trata antes de uma compensação, não se verificando os perigos - nomeadamente a potencial aquisição do bem empenhado pelo credor em condições desfavoráveis para o

credor pignoratício não apresenta obstáculos de maior, não consubstanciando, por si só, uma via alternativa de execução da garantia, sendo admitida pela nossa lei, mesmo na ausência de pacto nesse sentido, para todos os créditos que não tenham por objecto dinheiro ou outra coisa fungível (art.º 685.º, n.º 1), produzindo como efeito uma sub-rogação do objecto da garantia, que se transfere do crédito para a prestação resultante da sua cobrança.

Mas ainda que o objecto do crédito empenhado seja constituído por dinheiro ou outra coisa fungível, não nos repugna, ao menos *de iure condendo* (*de iure condito*, o n.º 2 do art.º 685.º parece opor-se inapelavelmente a esta solução), que ao credor pignoratício seja atribuída idêntica faculdade, desde que a prestação não seja colocada inteiramente à disposição do credor pignoratício (v.g., sendo o crédito garantido um crédito pecuniário, colocando-se o dinheiro numa conta bloqueada) até ao momento do vencimento do seu crédito: uma vez vencido este, o credor executará a garantia ou, estando em causa dinheiro, invocará a compensação nos termos adiante explanados.

Pelo contrário, será de muito duvidosa legitimidade a convenção que atribua ao credor pignoratício, antes do vencimento do seu crédito, o direito, não apenas de cobrar, mas igualmente de se apropriar, do crédito onerado entretanto vencido, não tanto por se traduzir numa violação da interdição do pacto comissório, mas pela razão, singela mas decisiva, que estaríamos perante a execução de uma garantia acessória de obrigação ainda não vencida (assim sendo, caberá ao credor pignoratício, ainda que lhe tenha sido atribuída a faculdade de cobrança do crédito onerado, aguardar pelo vencimento da obrigação garantida) – só assim não será se as partes acordarem, em determinadas circunstâncias, o vencimento antecipado do crédito garantido, destarte permitindo a cobrança por via de compensação.

Quando ambos os créditos, garantido e onerado, se encontrem vencidos, cumpre avaliar se a execução deste tipo de garantia será praticável mediante simples compensação (podendo mesmo invocar-se o regime legal da compensação), ou até se essa forma de execução será utilizável em caso de vencimento do primeiro mas não do segundo (nomeadamente estipulando uma cláusula de compensação convencional, por não estar verificado um dos pressupostos da compensação legal, o vencimento recíproco dos créditos a compensar).<sup>3015</sup>

---

empenhador - que com a proibição do pacto comissórios se pretendem evitar – em sentido análogo, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 56, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 116).

<sup>3015</sup> Se o crédito garantido se vencer antes do crédito empenhado, a alienação do crédito poder-se-á questionar quando esteja em causa um crédito pecuniário, tendo em conta a eventual desnecessidade de proceder à venda de um bem cujo valor é objectivamente determinável, surgindo então a dúvida sobre se será possível ao credor pignoratício apropriar-se directamente do conteúdo da prestação creditícia, surgindo as reticências à luz da nulidade das convenções comissórias. Admitem tal hipótese Rubino, Il pegno cit., pág. 246 e Ruscello, ob. cit., págs. 171 e 172, justificando este último Autor a sua posição “*nell'economia degli atti ovvero nella compensazione*”, sendo que este fundamento pressupõe que também o crédito empenhado se encontre vencido, pois, caso contrário, faltaria o requisito da exigibilidade recíproca. Tommaso Mancini, ob. cit., págs. 288 e 289, vai mesmo mais longe, afirmando que a proibição só abrange o penhor de créditos quando a prestação objecto deste consistir num bem infungível - ou, sendo fungível, seja diverso de dinheiro e do objecto do crédito garantido, sendo inaplicável - , tendo em conta o disposto no art.º 2803.º do CCI, que autoriza o credor pignoratício a cobrar e reter o valor da prestação decorrente do crédito recebido em penhor, ou seja, “*attribuisce al creditore, titolare di un diritto do pegno su crediti, quel potere che è invece vietato al titolare di un diritto di pegno su res dal'art. 2744 c.c.*”. Em face do direito francês, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 234 a 236, revela que as estipulações contratuais que atribuam ao credor pignoratício o crédito empenhado na data do vencimento do crédito garantido podem ser consideradas válidas, seja em razão do valor objectivo do bem onerado, seja por força da ausência de risco de aproveitamento do devedor por parte do credor pignoratício (na medida em que o valor do crédito é perfeitamente conhecido), embora reconhecendo a existência de posições contrárias (nomeadamente enraizadas no facto de o art.º 2078.º ter um alcance

A licitude destas convenções afigura-se-nos inequívoca, mesmo prescindindo de uma tomada de posição acerca da natureza regular ou irregular da garantia, quando se trate de créditos puramente pecuniários, atendendo ao valor inquestionável objectivo da garantia (dispensando qualquer operação específica de avaliação), limitando o valor da compensação ao montante do crédito garantido (assim evitando o locupletamento do credor pignoratício a expensas do empenhante): deste modo, encontram-se preenchidos os requisitos de que depende a licitude das convenções marcianas (a tudo isto acrescendo a inidoneidade da alienação como modo de execução da garantia).<sup>3016</sup>

Quando, ao invés, o crédito onerado tenha como objecto outros bens, ainda que fungíveis, diversos de dinheiro,<sup>3017</sup> a licitude destas cláusulas de compensação encontra-se dependente da verificação cumulativa dos requisitos atrás expostos que condicionam a validade das convenções marcianas, designadamente uma a obrigação de devolução de um eventual excesso de valor do crédito onerado face ao garantido e uma avaliação objectiva daquele:<sup>3018</sup> quando tais requisitos não sejam respeitados e ainda que o credor pignoratício goze da faculdade de cobrar o crédito onerado, restar-lhe-á executar a prestação ou o objecto resultantes daquela cobrança.<sup>3019</sup>

---

geral, não discriminando a interdição em função da natureza do objecto empenhado – neste sentido, Legeais, *Les garanties conventionnelles* cit., pág. 99 e segs., excepcionando do âmbito da proibição unicamente a hipótese inversa, de vencimento do crédito empenhado antes do garantido), enquanto Aynès e Crocq, *Les sûretés* cit., pág. 218, que, no penhor de créditos, “*La raison d’être de la prohibition du pacte comissoire ne se rencontre pas, lorsque la créance a pour objet une somme d’argent: la valeur du gage saute aux yeux. Il suffit, en l’état actuel du droit positif, qu’il reçoive un mandat ou une délégation, qui ne constituent pas un pacte comissoire si le gagiste doit imputer les sommes percues sur la créance, le reste appartenant à son débiteur*”. Noticia a existência de várias decisões judiciais defendendo a inaplicação da proibição dos pactos comissórios ao penhor de créditos, na medida em que se conhece à partida o valor do crédito onerado e que, por isso, não subsiste o risco de sub-avaliação do bem empenhado, Daniel Fasquelle, *ob. cit.*, pág. 35.

<sup>3016</sup> A este respeito Hugo Ramos Alves, *ob. cit.*, pág. 158 e segs., começa por destacar que a atribuição deste *ius exigendi* ao credor pignoratício se destina à conservação do bem recebido em garantia e não como um mecanismo de satisfação desse mesmo credor, para, em seguida (*ob. cit.*, pág. 168 e segs.), admitir a celebração de convenções entre as partes destinadas a permitir a compensação de créditos (compensação convencional, a qual normalmente é facultativa, no sentido em que atribui às partes uma mera faculdade – e não um dever – de a ele recorrerem), ainda que não se encontrem preenchidos todos os requisitos da compensação legal, quer para créditos já existentes, quer estabelecendo as condições em que poderá, no futuro, ocorrer a compensação de créditos (embora, neste último caso, a cláusula apenas produza efeitos relativamente a terceiros a partir do momento em que se preencham os requisitos da compensação e, especialmente, a partir da data de nascimento dos créditos objecto de compensação), embora o Autor esclareça que a mera existência de uma cláusula de compensação não constitui um penhor (o mesmo sucedendo com a criação de um cativo bancário, pois este, por si só, não confere ao credor qualquer meio ao credor para executar a garantia e, por outro lado, a intenção das partes é unicamente de bloquear uma determinada conta bancária). No direito brasileiro, o art.º 1455.º do CCB (depois de determinar que o credor pignoratício deverá cobrar o crédito empenhado, logo que este se vença – depositando a quantia cobrada, caso se trate de um crédito pecuniário, ou sub-rogando-se no objecto prestado, nos demais casos), acrescenta que, na eventualidade de o crédito garantido por penhor se encontrar vencido no momento da cobrança do crédito onerado (ou seja, quando ambos se encontrarem vencidos), o credor pignoratício poderá, caso o crédito onerado seja pecuniário, reter a quantia que lhe é devida.

<sup>3017</sup> Para Ruscello, *ob. cit.*, págs. 171 e 172, a compensação não será válida quando o objecto do crédito dado em penhor seja uma coisa diversa de dinheiro, atenta a falta de homogeneidade entre as prestações.

<sup>3018</sup> Em termos análogos, Neves de Oliveira, *ob. cit.*, págs. 55 e 56, considerando que, no penhor de crédito, “*desvanecem-se as razões que obstariam à apropriação do objecto do penhor pela possibilidade de exacta coincidência valorativa entre o objecto do penhor e a res debita*”, desde que o credor pignoratício seja obrigado a restituir o eventual excesso ao devedor).

<sup>3019</sup> Assim dispõe o art.º 1455.º do CCB, determinando que, quando o crédito empenhado tenha como objecto a entrega de uma coisa, esta sub-rogar-se-á enquanto objecto da garantia, podendo o credor pignoratício executá-la nos termos gerais.

Porém e conforme já realçado, em termos gerais, todos estes pactos de compensação apenas poderão ser invocados, havendo vários credores com penhor sobre o mesmo crédito onerado, por aquele cuja garantia seja prioritária (exigência reforçada, no penhor de créditos, pelo disposto no art.º 685.º, n.º 3).

Mas a exclusão de determinados bens da órbita da proibição do pacto comissório pode abranger, por razões diversas, outros bens, designadamente os direitos reais menores<sup>3020</sup>, os bens de escasso valor<sup>3021</sup> ou o valor do resgate de uma apólice de um seguro de vida.<sup>3022</sup>

Correndo o risco de nos repetirmos e na ausência de suporte legal expresso para admitir esta (suposta) ressalva à proibição, condicionamos a validade de tais excepções à verificação dos requisitos exigidos para a validade das convenções marcianas: ora, se assim é, pelo menos na última hipótese aventada, não se verifica a avaliação independente e objectiva do bem onerado e, no que diz respeito aos bens de escasso valor, a ausência de um critério seguro a partir do qual tal (suposta) excepção devesse operar, conduzem-nos a duvidar seriamente da sua invocação.

Mas as dúvidas quanto ao âmbito da proibição do pacto comissório não se cingem ao objecto onerado, abrangendo igualmente o constituinte da garantia, discutindo-se se aquela interdição alcança as garantias prestadas por um terceiro não devedor,<sup>3023</sup> a favor do fiador<sup>3024</sup> ou, noutro plano, por parte de um não consumidor.<sup>3025</sup>

---

<sup>3020</sup> Neste tipo de convenções, o credor insatisfeito adquiriria, não a propriedade, mas um direito real menor sobre um determinado bem do devedor – sustenta a validade destes acordos, Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 162 e 163, porquanto “*non possa avere lo stesso significato del trasferimento di proprietà, in quanto non renderebbe inutile la fase finale della vendita, con diritto di prelazione, della cosa, vincolata in garanzia*”.

<sup>3021</sup> Aponta este exemplo Reglero Campos, El pacto comisorio cit., pág. 260, enfatizando que a alienação deste tipo de bens pelas vias comuns traria mais prejuízos do que benefícios.

<sup>3022</sup> Mais concretamente, o caso é o de uma companhia de seguros conceder um empréstimo a um segurado seu, garantido através da dação em penhor da apólice do seguro de vida, permitindo-se à seguradora, em caso de incumprimento por parte do devedor, apropriar-se do valor do resgate da apólice, restituindo um eventual excesso desta relativamente ao valor dívida. Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 81 e segs., entende que tal *fattispecie* se traduz num verdadeiro pacto comissório, operando através do mecanismo da compensação, ou melhor, em caso de incumprimento o bem onerado transfere-se para o credor e, apesar de este ter a obrigação de devolver a diferença ao devedor, tal constitui “*una irrisione, in quanto, o questa differenza non esisterà affatto, oppure essa consisterà in una somma molto piccola e per nulla corrispondente alla reale differenza tra il credito e il vero valore della polizza, la cui stima o meglio il modo con cui essa vien fatta, costituisce il più valido argomento a favore dell’illiceità della convenzione. Essa viene infatti compiuta (...) dallo stesso creditore, che così viene ad essere contemporaneamente mutuante e stimatore*”, pelo que o valor do resgate não corresponde àquele que a apólice teria em caso de alienação a preço de mercado ou de acordo com uma perícia independente (sendo irrelevante o facto de a apólice conter no seu verso, em momento anterior à concessão do empréstimo, uma tabela contendo o seu preço).

<sup>3023</sup> Realçam este aspecto, Jobard-Bachelier, ob. cit., pág. 63 e, especialmente, Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., págs. 64 e 69. Este último Autor desconfia da legalidade destes pactos celebrados entre o terceiro garante e o credor, por entender que “*o credor poderia usar a sua ascendência sobre o devedor e a vulnerabilidade económica deste para levar o devedor a encontrar um terceiro – o cônjuge, um parente, uma sociedade que controlasse - que estivesse disposto a garantir o crédito (...). Ainda mais grave seria o perigo de os credores pretenderem relações simuladas em que o devedor principal surgiria ficticiamente indicado como terceiro, enquanto um terceiro apareceria convenientemente indicado como devedor*” (para além disso, o preceito que impede as convenções comissórias não distingue se o bem dado em garantia pertence ao devedor ou a terceiro). Também para Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 159 a 162, tais pactos serão nulos (pois também eles serão susceptíveis de colocar em risco a subsistência das garantias típicas, por ele identificada como a ratio da interdição legal), mas salientando que quem ancore a inibição das convenções comissórias na tutela do devedor deveria admitir a validade das mesmas, “*dato che, se a stipulare il patto è un terzo, non ricorrerebbe alcuna esigenza di tutela (non essendo egli personalmente obbligato)*”, o mesmo sucedendo com aquelas que

sustentam radicar a proibição legal na protecção da *par conditio creditorum* (alegando o Autor que tal princípio é apenas vincutivo para o devedor). Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 266, dá conta de decisões judiciais contraditórias (as favoráveis alegando não estarem presentes as exigências de tutela do devedor ou da *par conditio creditorum* inspiradoras da inibição legal; as desfavoráveis sustentando que a proibição legal tutela, não apenas o devedor, mas qualquer sujeito exposto a uma responsabilidade patrimonial e, por isso, também o proprietário de um bem objecto de uma alienação com fins de garantia) e do facto de a doutrina se inclinar, maioritariamente, para a invalidade destes acordos, com base no argumento da jurisprudência que adopta esta posição. Finalmente, Vincenzo Lojaco, ob. cit., pág. 40, propende para a invalidade das convenções comissórias quando o objecto da garantia seja propriedade de terceiro, não só porque a lei não distingue esta situação daquela, mais comum, em que devedor e constituinte são a mesma pessoa, mas sobretudo porque subsiste neste caso a *ratio* da proibição que, na óptica do Autor reside, ao menos parcialmente, na desvirtuação das garantias reais (ou seja, apesar de não haver coacção directa sobre o devedor “*si verrebbe però sempre a violare la legge se si permettesse a un creditore di realizzare un profitto certamente superiore al suo diritto. In tal caso nulla importa se l’oggetto della garanzia sia di proprietà del debitore o di un terzo*”).

<sup>3024</sup> Nesta hipótese, contemplada por Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 162, o devedor convencionou com o fiador a transferência do bem para este último, no caso de este ser obrigado a cumprir a obrigação principal em vez do devedor (o Autor considera que tal pacto é inválido, uma vez que “*avvenuto l’adempimento del fideiussore, questi sarebbe surrogato nei diritti del creditore, diventando perciò creditore pignoratizio: anche rispetto ad esso, pertanto, oporrebbe la ratio del divieto come sopra individuata, onde il patto dovrebbe comunque ritenersi nulla*”, salvo tratando-se de um pacto autónomo, caso em que a questão deverá ser resolvida nos mesmos termos destes e que será escampelizada no texto). Vincenzo Lojaco, ob. cit., pág. 88 e segs., inclina-se para a invalidade de semelhante acordo quando o credor acorde com um terceiro – futuro fiador – condicionar a concessão de crédito ao devedor à existência de uma garantia pessoal e o fiador, por seu turno, impõe que, caso tenha de cumprir em vez do devedor, se aproprie do objecto dado em garantia (pois, em tal caso, o devedor, em estado de necessidade, é compelido a aceitar tal convenção, ficando o fiador com o direito de adquirir um bem de valor potencialmente superior ao do montante por si dispendido: ora, tal comprova “*il carattere usurario ed immorale della convenzione*”). Em termos mais gerais, o Autor entende ser necessário distinguir consoante o valor do objecto da garantia real seja claramente superior ao da dívida (caso em que o pacto será inválido, ao permitir ao fiador apropriar-se de um valor superior ao daquele por si desembolsado), seja apenas ligeiramente superior (destinado a compensar o fiador pela prestação da garantia e pelo risco que esta implica ou pelas flutuações do valor do bem: nesta hipótese, o Autor considere tal cláusula lícita uma vez que “*il margine può essere considerato irrilevante. L’intervento del fideiussore non sarà più dovuto normalmente ad intese col creditore, ma sarà questo a richiedere (...) l’aggiunzione alla garanzia reale, non troppo sicura, di una garanzia personale: mancando, in questo caso, l’ingiusto guadagno, la convenzione (...) non può considerarsi immorale*”) ou equivalente e até levemente inferior (caso em que a intervenção do fiador se destina a compensar o défice de valor do bem – e, por isso, não se vislumbra qualquer ilegalidade - mas de difícil verificação por não ser plausível que alguém se encontre disposto a suportar, além dos riscos inerentes à fiança, o de se apropriar de uma coisa de valor inferior àquilo que tenha desembolsado). Estas mesmas conclusões valerão para a fiança parcial, com a *nuance* da última hipótese delineada que, além de mais frequente, é susceptível de permitir um ganho excessivo ao fiador – designadamente quando a soma por ele paga seja notoriamente inferior ao valor do objecto onerado - e que, por isso, deverá conduzir à ilegalidade da *fattispecie*. Por último, o Autor desvaloriza o facto de a norma contendo a proibição do pacto comissório apenas mencionar um aproveitamento do devedor por parte do credor, alegando que o legislador “*ha voluto evitare al debitore una sopraffazione da parte di qualcuno da cui egli dovesse dipendere per la concessione di un pó di denaro (...) l’esservi un fideiussore al posto del creditore nulla toglie alla sostanza del patto per il quale il debitore è destinato a perdere in favore del fideiussore la cosa costituita in garanzia in corrispettivo dell’ammontare del debito. E una volta soddisfatto il creditore, il fideiussore subentra nei diritti di questo*”. Entendendo que, quando o devedor encontra um fiador e acorde que, no caso de este último pagar a dívida, adquirirá a propriedade de um bem do devedor que se encontra empenhado a favor do credor, a proibição não opera, por não ter sido o beneficiário da atribuição do bem quem emprestou dinheiro ao devedor, vide Troplong, ob. cit., pág. 111.

<sup>3025</sup> Neste contexto, Albina Candian, *Le garanzie cit.*, pág. 18 e segs., defende que só deverá aplicar-se a proibição “*se nel caso specifico si riscontrino gli elementi costitutivi della soggiogazione*”, assegurando ainda que “*a contrario, proprio il carattere eccessivo della sanzione della nullità comminata ad una fattispecie in cui la restituzione dell’indebito sembrerebbe essere il remedio più proporzionato potrebbe*

Em nosso entender, a resposta a (mais) esta interrogação se encontra umbilicalmente ligada à posição adoptada quanto ao fundamento da interdição das convenções comissórias, porquanto o radicar desta exclusivamente na necessidade de protecção do devedor conduzirá, tendencialmente, a tomar como lícitos os pactos comissórios subscritos pelo terceiro garante (ao menos quando este não possua nenhuma outra relação devedora para com o credor); ao invés, o ancorar daquela proibição em considerações de índole geral ou de defesa de terceiros (nomeadamente dos demais credores do prestador da garantia), conduz a alargar o domínio de aplicação da interdição também às hipóteses em que a garantia seja prestada por terceiro.

Conforme salientámos anteriormente, ao fazer coincidir a *ratio* da inibição em razões suplementares às de tutela do devedor, somos de parecer que a aquela alcança igualmente os casos em que os pactos sejam subscritos por terceiros não devedores, por também eles afastarem os princípios da tipicidade das garantias reais e da sua graduação recíproca (excepto, naturalmente, quando configurem um pacto marciano e preencham os respectivos pressupostos).

#### 4.3.5 - O pacto comissório autónomo

Finalmente e conquanto a questão extravase um pouco um âmbito da presente dissertação, discute-se ainda se o impedimento legal atingirá também os chamados pactos comissórios autónomos ou impróprios,<sup>3026</sup> ou seja, nas hipóteses em que as partes convençionem a futura transferência da propriedade de um determinado bem para o credor em caso de incumprimento, sem que exista qualquer garantia específica prévia a incidir sobre tais bens<sup>3027</sup> ou até quando o bem ou direito é transferido para o credor aquando da celebração do contrato, consolidando-se essa propriedade em caso de incumprimento da obrigação garantida (ou seja, mesmo que a transmissão do objecto da garantia se produza no momento da constituição da obrigação e não apenas em caso de incumprimento desta).<sup>3028</sup>

---

*indicare la necessita di restringerne l'applicazione a quei casi in cui l'elemento della coartazione del debitore appare concretamente".*

<sup>3026</sup> Bustos Pueche, ob. cit., págs. 567 e 568, distingue estes dois conceitos, definindo o pacto impróprio como aquele que funciona como uma garantia autónoma, independentemente de um contrato de garantia típico; por seu turno o pacto oculto ou autónomo seria aquele em que as partes obtêm o mesmo resultado da convenção comissória mas utilizando, ao menos aparentemente, outras figuras lícitas, atribuindo-lhes outras funções.

<sup>3027</sup> Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 9 e 10, enquadra na categoria dos pactos comissórios autónomos as convenções que, em consequência do incumprimento por parte do devedor, a propriedade de um determinado bem se transfere para o credor (acordos suspensivamente condicionados), bem como aqueles em que a propriedade da coisa se consolida em caso de incumprimento ou a aquisição se resolve em caso de cumprimento (acordo resolutivamente condicionado), residindo a autonomia destas fattispecie face às relativamente às tipificadas na lei na ausência de qualquer direito real sobre o bem prometido, isto é, *"l'accordo si riferisce infatti ad un bene libero, la cui disposizione in funzione di garanzia avviene unicamente a mezzo della descritta pattuizione, diretta alla attribuzione della proprietà del bene a vantaggio del creditore rimasto insoddisfatto"*. Inclui nesta categoria a venda com pacto de resgate, a venda sujeita à condição suspensiva do incumprimento, o *sale and lease back*, a procuração irrevogável para vender atribuída ao mutuante e a venda com reserva de propriedade.

<sup>3028</sup> Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., págs. 229 a 231, salienta que o essencial é que se opere a transferência do direito ou do bem, pois *"Independentemente do momento em que se opere a transferência do direito, o que é certo é que o resultado a que se chega, e a que a lei pretende obstar, é sempre o mesmo: a diferença de valor entre o objecto da garantia que passa nesse momento (ou que se consolida, no caso de transmissão fiduciária) para a esfera do credor e a obrigação garantida"* ou, noutros termos, *"É assim indiferente que, como na previsão do art.º 694.º, a transferência da propriedade fique sujeita à condição suspensiva do incumprimento ou que, como pode ocorrer na venda em garantia,*

A questão surge porque a lei apenas proíbe expressamente as convenções comissórias quando estas tenham como objecto um bem onerado com um penhor ou uma hipoteca (cfr. art.ºs 678.º e 694.º),<sup>3029</sup> nada dizendo acerca das hipóteses em que a transferência da propriedade conduza a resultados análogos à constituição de uma garantia típica munida de pacto comissório,

Conquanto a questão extravase, em certa medida, o âmbito desta dissertação, a invalidade deste tipo de pactos pode assim ancorar-se, essencialmente, na identidade de efeitos com os dos pactos comissórios típicos<sup>3030</sup> ou, de modo distinto, na

---

*a transferência da propriedade fique consolidada com o incumprimento, não tendo então o credor de fazer regressar a coisa ao seio patrimonial do devedor*”, enquanto Januário da Costa Gomes, ob. cit., págs. 91 e 92, sustenta que o momento temporal diverso em que se produz a transferência da propriedade (no pacto comissório típico e nas alienações fiduciárias) não pode “*justificar a abissal disparidade de regime, tanto mais que o pacto comissório corresponde também a uma alienação, só que condicionada ao incumprimento do devedor, incumprimento esse que funciona como condição suspensiva da aquisição pelo credor*”, concluindo que a justificação deve ser buscada na própria *ratio* da interdição legal dos pactos comissórios. Em termos análogos, Massimo Bianca, Patto cit., págs. 715 e 719 a 721 e especialmente in Il divieto cit., pág. 145 e segs., desvaloriza a circunstância de a transferência da propriedade ser imediata ou diferida, evidenciando que excluir do âmbito da proibição as primeiras (ainda que com fundamento na licitude da venda com pacto de resgate, aspecto este a que o Autor replica com a natureza de venda do próprio pacto comissório com efeitos suspensivos) significaria colocar o limite da aplicação da interdição unicamente no momento da passagem da propriedade para o credor: nesta conformidade, a ilicitude de ambos deve buscar-se no facto de em qualquer dos casos se dar a definitiva apropriação do bem em resultado do incumprimento do devedor (acrescentando que é precisamente por tenderem a substituir as garantias típicas que os pactos autónomos deverão ser invalidados).

<sup>3029</sup> No caso, porventura académico, de um pacto comissório recair sobre um bem onerado com um privilégio creditório especial, Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 164 a 166, qualifica-o como nulo, pois, à semelhança do que sucede com as demais garantias reais, o seu efeito principal é o direito de preferência e, deste modo, a *ratio* da proibição também alcança esta *fattispecie*.

<sup>3030</sup> Neste sentido, Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 94 e segs., assegurando que, apesar de não apresentar todos os elementos do pacto comissório ordinário, “*la legge deve egualmente vietare perchè anche esso immorale e dannoso agli interessi degli altri creditori*”, relativizando a circunstância de o legislador apenas interditar expressamente as convenções comissórias quando o bem objecto de transferência formasse objecto de uma garantia real, tendo em conta que os mesmos inconvenientes estão presentes nos pactos impróprios e, se estes não fossem sancionados, se concederia ao credor um óptimo expediente para ilidir a proibição legal (até porque, acrescenta o Autor, o credor terá maior facilidade em convencer o devedor a celebrar um pacto comissório impróprio, uma vez que neste, ao contrário das convenções típicas, “*il debitore conserva perfettamente intatta la sua sfera patrimoniale e sarà quindi più propenso ad acconsentire alla convenzione*”): apenas escapariam à invalidade os pactos em que o objecto fosse de valor igual ao total em dívida ou em que se imponha a avaliação do bem por um terceiro (neste último caso estaremos, aliás, perante um pacto marciano). Similarmente, entre nós, vide Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., págs. 206 e 207, considerando que a proibição pretendeu inviabilizar um resultado potencialmente prejudicial para o devedor, pelo que deverá estender-se àquelas figuras com uma estrutura diversa daquela prevista na lei em que tal resultado se produza ou possa produzir, ou seja, a proibição “*pretende evitar é um determinado resultado que não se limita às figuras para as quais foi directamente prevista e que consiste em evitar o prejuízo que o devedor sofreria em resultado do desequilíbrio entre o valor da coisa dada em garantia e a obrigação garantida se se permitisse ao credor ficar com ela sem avaliação ou com uma avaliação realizada pelo por ele próprio no caso de incumprimento da obrigação garantida*”. Em termos parcialmente divergentes, Pièrre Crocq, ob. cit., pág. 168 e segs., admite que a execução daquelas garantias se pode compaginar com a interdição comissória, pois o não enriquecimento injustificado do credor que subjaz a tal interdição pode respeitar-se na execução das garantias fiduciárias, desde que, possuindo o bem onerado um valor superior ao do crédito garantido, o credor conserve a propriedade unicamente se restituir ao empenhante a diferença (considerando-se nula qualquer cláusula em contrário), ou seja, desde que a determinação do valor do bem onerado impeça uma exploração do devedor, o que sucederá na reserva de propriedade (uma vez que o valor do bem se encontra definido no contrato de compra e venda e, se o valor da dívida for inferior a este, o credor conservará o bem, mas terá que devolver a diferença ao devedor) e nas garantias fiduciárias que incidam sobre bens objectivamente avaliáveis, como dinheiro, créditos pecuniários ou valores mobiliários, mas poderá não ocorrer com outros bens, caso em que será necessário aplicar às garantias

particularidade dos efeitos deste tipo de convenções face aos produzidos pelas garantias reais.<sup>3031</sup>

Um dos negócios mais frequentes, neste âmbito, é a venda com pacto de resgate ou pacto obrigacional de venda a retro, caso em que, não raras vezes, o preço representa o papel de um mútuo e o seu pagamento só se deverá efectuar na data da restituição da quantia mutuada,<sup>3032</sup> podendo a invalidade fundamentar-se na violação directa das

---

fiduciárias as regras do penhor que impõem a alienação judicial ou a avaliação do bem por um perito independente. Posição diversa é a de Fulvio Gliotti, ob. cit., pág. 138 e segs., que, depois de identificar como *ratio* da proibição a necessidade de salvaguardar as garantias reais típicas, sustenta a normal licitude dos pactos comissórios autónomos, por não violarem aquela *ratio*, pois “*la garanzia típica e la pattuizione comissoria autonoma sembrano costituire due forme di (usiamo l’espressione in senso non rigoroso) garanzia distinta, ciascuna con specifici vantaggi e rischi connessi*”, concluindo até que os pactos autónomos são mais arriscados para o seu beneficiário, nomeadamente em caso de deterioração do bem – caso em que o titular de uma garantia real pode pedir a substituição do objecto garantia e, na sua falta, o pagamento imediato do crédito, enquanto o beneficiário de um pacto autónomo apenas pode praticar actos de conservação, uma vez que o seu direito sobre o bem é condicional, suspensiva ou resolutivamente -, da possibilidade de excussão de outros bens do devedor – apenas admissível no caso das garantias reais -, e de indemnização dos danos provocados pelo incumprimento, os quais não poderão ser exigidos pelo titular do pacto autónomo, pois a alienação condicional pretende exactamente substituir as consequências do incumprimento). Nesta conformidade, não levanta dúvidas a existência de um pacto comissório sobre um bem e de uma garantia típica sobre outro, em garantia do mesmo crédito (tratando-se apenas de um problema de cumulação de garantias), mas sim quando as duas garantias recaiam sobre o mesmo bem, pois, neste caso, o funcionamento da garantia real típica seria excluída no seu núcleo essencial (porquanto tornaria impossível, uma vez verificado o incumprimento, “*ricorrere al contenuto tipico delle garanzie (reali o personali), le quali servirebbero solo come protezione formale, medio tempore, sino all’(eventuale) inadempimento*”), assim se impondo a ilicitude do pacto autónomo.

<sup>3031</sup> De acordo com Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 63 e segs. a circunstância de o pacto comissório se traduzir numa alienação condicional, com efeitos distintos das garantias reais, conforme melhor se exporá no texto, “*esclude che il divieto di legge possa essere riferito e limitato ad un patto comissorio quale mezzo di realizzazione di tali garanzie*”, considerando censurável uma interpretação segundo a qual “*il divieto possa ritenersi applicabile solo nel caso in cui il creditore, oltre ad acquistare il bene sotto condizione mediante patto comissorio, abbia inoltre ulteriormente provveduto ad assicurare il credito mediante un pegno*” (até porque a solução contrária redundaria em colocar no arbítrio do credor a licitude ou não do pacto, “*il quale potrebbe rimuoverla rinunziando a costituire uno di tali diritti, senza in tal modo alterare assolutamente gli effetti della alienazione e, in particolare, senza pregiudicare la possibilità di conseguire il bene a danno del debitore inadempiente*”), entendendo a referência da proibição aos pactos associados a garantias típicas como consequência de uma perspectiva de imposição de um limite negativo a este tipo de garantias.

<sup>3032</sup> Este contrato pode ser definido como um contrato de compra e venda em que se atribui ao vendedor a faculdade de resolução, faculdade esta que se não for exercida dentro do prazo fixado para o efeito transforma em definitiva a aquisição da propriedade por parte do comprador. Para Isabel Matos, ob. cit., págs. 174 a 176, a diferença entre a venda a retro e o pacto comissório prende-se com o momento da transmissão da propriedade: na primeira, a transferência é imediata e consolida-se com o cumprimento da obrigação, enquanto no pacto comissório a transferência fica suspensa até ao momento em que se verifique o incumprimento do devedor. Deste modo, a venda a retro “*não se encontra abrangida pela proibição do pacto comissório sempre que os outorgantes tenham efectivamente pretendido celebrar tal modalidade do contrato de compra e venda. Mas também somos de opinião que a venda a retro deve ser considerada inválida, sempre que seja utilizada de forma, indirecta, ilícita e fraudatária para contornar a proibição do pacto comissório e atingir os fins que se pretendem proteger*”. Em Itália, Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 502 e segs., alegava que a jurisprudência dominante apenas invalidava as alienações suspensivamente condicionadas ao incumprimento do devedor, aceitando, pelo contrário, as transferências imediatamente eficazes e subordinadas à condição de resolutive do pagamento do débito ou acompanhadas de um pacto obrigatório de retrovenda, com base, essencialmente, em quatro argumentos (o facto de o risco de perecimento do bem ser suportado pelo credor, enquanto nas transferências suspensivamente condicionadas tal risco corre por conta do devedor; a circunstância de o carácter imediato do efeito translativo colocar logo o devedor de sobreaviso, impondo-lhe um maior sentido de responsabilidade; que a transferência da propriedade se produzia com base no acordo das partes e não no exercício de um poder de apropriação por parte do credor insatisfeito; e, por último, no facto de o efeito



---

translativo se produzir imediatamente), todos eles, em seu entender, rebatíveis (o primeiro porque o risco de perecimento do bem não assume relevância jurídica, uma vez que o crédito garantido continua e usufrui da garantia genérica sobre o restante património do devedor; o segundo argumento será reversível, pois o devedor, ao consentir numa transferência imediata da propriedade, denota um particular estado de necessidade de concessão de crédito, assim se comprovando uma ainda maior vulnerabilidade; relativiza o terceiro porque, em qualquer caso, a consolidação na propriedade no credor se encontra sempre dependente do incumprimento do devedor; finalmente no que concerne ao último fundamento, “*il momento in cui avviene il trasferimento della proprietà del bene-garanzia non può fungere, di per sé, da convincente criterio per distinguere il patto commissorio da una valida alienazione in garanzia*”, considerando irrelevante a distinção para determinação dos prejuízos causados aos interesses tutelados pela proibição), dando, por isso, conta da sua discordância face a tal orientação e sublinhando que a imediata transferência da propriedade é apenas provisória ou cautelar, pois “*ha pur sempre titolo nell’inadempimento del debitore, è cioè subordinata alla condizione che si verifici tale inadempimento. Se dunque il titolo di (definitiva) appropriazione del bene da parte del creditore resta il medesimo, è lecito affermare che la figura in esame non costituisce una convenzione analoga al patto commissorio, ma dà luogo invece alla medesima situazione vietata*” (em termos aproximados, Massimo Bianca, Patto cit., pág. 716). Dando conta de uma alteração jurisprudencial, Carlo Rimini, ob. cit., pág. 192 e segs. (na medida em que, inicialmente, os tribunais apenas consideravam incluídos no âmbito da proibição os casos em que existisse uma alienação do bem suspensivamente condicionada ao incumprimento do devedor, evoluindo depois para um entendimento mais amplo da interdição, de acordo com o qual “*Il dato formale relativo al trasferimento della proprietà del bene al creditore già al momento del sorgere del credito non há più alcuna rilevanza*”, relevando apenas o intuito das partes em alcançar os objectivos previstos e punidos por lei), Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 219, nota 2 e pág. 240 (constatando terem os juízes aceite a posição doutrinal maioritária que considera nulas as alienações com pacto de resgate ou de revenda – ou, mais genericamente, resolutivamente condicionadas – sempre que, não obstante a transferência imediata da propriedade, se demonstre que o intuito das partes era o de “*garantire (con il bene alienato) l’adempimento di un debito dall’alienante*”, posição esta que merece o aplauso do Autor, que acrescenta ainda os casos em que o devedor assuma a obrigação de transferir um bem seu ao credor em caso de incumprimento, uma vez que, em todos esses casos, “*l’assoggettamento di un bene del debitore al potere di appropriazione satisfativa del creditore, lasciando al primo la possibilità di svincolare il bene mediante il pagamento del debito entro la scadenza e non prevedendo alcun congegno inteso ad assicurare al debitore stesso il recupero dell’eventuale eccedenza del bene rispetto all’ammontare del credito*”, pelo que “*i pericoli che il debitore correbbe appaiono del tutto identici a quelli (...) che il legislatore ha tenuti presenti quando ha negato validità al patto commissorio*”) e Gregorio Gitti, ob. cit., págs. 458 e segs. (qualificando de formalista a posição que atende unicamente ao momento da produção dos efeitos reais, e assegurando que, desde 1989, a Corte de Cassação optou por um entendimento mais substantivo, nos termos do qual a venda com pacto de resgate será inválida sempre que se demonstre que o intuito das partes foi o de constituir uma garantia, com a atribuição irrevogável do bem ao credor apenas em caso de incumprimento do devedor. Por último e mais recentemente Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 28 e segs., concretiza que esta cambalhota jurisprudencial se iniciou com o Acórdão da Corte de Cassação de 3/6/1983, n.º 3800, embora com decisões contrárias (vide a decisão da Corte de Cassação de 12/12/1986, n.º 7385, in Foro Italiano, 1987, Vol. I, pág. 799), o que motivou a emissão de um Acórdão das Secções Unidas da Corte de Cassação de 3/4/1989, n.º 1611, in Foro Italiano, 1989, Vol. I, pág.1427, na qual se pode ler que entre as alienações em garantia e as convenções comissórias têm uma “*comune identica causa e se siano strutturate in modo da produrre gli stessi effetti, dato che in ogni caso il trasferimento della proprietà viene nella realtà condizionato all’inadempienza del debitore (...) rende irrilevante l’immediato trasferimento del bene, avendo le parti il reale intento di costituire una garanzia ed attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempienza del mutuário*”(em termos aproximados, Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 262 e segs. e Nicola Cipriani, ob. cit., págs. 50 a 55 – este último realça que, deste modo, os magistrados reconhecem a irrelevância do momento translativo para efeitos de descoberta de um pacto comissório). Em face do direito espanhol, Bercovitz Rodríguez-Cano, Manual de derecho civil cit., pág. 301, entende que este negócio de compra e venda será nulo por violação da proibição do pacto comissório, embora saliente que a jurisprudência nele vislumbra um negócio fiduciário válido de transmissão de um bem em garantia, de modo que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor garantido apenas poderá executar o objecto da garantia nos mesmos termos em que o possa fazer os demais credores (todavia, existe o inegável risco para o devedor proprietário do bem, decorrente da transmissão da propriedade para o credor, uma vez que este último pode dispor do bem a favor de um terceiro que, se boa fé, poderá opor o seu direito ao devedor verdadeiro proprietário de tal objecto). Para um panorama geral do direito italiano,

norma que interdita as convenções comissórias<sup>3033</sup> (ou na aplicação analógica do dito preceito)<sup>3034</sup> na existência de uma simulação relativa,<sup>3035</sup> através do recurso à figura do

---

vide ainda Ira Bugani, Il divieto del patto comissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita), in *La giurisprudenza civile comentata*, ano 2, n.º 1 (Jan/Fev 1986), II, págs. 31 a 42, Corrado Chessa, Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto comissorio, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 21 (1994), págs. 669 a 676 e Aldo Angelo Dolmetta, *Lease-back* e patto comissorio: un rapporto complesso, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 29 (2002), I, págs. 306 a 317.

<sup>3033</sup> Considerando que a proibição abrange, ainda que por força de uma interpretação extensiva, também estas hipóteses. Para Gregorio Gitti, ob. cit., pág. 458, a directa violação do norma apenas cobre as hipóteses em que seja convencionalizada a manutenção da obrigação de restituição da quantia mutuada ao adquirente do bem transferido em garantia (em todos os demais casos, a sua anulação pressuporá o recurso ao instituto da fraude à lei). Já Massimo Bianca, ob. cit., pág. 719 e segs., depois de considerar a alienação em garantia inapta para garantir o pagamento de um crédito (considerando a ausência de um preço), sendo antes destinada a assegurar uma atribuição, a favor do credor, com carácter de satisfação de um bem para o caso de incumprimento do devedor, entende estaremos perante “*un’alienazione in garanzia a tipo comissorio con anticipato trasferimento della proprietà: ricadente direttamente e immediatamente nell’ambito del divieto legislativo*”, ou seja, a venda com pacto de resgate celebrada com função de garantia é, efectivamente, “*un’alienazione in garanzia e che, indipendentemente dall’anticipazione del momento trattativo, essa ricade sotto il divieto del patto comissorio*”, salientando “*l’idoneità di tale vendita a sostituirsi facilmente al patto vietato, e ad assorbire quindi in uno schema ugualmente pronto ad abusi*”. Fulvio Gigliotti, pág. 23 e segs., afirma que a norma em questão possui “*una capacità espansiva tale da non circoscriverne l’applicazione al solo strumento impiegato per raggiungere il risultato, ma al risultato stesso*”, interpretando-a como “*pur sanzionando espressamente una determinata forma giuridica vieta in realtà un più ampio risultato economico*”, entendimento este consagrado em algumas decisões judiciais citadas pelo Autor (como, por exemplo, no Acórdão da Corte de Cassação de 1/2/1974, n.º 282, in *Foro Italiano*, 1974, Vol. I, pág. 1388, no qual se pode ler que “*non può non attribuirsi natura materiale alla norma dell’art. 2744. Se la legge si preoccupa di evitare, con il divieto, che il debitore, subendo la coazione morale del creditore, si assoggetti a perdere la proprietà del bene costituito in garanzia, nel caso di inadempimento (...) non è dubbio che sia ininfluente lo strumento negoziale adottato per il raggiungimento di quell’intento: interesse esclusivamente il risultato economico voluto dalle parti*”).

<sup>3034</sup> Na medida em que tais negócios, apesar de não caírem directamente sob a alçada da proibição legal, conduzem ao mesmo resultando prático visado pela norma em questão, ou seja, à aquisição, por parte do credor, da propriedade de um bem do devedor, em resultado do incumprimento de uma obrigação por este assumida para com aquele.

<sup>3035</sup> Isto é, considerando que a alienação constituiria apenas uma dissimulação de um mútuo com pacto comissório. Perfilha este entendimento Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 106 e segs., concluindo que, anulada a venda, permanecerá válido o mútuo, mas sem a convenção comissória adjacente. Mais detalhadamente, o Autor sustenta não se tratar de uma venda comum, mas antes de uma venda com função de garantia, na medida em que “*il prezzo altro non è che l’oggetto del prestito, di conseguenza la somma pagata debba essere molto inferiore al valore della cosa venduta (...). Se infatti il debitore-venditore non restituisce alla scadenza la somma, esercitando contemporaneamente il riscatto, la cosa venduta passerà definitivamente in proprietà del creditore-compratore, per un prezzo molto inferiore al suo reale valore. Viene così a verificarsi la stessa situazione, che abbia visto sussistere nel caso del patto comissorio*” (de modo que, ao contrário do que sucede na compra e venda comum – em que os créditos recíprocos se extinguem por compensação –, no negócio em garantia as partes não pretendem a extinção o crédito para cujo cumprimento acordaram a venda, o qual se extinguirá apenas se, no momento do vencimento da soma mutuada, o devedor não cumprir). O Autor aceita, quando muito, que estejamos perante um negócio indirecto, mas, ainda que assim seja, a consequência será igualmente a nulidade da venda, ainda que realmente pretendida, em razão da sua utilização como ferramenta para contornar a proibição legal do pacto comissório. Por último, o Autor advoga que as mesmas conclusões são transponíveis para a venda com pacto de *retrovendendo* ou de *reaquisição* (no primeiro caso o vendedor tem o direito, no segundo a obrigação de readquirir o bem alienado), uma vez que “*incombendo al venditore il diritto o l’obbligo di restituire il prezzo di vendita si verificano in caso di mancata restituzione nè più nè meno, gli effetti del patto comissorio, per il quale la cosa resterà acquistata dal compratore per una somma molto inferiore all’effettivo valore della cosa (...) in entrambi i casi il debitore avrà interesse a restituire il prezzo e a impedire in tal modo che il creditore si appropri della cosa già venduta a noto prezzo*”: ou seja, mais uma vez, as partes se socorrem de um instituto em si lícito,

---

“*ma idoneo nei suoi pratici risultati a produrre gli effetti propri del commissorio*”. O mesmo Autor (ob. cit., pág. 125), conclui que a venda com função de garantia ou pacto de resgate “*è da considerarsi come contratto fraudolento solamente nel caso in cui nasconde un patto commissorio; nel caso contrario non si avrà fraudolenza bensì semplice simulazione per cui la vendita sarà lecita, ma nulla, perchè non voluta dalle parti; il contratto dissimulato, anch’esso lecito, avrà efficacia*”. Segundo Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 265 e segs., esta posição assenta na identificação da vontade das partes e da função económica do negócios, para cuja determinação cumpre recorrer a um método presuntivo, isto é, retirando a eventual existência de um intuito simulatório da presença de um conjunto de indícios, uns relativos aos sujeitos (a prática usual de negócios usurários ou o estipulação frequente de vendas com pacto de resgate por parte de um sujeito), outros à modalidade do contrato (a natureza desproporcionada do preço, o facto de o bem vendido permanecer em poder do alienante a título de locação, a circunstância de o devedor não poder resgatar o bem durante determinado período de tempo ou deva restituir um montante superior ao do preço ou, finalmente, quando o vendedor assuma o riscos inerentes à coisa e aos seus frutos) e outros ainda a outras circunstâncias que rodeiem a celebração do negócio (o seu carácter secreto, a redacção num documento separado ou o facto de o comprador não se ter informado acerca das características do bem), embora o Autor alerte para a ausência de unanimidade relativamente ao peso relativo de cada um destes indícios (aludem também a estes indícios, Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 121 e Weil, ob. cit., pág. 96, mencionando o preço vil, a relocação imediata do bem ao suposto vendedor contra o pagamento de um aluguer elevado, a frequência das aquisições por parte do mesmo sujeito ou a desproporção entre o preço de venda e o preço de restituição; Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 26, por seu turno, adverte que só a verificação cumulativa de alguns destes indícios poderá assumir algum relevo presuntivo). Em termos semelhantes, Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 437 e segs., entende que a verdadeira causa do negócio de venda com pacto de retro variará consoante se demonstre ou não a existência de um verdadeiro preço: em caso afirmativo (ou seja, quando a prestação do vendedor consiste verdadeiramente na devolução do preço), estaremos perante uma autêntica venda com pacto de retrovenda; pelo contrário, quando tal prestação seja apenas uma devolução ao comprador de uma quantidade mutuada, o negócio deverá qualificar-se como venda em garantia (ora, segundo o Autor e por força da proibição do pacto comissório, o negócio fiduciário não constitui causa suficiente para justificar a transmissão do domínio dos bens, pelo que sempre que aquele tipo de negócios esconda um pacto comissório será nulo, por causa ilícita - nos mesmos termos em que este o pacto comissório o é - ou inexistente por falta de causa translativa: nesta conformidade, o Autor conclui que “*La causa fiduciae es admisible y perfectamente legítima, pero en si carece de efectos translativos, a no ser que detrás exista una verdadera voluntad translativa del dominus y siempre que no constituya un rodeo de la prohibición del pacto comisorio*”, aceitando a validade destes negócios fiduciários sempre “*que se asegure un mínimo de conmutatividad en las recíprocas prestaciones*”, em termos análogos ao exigido pela lei que proíbe as convenções usurárias). Aliás, a invocação da figura da simulação para justificar a nulidade da “*vente à réméré*”, quando se comprove que este negócio constitui uma fraude à proibição do pacto comissório, tem já raízes muito profundas no ordenamento francês - cfr. Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 49. Entre nós, esta posição é, ao menos aparentemente, subscrita por Vaz Serra, Penhor cit. in BMJ n.º 58, pág. 219 e 220, afirmando que, quando haja simulação, haverá que atender ao negócio dissimulado - constituição de garantia real com pacto comissório - e a esse será aplicável a proibição legal; não havendo simulação (como normalmente acontecerá, segundo o Autor, pois as partes pretendem a transferência imediata da propriedade e não apenas aquando do incumprimento), caberá apurar se a proibição do pacto comissório será aplicável, o que dependerá da delimitação do âmbito de aplicação da proibição. Relativamente aos efeitos do contrato simulado, Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 121 e segs., alerta para o facto de o terceiro sub-adquirente de uma coisa de um sujeito que, por sua vez, a houvesse adquirido através de uma compra e venda simulatória de um pacto comissório, uma vez declara nula esta venda, não pode ver-lhe oposta esta nulidade, desde que se encontre de boa fé; quanto aos credores do alienante simulado, estes podem arguir a simulação que prejudica os seus direitos, pedindo a nulidade da alienação e, conseqüentemente, que o bem ainda pertence ao património do pseudo vendedor, seu devedor (no que concerne à prova da simulação, o mesmo Autor admite que os terceiros credores e outros interessados podem socorrer-se de qualquer meio legalmente admitido, o mesmo acontecendo com as próprias partes na convenção). Por seu turno Mirabelli, ob. cit., pág. 448 e segs., reconhece ao devedor e aos diversos credores o direito de arguir a simulação (quanto às partes, porque também elas se encontram legitimadas para descobrir os negócios fraudulentos e, quantos aos terceiros credores, porque a demonstração da simulação redundará na qualificação do bem como propriedade do seu devedor), admitindo ainda que, uma vez desmascarada a simulação, o negócio querido possa valer como penhor, desde que não concedido em fraude aos demais credores do devedor e preencha os requisitos legais de constituição desta garantia (em especial, constar de documento escrito contendo uma suficiente identificação do crédito garantido e do bem onerado).

negócio indirecto<sup>3036</sup> ou do instituo da fraude à lei,<sup>3037</sup> na ausência de um interesse digno de tutela jurídica<sup>3038</sup> ou, finalmente, desconfiando da idoneidade deste negócio para garantir o pagamento de um crédito.<sup>3039</sup>

<sup>3036</sup> Fazendo apelo à noção de negócio indirecto, enquanto utilização de um negócio lícito para alcançar uma finalidade vedada por lei ou, noutros termos, a adaptação de um negócio típico para atingir objectivos extra-típicos e contrários à lei - Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 26 e 27 Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 266 e segs., depois de recusar a tese da simulação (considerando-a inadequada, porquanto “*una volontà di simulare poteva, infatti, ritenersi normalmente esclusa. Se il debitore e creditore ricorrevano alla vendita con patto di riscatto, ciò sembrava spiegarci proprio col fatto che tale vendita poteva in sé stessa, senza quindi la necessità di simulare l’esistenza do una diversa situazione giuridica, prestarsi alla realizzazione delle finalità di un mutuo garantito*”, até porque o pretensu intuito simulatório deverá partir de uma análise objectiva da *fattispecie* – e não de uma análise simplista da suposta e muitas vezes indemonstrável vontades das partes, baseada numa presunção simulatória arbitrária, porquanto normalmente não haverá divergência entre as declarações aparentes e efectivas das partes – e da sua função económica, a qual conduzirá à exclusão da simulação sempre que “*la vendita con riscatto venga adattata ad una diversa funzione economica, senza che questa contrasti con la disciplina prevista per questo negozio*”), aceitar a tese do negócio indirecto (entendido como aquele em que “*il rapporto di garanzia si è individuato come un fine ulteriore della vendita, tale da non modificare la disciplina e la causa della vendita stessa*” ou, noutros termos, “*un negozio volto al conseguimento di un risultato ulteriore che non è normale (o tipico) del negozio stesso*”), desde que se demonstrasse que o fim ulterior pretendido não implicava uma modificação da disciplina jurídica do negócio (ou seja, preservando a compatibilidade entre o fim ulterior e a causa do negócio, “*nel senso che la utilizzazione del negozio non può superare quel limite al di là del quale verrebbe contraddetta la causa del negozio*”) o que, no caso das alienações em garantia significaria que “*il perseguimento di un scopo di garanzia non contraddice la causa della vendita*”: ora, tal não acontece, pois, na opinião do Autor, a venda em garantia é estruturalmente inidónea para garantir o cumprimento de uma obrigação, conforme se dará conta numa das notas seguintes.

<sup>3037</sup> Esta posição tende a confundir-se com a anterior, na medida em que alguns Autores (vide, por todos, Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 102 e segs., identificando a simulação como uma das formas utilizadas para defraudar a lei). Parece ser esta a posição dominante da jurisprudência italiana, conforme de alcança da leitura do Acórdão das Secções Unidas da Corte de Cassação de 3/4/1989, n.º 1611, in Foro Italiano, 1989, Vol. I, pág.1427 de 1989, na qual se pode ler que “*le parti, in quanto adottano uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, pongono in essere una causa illecita (...). La vendita, in sé lecita e non puramente formale, costituisce un negozio mezzo, perché tende ad eludere il contenuto di una norma ed assume la figura di contratto in frode alla legge*” – ora, como salienta Gregorio Gitti, ob. cit., pág. 458, de tal aresto resulta que, na opinião dos magistrados, apesar de a utilização da figura em questão não redundar numa violação directa da proibição do pacto comissório, “*configura mezzo per eludere tale norma imperativa e, quindi, esprime una causa illecita*”, ou seja, constitui um negócio em fraude à lei. Tomando posição, este Autor entende que quando o débito resultante do contrato de mútuo se compense com o débito do preço do adquirente, o escopo das partes será de natureza solutória, faltando um crédito a assegurar, pelo que o negócio não poderá ser invalidado numa violação directa da proibição das convenções comissórias, mas apenas com fundamento em fraude à lei (e caso se demonstre a intecção das partes em alcançar um resultado análogo ao das convenções comissórias, designadamente quando se comprove uma desproporção entre o valor do bem transferido e do mútuo compensado), o mesmo sucedendo quando não haja uma relação obrigacional entre as partes prévia ou contemporânea da venda com pacto de resgate (caso em que o negócio não poderá ser anulado com fundamento na violação do pacto comissório, na medida em que não existe um crédito a garantir). O Autor salienta, porém, que o instituto da fraude à lei tem contornos algo imprecisos, exigindo a opinião dominante a verificação de dois requisitos, um de natureza objectiva – o resultado prático a que conduz o negócio delineado pelas partes - e outro de natureza subjectiva – a intenção das partes em ilidir uma norma legal (a jurisprudência, por seu turno, entende que, para a comprovação da existência de uma efectiva fraude à lei, é forçosa a concorrência destes dois aspectos, assegurando que o primeiro se verificará sempre que exista uma “*surrogabilità in senso economico del procedimento posto in essere dalle parti rispetto a quello espressamente vietato dalla norma elusa (...)* valutando se il concreto risultato conseguito dalle parti sai tale da porre gli stessi contraenti in una situazione sostanzialmente non dissimile da quella che avrebbero conseguito ponendo in essere il negozio vietato”, para o que se serve dois parâmetros de avaliação, quais sejam a existência de uma relação de confiança entre as partes e, sobretudo, a frequência do procedimento simulatório; ao passo que, para demonstrar a verificação do requisito subjectivo, se socorre de um conjunto de indícios, embora o Autor chame a atenção para o facto

Alguns operam uma distinção consoante à venda com pacto de resgate não pré-exista algum débito do vendedor para com o adquirente a título de mútuo ou, pelo contrário, no momento daquela venda subsista algum débito decorrente de um mútuo, para apenas considerar lícita a primeira *fattispecie*.<sup>3040</sup>

Mas não é este o único negócio de transferência de direitos ou bens em garantia cuja adequação face à proibição do pacto comissório é debatida, pois idênticas interrogações se erguem a propósito da concessão, por parte do empenhante, de um

---

de este elemento “*non può consistere nella coscienza di porre in essere un atto di frode ad una norma imperativa, anche perché si giungerebbe ad anticipare una valutazione che solo l’interprete in sede giurisprudenziale può operare, compiendo così un errore di logica giuridica*”). Entre nós, Isabel Matos, ob. cit., págs. 193 e 194, inclina-se para este entendimento, ao afirmar que a tendencial licitude das alienações em garantia (em geral) se encontra condicionada à correspondência entre o valor do bem alienado e do débito, pois, se assim não for, a operação será inválida quando “*se vise através da celebração da mesma contornar a proibição constante de normas legais imperativas, designadamente a que consagra a proibição do pacto comissório, caso em que haverá fraude à lei*”.

<sup>3038</sup> Na medida em que as convenções em questão são atípicas, enquadráveis na liberdade contratual das partes: contudo, este princípio sofre algumas limitações, uma das quais reside precisamente na necessidade de existência de um interesse merecedor de tutela jurídica - Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 28 e 29.

<sup>3039</sup> É a posição de Massimo Bianca, Patto cit., pág. 719 e segs., afirmando que “*la vendita con patto di riscatto è strutturalmente inidonea a garantire un credito*”, pois a compra e venda requer um preço como contrapartida da transferência do bem (enquanto a cláusula de resgate pressupõe que o pagamento do preço seja anterior ao termo do resgate): ora, numa alienação com fins de garantia falta o preço (em termos mais pormenorizados, “*Se infatti l’alienazione riceve un’attribuzione pecuniaria che importa a suo carico un obbligo di restituzione, questo obbligo esclude sicuramente che l’alienante abbia ricevuto quell’attribuzione come soddisfacimento del diritto che gli deriverebbe dalla vendita*”, reforçando que de tal contrapartida poderá falar-se, quando muito, no momento do incumprimento, na liberação do alienante da obrigação garantida, mas então estaríamos perante a qualificação como venda da própria figura do pacto comissório). Para determinar a existência da dita função de garantia o Autor sugere, na esteira da jurisprudência, o recurso a um conjunto de indícios (como sejam o facto de o suposto vendedor permanecer em poder do bem e de suportar as despesas de alienação e o risco de perecimento do bem, o preço vil, a linguagem usada e a circunstância de as partes declararem que cedem o bem a título de garantia), particularmente quando não for facilmente detectável uma obrigação a que tal operação sirva de garantia. O mesmo Autor já havia sido exposta in Il divieto cit., pág. 299 e segs., distinguindo entre a venda suspensivamente condicionada ao incumprimento do devedor (hipótese que o Autor entende ser coincidente com a do pacto comissório, sendo, por isso, liminarmente inválida), e aquela outra com pacto de resgate ou resolutivamente condicionada ao cumprimento do devedor (cuja tendencial admissibilidade legal radica em considerações de ordem histórica e, principalmente, na circunstância de essa admissibilidade se justificar enquanto “*figura autonoma rispetto alle alienazioni in garanzia e si sottrae alle norme dettate per queste ultime solo in quanto la sua stipulazione non sia fondata sull’intento di costituire una garanzia*”), repisando que, mesmo nestas últimas, “*l’intento di garanzia altera lo stesso schema della vendita con riscatto, risolvendo il trasferimento nei termini di un’alienazione in garanzia*” e constatando até que se deverá admitir uma presunção da existência de uma finalidade de garantia “*dal fatto stesso che le parti modificano la disciplina della vendita per conformarla ad una disciplina che è propria del vincolo di garanzia*”, tanto mais que “*il fatto che il trasferimento della proprietà sia predisposto come sicurezza dell’alienatario (...) ponde altresì la ragionevole presunzione che la somma stessa non sia adeguata al valore del bene ceduto in garanzia (...) non sia economicamente valutato alla medesima stregua di un corrispettivo del bene alienato*”).

<sup>3040</sup> Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 504, salientando que, no primeiro caso, faltando um crédito garantido, não será correcto falar de função de garantia em sentido estrito (até porque o risco de perecimento do bem impende sobre o adquirente-mutuante, pelo que em tal caso fica privado de qualquer acção contra o seu devedor para obter a restituição da soma mutuada). Ao invés, na segunda hipótese “*l’acquirente rimane creditore della somma che figura quale prezzo, non si veda quale sia il corrispettivo e i dubbi avanzati in merito alla validità della vendita sono più che legittimi: manca la funzione di scambio tra l’alienazione di un diritto e un corrispettivo pecuniario, perciò o si tratta di simulazione (che nasconde un patto comissorio) o vi è nullità per difetto di un elemento essenziale*”.

mandato irrevogável ao credor pignoratício para alienar o bem recebido em garantia<sup>3041</sup>, da cessão de créditos<sup>3042</sup> ou da alienação fiduciária em garantia<sup>3043</sup>, da venda com

<sup>3041</sup> No Acórdão da Relação do Porto de 7/6/2004, in CJ 2004, III, pág. 186 e segs., (embora relativo à hipoteca, mas com aplicação ao penhor) qualificou-se como pacto comissório “*a outorga de uma procuração irrevogável com plenos poderes para vender ou prometer vender a quem entender, incluindo a mandatária, pelo preço e demais condições que entender, os identificados prédios sobre os quais foi constituída uma hipoteca pelo mandante a favor dessa mesma mandatária*” (no mesmo sentido, vide o Acórdão do STJ de 21/12/2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Mais cautelosa é Isabel Matos, ob. cit., pág. 120, nota 228, para quem é possível “*que sejam concedidos poderes ao credor para celebrar negócios consigo mesmo ou vender o bem a terceiro mediante procuração irrevogável, desde que se assegure a justeza do preço pelo qual o bem é transmitido (pacto marciano)*.” Para Valentina Balbo, ob. cit., pág. 5, esta convenção consiste numa forma de contornar a proibição do pacto comissórios (especialmente quando ao credor não seja imposta qualquer obrigação de prestação de contas), mas sem que tal impeça a jurisprudência de legitimar tal operação sempre que o mandato tenha como finalidade específica a satisfação dos credores em geral com o produto de venda.

<sup>3042</sup> Relativamente a este negócio em particular, Pestana de Vasconcelos, A cessão cit., págs. 628 e 632 a 634, apesar de assegurar que a proibição vigora “*tanto no caso de o instrumento jurídico a que se recorre ser um penhor ou uma hipoteca, como se se tratar de uma garantia atípica pela qual o mesmo resultado seja alcançado*”, entende que o resultado produzido pela cessão de créditos em garantia não viola tal proibição, porquanto o *modus operandi* desta figura impede (só assim não será quando decorrer da interpretação do negócio que o que se pretendeu foi efectivamente que o credor pudesse fazer seus os créditos sem mais, caindo-se então, mas só então, no âmbito do pacto comissório) que o credor/cessionário fique com o crédito de modo a extinguir a obrigação do cedente, assemelhando-se antes ao chamado marciano (assim, se o credor já tiver cobrado o crédito recebido em garantia, terá que aplicar a quantia recebida à liquidação da obrigação em dívida, devendo devolver imediatamente à contraparte o eventual remanescente; se, pelo contrário, na data do vencimento da obrigação garantida, o crédito dado em garantia ainda não se tiver vencido, o credor fiduciário poderá aguardar pelo vencimento deste último ou, em alternativa, alienar o crédito a um terceiro, empregando a quantia recebida à liquidação da dívida e devendo restituir o eventual remanescente: mais precisamente, da relação fiduciária entre as partes decorrem “*os deveres de avaliação do bem e restituição do remanescente ou da sua alienação a terceiro, nas melhores condições de mercado, e a restituição do que sobejar ao garante depois de extinta a obrigação garantida. Estamos aqui face a um (...) pacto marciano*”). Por seu turno Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 97 e segs., afastando-se de um entendimento mais liberal (sustentado, por exemplo por Vaz Serra, Cessão de créditos e outros direitos, in BFDUC n.º XXX, págs. 383 e 384, segundo o qual a transmissão “*não encerra, em princípio os perigos do pacto comissório, visto que o fiduciante pode, pagando a dívida garantida, recuperar a coisa ou o crédito, devendo realizar o seu valor como um credor pignoratício, isto é, não fica o fiduciário com essa coisa ou crédito logo que o fiduciante deixe de pagar a dívida garantida no prazo fixado, como sucederia com o pacto comissório*”, apenas exceptuando o caso em que se estipulasse que, não sendo paga a dívida no prazo estabelecido, o fiduciário poderia ficar com o crédito transmitido pelo fiduciante), considera que na cessão de créditos em garantia a transferência do crédito para o fiduciário-transmissário se dá mesmo antes e independentemente de qualquer incumprimento por parte do devedor (pelo que estamos perante uma situação equiparável – ou até, de um certo *prima* mais lesiva do devedor – à que a proibição do pacto comissório pretende conjurar), mas conclui pela licitude na figura nos termos em que se aceita a validade do pacto marciano, isto é, “*a cessão em garantia não será válida quando não sejam estabelecidos mecanismos tendentes à congruidade entre o valor do crédito cedido e o montante do crédito garantido e, mais genericamente, quando não sejam adoptadas as cautelas exigidas para a validade do pacto marciano*”. Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 298 a 292, apesar de noticiar a subsistência das mesmas posições vigentes para a alienação de bens em garantia, dá conta de uma tendência no sentido “*da imunidade da cessão de créditos em garantia ou, pelo menos, da menor susceptibilidade de a garantia constituída por este negócio poder ser invalidada à luz da proibição do pacto comissório*” (neste mesmo sentido, Menezes Leitão, Cessão cit., pág. 447, salientando que, uma vez efectuada a cobrança pelo cessionário, este se obriga a devolver um eventual excesso ao cedente, podendo reter para si o que lhe for devido e afirmando que se o cessionário se apropriar de um valor superior à satisfação do seu crédito incorre em responsabilidade civil e que o mecanismo de condição resolutiva *insito* neste negócio implica a reversão automática do crédito para o cedente em caso de cumprimento da obrigação garantida), mas embora a natureza dos créditos facilite uma avaliação correcta e isenta do bem – garantindo, desse modo, a devolução ao cedente de um eventual excesso – se, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o beneficiário da garantia cobrar o crédito recebido em garantia, “*deve respeitar*

---

as exigências do pacto marciano, maxime restituição do superfluum ao cedente” (o mesmo sucedendo quando o cessionário se aproprie do montante pecuniário resultante da cobrança do crédito recebido em garantia, sempre que este se vença antes da obrigação garantida): analogamente, caso o beneficiário da garantia pretenda alienar o crédito recebido em garantia após o incumprimento da obrigação garantida, “*não renuncia à devolução do valor excedente entre o montante da dívida insatisfeita e o valor do bem alienado em garantia. O incumprimento da obrigação garantida precipita a consolidação definitiva da titularidade do bem ou do direito na esfera jurídica do beneficiário (...), mas também determina o aparecimento do direito de crédito do devedor, prestador da garantia, à devolução do superfluum*”, exigência esta que não tem um fundamento fiduciário, decorrendo antes “*do regime do pacto comissório e do pacto marciano, enquanto disciplina aplicável à generalidade das garantias, por aflorar um princípio geral de proporcionalidade, tutelador da posição do devedor e dos respectivos credores*”. Em Itália, Lelio Barbiera, ob. cit., pág. 747 – embora dê conta que a jurisprudência dominante admite a cessão em garantia de créditos, inclusivamente futuros (constata o mesmo cenário Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 185 e também in Patto comissorio, proprietà e mercato (appunti per una ricerca), in Rivista Critica di Diritto Privato, n.º 15 (1997), págs. 114 e 115, embora neste último escrito saliente que a generalidade da doutrina se mostra a favor da licitude deste negócio, mesmo que celebrado com fins de garantia) – pronuncia-se pela invalidade deste tipo de negócios, em razão da violação da proibição do pacto comissório (desvalorizando os dois argumentos normalmente invocados – a validade do pacto marciano e o art.º 2803.º que autoriza o credor a satisfazer o seu crédito com o montante obtido pela cobrança do crédito recebido em garantia - : relativamente ao primeiro, “*non ricorrono i presupposti volitivi tesi a permettere la vendita del bene, a giusto prezzo, al creditore pignoratizio*”; quanto ao segundo, a norma em questão “*attiene a un fenomeno solutorio e non di garanzia e si applica inoltre solo al pegno avente ad oggetto crediti pecuniari*”). Embora concordando com este entendimento no que respeita à cessão de créditos, Carlo Rimini, ob. cit., pág. 192 e segs., entende merecer uma referência autónoma as cessões em garantia de títulos de crédito – em particular a cessão, através de um endosso pleno, de títulos à ordem – as quais serão inválidas, na medida em que transferem para o endossatário a legitimação para o exercício de todos os direitos inerentes ao título, incluindo o direito de o ceder a terceiros (acrescentando que, ao invés do que sucede com os créditos, o título de crédito circula como um bem móvel e possui um valor de mercado que raramente coincide com o valor do crédito nele incorporado), surgindo o escopo de garantia como a causa do contrato, desse modo criando “*un contrasto insanabile fra il contratto di garanzia e il divieto del patto comissorio*” (em termos análogos para a cessão, através de endosso pleno, de títulos nominativos, Gaspare Spatazza, ob. cit., págs. 676 e 677, entendendo que, com essa tal operação, as partes “*simularono un trasferimento della proprietà delle azioni per mascherare un patto comissorio, vietato ex art. 2744 c.c., patto che viene stipulato per l’ipotesi di mancata restituzione della somma mutuata alla scadenza*”, mas que a ressalva que certas decisões judiciais, apesar de reconhecerem a invalidade da transferência, admitem a válida constituição do penhor inter partes, alegando que para tal basta o simples desapossamento). Também Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 278 e segs., dá conta da tendencial aprovação desta fattispecie por parte da doutrina e jurisprudências italianas (enumerando inclusivamente diplomas legais onde tal figura é reconhecida, uma vez que a transferência do crédito não tem uma função solutória, destinando-se antes a assegurar ao cessionário a satisfação do seu direito contra o cedente, caos este última não cumpra a obrigação garantida), retirando tal conclusão da causa (na medida em que a cessão é um negócio com causa variável ou incompleta, “*non si vede perché gli accordi integrativi della fattispecie standard non possano esse finalizzati alla garanzia di un’obbligazione, visto che anche le pattuzioni atipiche possono rientrare nello schema della cessione, naturalmente tenendo ben fermo il limite del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti*”) e da estrutura do negócio (diversa da do pacto comissório, porquanto a cessão se traduz numa transferência imediata resolutivamente condicionada, ao passo que a norma contendo a proibição daquele pacto apenas visa as transferências suspensivamente condicionadas ao incumprimento da obrigação; para além disso, a norma relativa ao penhor de créditos – igualmente aplicável à cessão – que consente ao credor pignoratício cobrar-se do crédito empenhado a seu favor paralisa a aplicação da interdição das convenções comissórias), mas não sem que faça alusão a posições contrárias (ancoradas na inadmissibilidade da causa de garantia para justificar a transferência da titularidade de um direito e na analogia da estrutura da cessão com a do pacto comissório). Partindo desta admissibilidade, o Autor deixa no ar a questão do porquê do tratamento mais restritivo reservado às transferências da propriedade com função de garantia, especialmente porque as mesmas, no seu entender, não violam os princípios da boa fé e da proibição de enriquecimento ilícito, nem tão pouco da tipicidade dos direitos reais (pois tal princípio não impõe uma taxatividade dos contratos que transfiram tais direitos), tendo o seu (aparente) choque com a interdição das convenções comissórias sido superada noutros ordenamentos como o francês e, sobretudo, o alemão. Finalmente Massimo Bianca, Il divieto cit.,

---

pág. 157 e segs., distingue consoante se trate de uma cessão com efeitos suspensivos (destinada a operar em caso de incumprimento do devedor) ou com eficácia imediata (embora resolutivamente condicionada ao cumprimento do devedor), admitindo a validade das primeiras, mas recusando a admissibilidade das segundas pelas mesmas razões que justificam a invalidade dos pactos comissórios com efeitos translativos imediatos (em particular no que respeita à *cessio pro solvendo*, duvida do seu intuito de garantia – traduzido na perda, por parte do cedente, da disponibilidade do crédito – uma vez que a oponibilidade a terceiros da cessão, admitindo que a mesma apenas se traduz numa forma de pagamento).

<sup>3043</sup> No caso das alienações em garantia, antes ainda de indagar da validade destes negócios à luz da proibição do pacto comissório, é a própria licitude deste tipo de convenções que se coloca (salvo no caso expressamente previsto no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio). A favor da admissibilidade deste tipo de negócios, Isabel Matos, ob. cit., págs. 193 e 194 (para esta Autora, a licitude das alienações em garantia repousa, sobretudo, no diverso momento da transmissão do bem neste tipo de contratos - imediatamente após a celebração do negócio - e nas convenções comissórias - apenas quando e se existir incumprimento da obrigação por parte do alienante), Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 505 e segs. (quer quando o objecto transmitido em garantia seja um crédito ou uma coisa corpórea, não apenas por não se detectar qualquer violação da proibição do pacto comissório – por não lograr os objectivos que esta visa combater, pois “o credor/garantido/fiduciário não poderá, face ao incumprimento da outra parte, considerar que desapareceram os limites de natureza fiduciária que marcavam a titularidade desse bem”, isto é, não pode simplesmente ficar o bem onerado como forma de extinguir a obrigação garantida, configurando antes um pacto marciano, do qual decorre a obrigação de devolução ao onerante do eventual excesso de valor do bem onerado face à dívida assegurada -, mas ainda por não se infringir o princípio da tipicidade dos direitos reais – não só porque o direito é transmitido intocado no seu conteúdo, mas ainda por não existir qualquer tipicidade relativamente aos negócios que originam a transmissão dos direitos reais) e, na jurisprudência, o Acórdão da Relação do Porto de 10/5/2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (no qual se pode ler que “*Como verdadeiro negócio indirecto, não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, o contrato de alienação fiduciária em garantia, ou a sua simples promessa, antes havendo de sujeitar-se ao casuístico juízo de mérito que recuse a validade a um acto fiduciário que colida com a Lei, a Moral ou a Natureza (artº 280º C.Civ.) — não pode extrair-se de um meio inadequado ao tipo uma ilicitude geral do negócio; é a ilicitude concreta do fim que descaracteriza a licitude do negócio-meio. Neste sentido, em termos genéricos, concebe-se a figura da alienação em garantia, com base no princípio da liberdade contratual — artº 405º C.Civ. — ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade — artº 1306º nº1 C.Civ.*”). Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 281 e segs., dá conta de uma divisão na doutrina nacional entre os que propendem para uma imunidade deste tipo de negócios face à interdição legal das convenções comissórias (excepto quando se estipular que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o fiduciário com o bem transmitido fiduciariamente, pois, neste caso, a fattispecie acaba por se identificar com o pacto comissório) e, ao invés, aqueles que sustentam a aplicabilidade da proibição à alienação fiduciária em garantia (concluindo, por isso, pela invalidade daquele negócio, ao menos quando o devedor não fique em condições de controlar a eventual diferença entre o valor do bem alienado e o *quantum* da dívida), relatando que a posição da jurisprudência não é elucidativa (limitando-se a prever a invalidade do pacto comissório obrigacional). A posição da Autora é, resumidamente, a seguinte: recusando embora que a proibição do pacto comissório possa ser acantonada ao domínio das garantias reais típicas expressamente previstas na letra da lei e admitindo, doutra parte, a diferença estrutural entre o pacto comissório e alienação fiduciária em garantia (sendo o primeiro um acordo que prevê a transmissão em caso de incumprimento da obrigação garantida, enquanto na segunda o beneficiário adquire o bem em garantia *ab initio*, a qual se consolidará em caso de incumprimento definitivo do devedor), as duas figuras possuem uma afinidade funcional de garantia, pelo que “*difícilmente se compreenderá que a norma do artigo 694.º possa considerar-se alheia ao regime jurídico de garantias atípicas susceptíveis de prosseguir um resultado materialmente semelhante ao do penhor com pacto comissório. Pelo contrário, as razões da norma impõem a sua extensão teleológica a estes casos de garantia análogos*”, embora esta extensão não impeça que o beneficiário da alienação em garantia faça seu o bem em caso de incumprimento do devedor, sem necessidade de recurso à via judicial, “*o que não lhe é permitido, enquanto beneficiário da garantia é apropriar-se de um valor superior ao necessário para satisfazer a obrigação garantida*”. Em face do direito italiano, Lelio Barbiera, ob. cit., pág. 746 e segs., adverte para o facto de a generalidade da doutrina e da jurisprudência se pronunciar pela invalidade deste tipo de negócios (tendo em conta a violação da proibição do pacto comissório, quer a transferência da propriedade seja suspensivamente condicionada ao incumprimento do devedor, quer tal transferência apenas se produza apenas seja resolutivamente condicionado ao cumprimento). Também Mauro Bussani, Il modello cit., pág. 186 e segs. e Pacto comissório cit., pág. 115, confirma este panorama



---

(com base na constatação que tais convenções “*si caratterizzano tutte per la produzione di un effetto traslativo, che ha come contropartita non il pagamento di un prezzo ma un’erogazione ex mutuo, e la cui stabilità è subordinata al mancato adempimento dell’obbligo restitutorio che grava sull’alienante: uno schema, insomma, che si conformerebbe senza residui al paradigma tradizionale del patto vietato*”), embora demonstre perplexidade relativamente à maior abertura face à cessão de créditos em garantia (diversidade de tratamento esta justificada, pelos seus partidários, com base em argumentos tão díspares como a “*diversa natura del bene traferio e l’appartenenza della cessione all’ambito presidiato dal principio di autonomia privata, oppure l’intangibilità del numerus clausus dei diritti reali, l’inammissibilità di una causa traslativa di garanzia, l’esigenza di proteggere il debitore e di non daneggiare gli altri creditori*”, mas contestada pelo Autor, pois “*sono tutti argomenti che possono contare molto o poco, a seconda del punto che l’interprete sceglie di privilegiare sulla traiettoria cognitiva che il sistema gli consente*”). Este Autor – depois de aludir à circunstância de o art.º 2744.º apenas proibir expressamente os pactos comissórios anexos ao penhor e à hipoteca “*nonostante che al codificatore del 1942 fosse ben presente la diffusione dei patti commissori autonomi, ossia svincolati dalla costituzione di garanzie reali tipiche*” – assegura existirem no ordenamento italiano (para lá dos casos controversos da venda com pacto de resgate ou da conversão do penhor de créditos num penhor irregular sobre dinheiro) diversos exemplos de transferência da propriedade com fins de garantia, como sejam o penhor irregular, o reporte com fins de garantia e o pacto marciano, os quais têm em comum “*l’agevole possibilità di controllo sull’eventuale eccedenza di valore, fra il bene oggetto della garanzia e il credito garantito*”. Esta tradicional aversão às alienações fiduciárias é bem patente em Ferrara, ob. cit., pág. 130 e segs., não só por atribuir ao credor mais do que aquilo que economicamente lhe compete, como também por retirar ao devedor a possibilidade de onerar novamente o mesmo bem e, sobretudo, provocar uma antinomia entre o património real e aparente do devedor susceptível de lesar terceiros (“*i quali, fidandosi dei beni di cui il debitore si trova materialmente in possesso, concedono facilmente un credito a lui per quella apparenza esteriore che non corrisponde alla realtà*”): para cúmulo, este tipo de negócios presta-se “*a speculazioni odiose ed usurarie, perchè il debitore che non paga, finisce per perdere tutto il valore della cosa, che supera di gran lunga l’ammontare del suo debito*”. Já em Espanha, Reglero Campos, *Il patto comisorio* cit., pág. 271 e segs., relata a existência de decisões judiciais contraditórias, embora pareça que a tendência mais recente (apoiada pelo Autor) aponte para a negação de um efeito real aos negócios fiduciários – nos quais não existe uma venda propriamente dita, mas apenas uma garantia -, os quais produzem apenas efeitos *inter partes*, podendo o credor exigir apenas o montante em dívida, sem que possa pretender a consolidação do direito de propriedade do bem onerado, concluindo pela ineficácia relativa do negócio celebrado entre as partes, uma vez que “*la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez e eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado, finalidad que en casos como el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita, y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado*” (por ser assim e por não se encontrarem proibidos liminarmente os direitos de garantia atípicos, o Autor advoga que o direito do credor deverá ser reconduzido a um direito real de garantia – por ser esta a verdadeira causa do negócio -, dispondo das faculdades típicas deste tipo de direitos, como sejam o direito de retenção – excepto quando o penhor esteja sujeito a registo, pois neste caso não será possível a conversão do negócio fiduciário em penhor – e o direito de preferência). Já Cordero Lobato, *Comentarios* cit., pág. 2139, noticia que a jurisprudência espanhola se inclina para a invalidade das alienações em garantia, com fundamento na circunstância de “*el acreedor se apropria de los bienes unilateralmente el procedimiento de realización forzosa de su crédito sin atenerse a las normas procedimentales establecidas para la ejecución de garantías reales, pues la venta realizada con finalidad de garantía no es causa suficiente para la transmisión definitiva del dominio*”, alargando tal juízo de recusa à opção de compra concedida ao credor pelo montante do débito e à venda suspensivamente condicionada ao não pagamento da dívida; pelo contrário, mostra maior abertura face à reserva de propriedade em que o transmitente mantém a titularidade do bem alienado e a garantia se cinge ao bem alienado, “*pues la equivalencia entre el precio de compra y la deuda de financiación impide que se pueda dar la posibilidad de un descompensación entre el valor de la cosa recuperada y el nominal de la deuda*” (excepto quando se convencione que o vendedor se poderá apropriar das quantias entretanto pagas pelo adquirente – por faltar aquela equivalência - ou quando a venda seja uma mera retransmissão de uma coisa que previamente pertencia ao devedor, uma vez que, neste último caso, a causa de ambos os negócios é a concessão de crédito). Por seu turno Salinas Adelantado, *El régimen* cit., pág. 145 e segs., refuta os argumentos dos adeptos da restrição desta interdição às garantias típicas (nomeadamente o carácter excepcional da norma e por se tratar de uma proibição), considerando tratar-se de um princípio de índole geral que impede ao credor apropriar-se do objecto da garantia sem prévia avaliação deste e sem confronto com o montante do

reserva de propriedade em que o efeito real seja diferido para o momento da verificação do cumprimento,<sup>3044</sup> do *sale and lease-back*<sup>3045</sup> ou, finalmente, do mandato à cobrança com fins de garantia.<sup>3046</sup>

---

crédito garantido: se assim é, a venda em garantia não pode deixar de estar abrangida por esta proibição, não tanto no momento da sua constituição (“*Si el pacto comisorio lo que prohíbe es que el acreedor, una vez haya incumplido el deudor, adquiera el objeto de la garantía sin valorar si coincide con el crédito garantizado, la simple constitución de una venta en garantía no infringe el pacto comisorio, a pesar de que se sostenga que el acreedor ha adquirido el objeto de la garantía*”), mas sobretudo no momento da sua execução (pois, em caso de incumprimento do devedor, a alienação por parte do credor se torna irrevogável, “*sin valoración ni devolución de sobrante alguno al constituyente de la garantía*”), excepto se acompanhada de um pacto marciano (ou seja, devolvendo ao devedor um eventual excedente relativamente ao valor do crédito garantido). No direito francês anterior à reforma, a jurisprudência tendia a, na presença de determinados indícios (como a existência de uma faculdade de resgate, a relocação dos bens ou o carácter vil do preço), constatar a vontade das partes em dissimular, sob a forma de venda, uma operação de mútuo, invalidando o negócio em questão com fundamento na violação da proibição do pacto comissório, porquanto consentem ao credor reter definitivamente a propriedade em caso de incumprimento da obrigação garantida, cominando, para o efeito, a sanção da nulidade (ou ainda por força da interdição de criação de garantias mobiliárias não possessórias), a que acrescia a não consagração legal expressa até 2006 – neste sentido, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 82 e segs..

<sup>3044</sup> A favor da invalidade deste tipo de convenções, Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 505 e Ferrara, ob. cit., pág. 133 e segs. (este último considera que este negócio, embora admitido por lei, é injustificável em termos económicos – pois permite que o comprador que não tenha pago apenas a última parcela do pagamento esteja sujeito a uma acção de reivindicação por parte do vendedor – e, principalmente, “*se attua una garanzia per il venditore, è sfornita di ognio forma di pubblicità per i terzi. E pertanto se è vero che essa adempie, come è stato detto, alle funzioni di un’ipoteca mobiliare, si tratterebbe in ogni caso di un’ipoteca mobiliare occulta*”, pugnando, por isso, pela sua abolição por proprocionar ao credor “*una garanzia infinitamente maggiore di quella che sostanzialmente dovrebbe spettargli*”).

<sup>3045</sup> Encontramo-nos perante um contrato deste género – também designado locação financeira restitutiva – quando um sujeito, proprietário de determinados bens, os vende a uma instituição financeira, para que esta os ceda imediatamente a título de locação ao mesmo sujeito, contra o pagamento de uma prestação periódica. Afirmam a litude deste tipo de negócios, face à proibição do pacto comissório, Isabel Matos, ob. cit., págs. 206 a 210 (ressalvando, porém, a possibilidade de este esquema contratual ser usado para ocultar um pacto comissório, caso em que o dito negócio ficará sob a alçada da proibição contida no art.º 694.º) e Remédio Marques, Locação financeira restitutiva (*sale and lease back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva, in BFDUC, Vol. LXXVII, 2001, pág. 595 e segs.. Os principais argumentos que sustentam esta tomada de posição prendem-se com o escopo não necessariamente de garantia deste negócio, com o facto de a transferência do bem ser imediata e anterior a qualquer eventual incumprimento do devedor (embora se possa contestar tal constatação, contrapondo que a transferência é efectuada sob condição resolutiva do cumprimento do contrato de locação por parte do locatário), com a circunstância de, em caso de pagamento integral por parte do locatário, a compra e venda não se resolver (devendo o locatário, para readquirir a propriedade do bem, exercer o a opção de compra e pagar o preço residual, o que demonstra que a alienação do futuro locatário ao futuro locador tinha sido uma venda pura e simples e não sujeita a condição resolutiva) e, finalmente, com a possibilidade de o credor locador alienar o bem a qualquer terceiro (ao contrário do que sucede no pacto comissório, onde o credor tem obrigação de devolver o bem dado em garantia ao devedor caso este cumpra a obrigação principal, pelo que não o poderá alienar a terceiros antes de verificado o incumprimento definitivo daquela obrigação). Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 448, a locação financeira restitutiva apenas produzirá os efeitos vedados por tal proibição sempre que “*o locador possa fazer (definitivamente) sua a coisa em caso de incumprimento por parte do locatário financeiro sem uma avaliação ou com uma avaliação por ele realizada*”, mas já não “*quando o bem tenha nessa altura que ser avaliado por terceiro independente, e um eventual excesso relativamente ao montante indemnizatório deva ser restituído ao locatário*”: nesta conformidade, o Autor entende ser de concluir – por força do carácter fiduciário do contrato, da especial idoneidade das entidades locadoras e do dever lateral de conduta que impõe ao devedor vender o bem ou ficar com ele após avaliação efectuada por um terceiro independente (e de, caso após tal operação ficar numa situação mais favorável do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido cumprida, devolver essa diferença ao devedor) – que “*só quando decorrer da interpretação do contrato que as partes quiseram mesmo que, no caso de incumprimento do locatário financeiro/fiduciante ficasse com o bem (de valor superior), sem ter que o alienar a terceiro ou o fazer avaliar por um ente independente, assim domo de restituir o excedente,*

Contudo, o panorama não se afigura, também a este propósito, linear, uma vez que mesmo nos ordenamentos menos rígidos a tendência oscila entre a constatação da

---

*estaremos perante um pacto comissório, atingido pela proibição*” (sendo, por isso, de presumir que o contrato em questão não viola essa proibição). No direito italiano, Angelo Luminoso, ob. cit., pág. 224 e segs., considera tal contrato como ilícito, por violação da proibição comissória, sempre que o mesmo seja usado com fins de garantia, embora assegure que, quando tal suceda, exorbitará da categoria dos contratos de troca e passam a integrar os de garantia, desse modo assumindo uma causa incompatível com o esquema legal do tipo contratual (aplicando o mesmo entendimento ao contrato de reporte). Por seu turno, Gregorio Gitti, ob. cit., pág. 484 e segs., defende a licitude do contrato, excepto quando “*da una parte c’è la disperazione e dall’altra la volontà di speculare, cioè a dire, in termini giuridici, quando a snaturare il contratto interviene il motivo usurario dei contraenti*”, isto é, normalmente quando o vendedor e utilizador do bem já se encontra em graves dificuldades financeiras e, para evitar o pior, tenta dispor do pouco que ainda lhe resta (com a agravante de, muito frequentemente, os juros deste tipo de contratos ser superior ao normal e de a soma paga pela sociedade de leasing a título de preço de aquisição do bem ser de imediato reduzida – no momento do pagamento da primeira prestação por parte do vendedor-utilizador – de uma tranche maior que o habitual) e, para determinar quando tal sucede, dever-se-á recorrer a um conjunto de indícios (a saber, os bens vendidos não serem destinados à actividade profissional do alienante-utilizador; as dificuldades financeiras deste último; a existência de uma desproporção assinalável entre as prestações deduzidas nos contratos de compra e venda e de leasing; e a intenção simulatória, traduzida no desejo de “*coprire un rapporto di debito cui la vendita accedrebbe con scopo di garanzia, configurando, più lineramente, una violazione del divieto del patto comissorio, e non un’ipotesi di frode*”). Por fim, Gregorio Gitti, ob. cit., pág. 491 e segs., assegura que o contrato de *sale and lease back* inválido, por violação da interdição do pacto comissório, pode ser convertido de modo a salvar, consoante os casos, ou a venda (se efectuada a preços de mercado) ou o financiamento (se as taxas de juros praticadas fossem as correntes), entendendo que, na dúvida, tal convenção deverá operar (até porque funcionará como um sucedâneo do pacto marciano). Francesca Fiorentini, ob. cit., pág. 282 e segs., noticia que a jurisprudência tem oscilado entre a aceitação e o repúdio deste negócio, mas, ultimamente, tem decidido prevalentemente no primeiro sentido, excepto quando o mesmo seja utilizado com fins de garantia, caso em que a sua ilicitude decorrerá do desrespeito da proibição do pacto comissório (para determinar quando tal acontece, os juízes socorrem-se dos indícios acima apontados – acerca do recurso a estes mesmos indícios, vide Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 117 e segs., distinguindo entre os de natureza subjectiva (a notória desonestidade do pseudo comprador e as dificuldades financeiras do devedor) e os de carácter objectivo (o carácter vil do preço, a desproporção entre a soma paga pelo comprador e o efectivo valor do bem, a não correspondência entre as rendas da locação e a sua não correspondência com os proveitos produzidos pelo bem, o facto de o vendedor continuar a pagar os impostos e outros ónus que impendam sobre a coisa, a não inscrição da alienação no registo e as expressões utilizadas pelas partes). No direito espanhol, Reglero Campos, Il pato comisorio cit., pág. 281 e segs., dá conta de decisões judiciais contraditórias, umas aceitando o efeito translativo da propriedade ínsito neste negócio, outras fulminando-o com base na proibição do pacto comissório (enquanto negócio fraudulento).

<sup>3046</sup> Segundo Lelio Barbiera, ob. cit., pág. 748, esta figura caracteriza-se pelo facto de o devedor conferir ao credor o poder de cobrar um seu crédito face a terceiros, assim se obtendo a satisfação do direito do credor, por via de compensação, merecendo o beneplácito da jurisprudência italiana. Considerando que este tipo de convenções viola a proibição do pacto comissório, quando o mandato irrevogável a vender não seja acompanhado de uma obrigação de prestação de contas por parte do credor referido ao bem-garantia, Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 505, ao passo que Francesca Fiorentini, ob. cit., págs. 265 e 266, reconhece subsistirem posições diversas ao nível da doutrina e da jurisprudência, mas prefere por em relevo as que admitem este negócio (seja invocando uma diversidade estrutural face ao pacto comissório, pois o bem “*non passerebbe al creditore in conseguenza dell’inadempimento, ma verrebbe alienato a terzi nell’esecuzione di un mandato da compiersi con la diligenza del buon padre di famiglia. Inoltre, il prezzo dell’alienazione eventualmente eseguitasi non sarebbe predeterminato ex tunc, in relazione alla somma mutuata, bensì ex nunc, in base al valore di mercato del bene al momento della compravendita stessa*”; seja considerando tratar-se de uma derrogação admissível dos procedimentos executivos previstos por lei, com a vantagem de evitar a desproporção entre o valor da garantia e do crédito e sem prejudicar a regra da *par conditio creditorum*, na medida em que o credor tem o dever de restituir a diferença ao devedor).

não contrariedade de algumas destas figuras face à interdição comissória<sup>3047</sup> e a afirmação de tal isenção relativamente a apenas certas de entre elas.<sup>3048</sup>

<sup>3047</sup> Realçam este aspecto Anna Veneziano, ob. cit., pág. 21 e Gabrielli, Spossessionamento cit., pág. 934 e também in Garanzie rotative, garanzie fittuanti e trust: problemi generali, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it), pág. 1. Este último Autor, em especial neste último escrito – depois de alegar que também a suposta violação da *par conditio creditorum* é invocada para recusar a admissibilidade destas figuras - critica esta aversão, não só porque “*l’esercizio dell’autonomia negoziale in tema di garanzia reale non celi necessariamente un intento abusivo e predatorio del creditore ai danni del debitore o dei creditori concorrenti*”, como sobretudo porque o acolhimento destas figuras permitiria renovar o desadequado elenco das garantias reais. Particularmente enfática na demonstração da não contrariedade das transferências em garantia com a proibição do pacto comissório se mostra Albina Candian, Le garanzie cit., pág. 367 e segs., sustentando que nenhuma das justificações normalmente invocadas como sustentação da interdição (interesse geral em evitar a disseminação destes acordos – e, assim, a auto-satisfação do credor, uma erosão do *par conditio creditorum* e o aproveitamento do estado de necessidade do devedor e, por outro, razões de política legislativa) colhem relativamente àquele tipo de negócios. Quanto ao interesse geral subjacente à proibição, o perigo de difusão deste tipo de cláusulas só pode verificar-se através de uma standardização dos contratos, ou seja, quando exista assimetria de informação entre os contraentes (nomeadamente porque um deles nem sequer leu o conteúdo contratual antes de o subscrever) ou uma posição de monopólio do predisponente: ora, nada disto acontece nos negócios translativos da propriedade com função de garantia. No que concerne às razões de política legislativa e à imanente necessidade de protecção do devedor contra a ilusão de recuperação do bem onerado (e, ainda, contra a desproporção entre esse bem e o crédito garantido), a Autora sugere que tal ilusão ou coacção psicológica nem sempre se verificará e, quando se produza, será facilmente controlada através do pacto marciano. Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., págs. 269 a 271, aceitam que a proibição do pacto comissório constitui o principal obstáculo à admissibilidade das alienações fiduciárias, concordando que tal interdição radica na necessidade de protecção do devedor contra a apropriação, por parte do credor, de um bem de valor superior ao da dívida assegurada (concluindo, por isso, que essa invalidade se justifica tendo em conta que “*La percepción de un valor superior al de la deuda carece de causa justa*”, mas recusam que o facto de os negócios fiduciários terem um efeito de transferência definitiva e não de garantia possa ter alguma influência a este respeito (assegurando que, se assim fosse, não se compreenderia a admissibilidade das garantias fiduciárias sobre valores mobiliários, as quais se explicam pelo facto de o valor de liquidação dos mesmos não depender do credor, mas sim de critérios objectivos).

<sup>3048</sup> De acordo com Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 65 e segs., o panorama italiano afigura-se, a este respeito, extremamente complexo, desde logo atenta a admissibilidade de figuras de transferência em garantia de situações jurídicas subjectivas patrimoniais, como a cessão de créditos e o penhor irregular. Partindo da admissibilidade da cessão de créditos em garantia, o Autor retira a admissibilidade genérica de um negócio translativo com função de garantia, a possibilidade de atribuir à função de garantia com efeitos translativos uma causa independente da *causa fiduciae* (“*essendo piuttosto possibile riconoscere una indipendenza della causa di garanzia dalla causa fiduciae. La cessione in garanzia, infatti, si ricollega per molti aspetti agli schemi negoziali del pegno sul credito (...) e della cessione pro solvendo*”, ou melhor, conjuga o elemento funcional do penhor com a estrutura da *cessio pro solvendo*) e, por último, a não incidência de um negócio translativo com função de garantia sobre o conteúdo da situação jurídica subjectiva transferida (com efeito, apesar de o titular do direito poder encontrar-se inibido do exercício de determinadas faculdades a ele inerentes, tal não implica uma modificação substancial da situação, uma vez que o cessionário “*ha la titolarità della situazione di credito, ma può porre in essere soltanto le attività che (...) non pregiudichino la posizione del debitore-cedente e quella dei terzi*”, do mesmo modo que o cedente, apesar da cessão, mantém uma titularidade potencial), tendo em conta o carácter condicional da cessão (isto é, a figura é enquadrável na categoria dos negócios condicionais, uma vez que “*Come l’adempimento fa venir meno la titolarità temporanea del cessionario in garanzia, il definitivo adempimento farà sí che alla titolarità temporanea della situazione di credito se ne sostituisca una a tempo indefinito*”): se assim é, “*nel produrre l’effetto traslativo, la funzione di garanzia non ha un’incidenza tale da provocare una modifica della situazione trasferita, fa considerare superato, o meglio aggirato, il conflitto con il pur discutibile principio della tipicità dei diritti reali*”. No que concerne ao penhor irregular, negócio tipificado legalmente, o Autor advoga que estaremos perante uma alienação com funções de garantia (reforçando os poderes do credor em caso de incumprimento da obrigação assegurada) com carácter solutório (traduzindo no direito de reter uma quantidade de bens equivalente ao avolumar do crédito): em suma, perante este quadro, o Autor conclui, não existirem motivos para negar admissibilidade das alienações em garantia. Constata igualmente esta disparidade de tratamento, verberando-a (nomeadamente aludindo à falta de motivos válidos para justificar a maior

Uma posição merece uma referência especial, porquanto propende para a admissibilidade dos chamados pactos comissórios autónomos, não sem reconhecer a existência de obstáculos comuns a muitas dessas figuras,<sup>3049</sup> argumentando que a proibição legal visa impedir um iníquo aproveitamento do credor em prejuízo do devedor, mas não, em si mesma, a programação da transferência da propriedade no seguimento do incumprimento por parte deste.<sup>3050</sup>

Tomando posição, a validade de tais negócios translativos da propriedade (prescindindo, nesta sede, de considerações respeitantes à própria licitude de alguns deles, nomeadamente os de base fiduciária ou, quanto a outros, à legitimidade da sua utilização do direito de propriedade com fins de garantia) pressupõe a demonstração que tal transferência não é condicionada ou programada para o incumprimento de uma determinada obrigação, pois, se assim não for, a convenção não pode não estar sob a alçada da proibição do pacto comissório.

Com efeito, os perigos que esta interdição visa conjurar – em especial, a tipicidade das garantias reais e, reflexamente, a protecção do devedor e dos seus credores – seriam facilmente iludidos por este tipo de negócios, quando utilizados com fins de garantia, justificando-se a não previsão expressa da proibição relativamente a tais negócios pelo facto de os mesmos serem atípicos ou, sendo típicos, o seu intuito primordial (e que presidiu à sua consagração legal) não ser o de operarem como garantias.

---

abertura face à cessão de créditos em garantia, por contraponto com uma maior relutância relativamente à alienação de bens com o mesmo fim), Mauro Bussani, *Il problema cit.*, pág. 115.

<sup>3049</sup> De acordo com Nicola Cipriani, *ob. cit.*, pág. 65 e segs., os dois obstáculos à própria admissibilidade deste tipo de negócios são a inidoneidade da função de garantia para justificar causalmente uma figura com efeitos translativos (“*la funzione di garanzia può ben essere realizzata attraverso la costituzione di un diritto reale di garanzia: il trasferimento di un bene a tale scopo utilizza, pertanto, uno strumento eccessivo rispetto al fine perseguito, sì che l’effetto traslativo o andrebbe ricondotto a un negozio astratto, improponibile nel nostro ordinamento, ovvero dovrebbe fondarsi su una causae fiduciae che sarebbe comunque non tollerabile dal sistema. Conseguenza sarebbe la nullità dell’alienazione in garanzia per mancanza di causa*”) e o princípio da tipicidade e do *numerus clausus* dos direitos reais (ao consentir a transferência, não de um direito de propriedade pleno, mas antes de “*una situazione soggettiva instabile, avente natura fiduciaria*”), óbices estes que o Autor entende serem suplantáveis: relativamente ao primeiro, contrapõe ser pouco convincente a recondução da causa de garantia à categoria, de contornos indefinidos, dos negócios fiduciários (para além de, na sua óptica, a aversão às transferências com função de garantia resultar de uma mera posição apriorística); no que respeita ao *numerus clausus* e à tipicidade (para além da dificuldade da distinção entre os dois conceitos, parecendo o primeiro atinente ao conteúdo das situações subjectivas, o segundo à exclusividade das fontes de determinação de tal conteúdo: se assim é, poder-se-á falar uma tipicidade sem *numerus clausus*, mas não o inverso), o Autor considera que o ancorar da inadmissibilidade da alienação em garantia neste princípio constitui um equívoco, uma vez que o *numerus clausus* respeita ao conteúdo de uma situação jurídica subjectiva, enquanto as transferências em garantia são respeitantes às vicissitudes da própria situação (pelo que “*Affermare che l’alienazione a scopo di garanzia di una situazione reale produce una fattispecie incompatibile con il principio del numero chiuso, in realtà equivale ad affermare che la vicenda trasferimento a scopo di garanzia comporta una modifica della situazione trasferita*”, o que não corresponde à verdade).

<sup>3050</sup> Neste sentido, Nicola Cipriani, *ob. cit.*, pág. 157 e segs., considerando que, nestes casos, não existe uma convenção comissória expressa, mas antes a utilização de um tipo contratual com finalidades de garantia, operando-se a constituição da garantia através da alienação de um bem, deste modo criando um mecanismo solutório alternativo em caso de incumprimento. Se assim é, “*sembra possibile fare salva l’intera fattispecie contrattuale e, allo stesso tempo, ristabilirvi l’equilibrio economico*” através do funcionamento “*ex lege di un meccanismo di verifica dell’assetto concreto degli interessi realizzato degli parti e, quando occorra, di riequilibrio: in altre parole, un meccanismo solutorio che corrisponda non allo schema del patto comissorio, bensí a quello del patto marciano*”, ao mesmo tempo que se respeita a vontade das partes no sentido de colocarem em marcha uma transferência definitiva da propriedade com funções solutórias.

Por outro lado, o recurso ao elemento sistemático elucidá-nos como seria de todo incompreensível que uma convenção do tipo comissório fosse inexoravelmente inválida quando associada a uma garantia típica e, ao invés, permanecesse incólume quando associada a uma garantia atípica ou a um instituto (ainda que típico, mas consagrado com outro propósito) utilizado com essa finalidade.<sup>3051</sup>

Dir-se-á, até, que quanto a estes últimos, a sua invalidade à luz dos princípios que inspiram a consagração legal das interdições comissórias – em especial, da tipicidade das causas legais de preferência e da sua graduação – se impõe por maioria de razão, não sendo curial que uma preferência legalmente reconhecida seja invalidada em razão de um pacto acessório e o mesmo não acontecesse com o instituto que nem sequer é considerado pelo ordenamento jurídico como motivo de prelação.

Tudo pesado, advogamos uma interpretação extensiva (ou, porventura, analógica)<sup>3052</sup> do art.º 694.º, em homenagem ao seu espírito, por forma a que a repressão nela contida alcance igualmente outros negócios utilizados com fins de garantia.<sup>3053</sup>

---

<sup>3051</sup> Mais enfático ainda é Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 502 e segs., salientando que o pacto comissório autónomo desempenha a mesma função jurídico-económica e conduz ao mesmo resultado de um pacto típico, pelo que “*Sarebbe inoltre assurdo rimettere all’arbitrio del creditore la liceità del patto, la quale verrebbe a dipendere dalla circostanza che costui pretenda o meno la costituzione di una garanzia tipica*”, acrescentando que a transferência da propriedade não constitui sequer um modo – nem tão pouco um modo proibido – de realização de uma garantia, pois não se vislumbra qualquer exercício da faculdade de preferência (pois o credor fará valer no confronto com os demais a propriedade do bem e não qualquer preferência) ou de seqüela (uma vez que o credor invocará antes a prioridade da sua aquisição): assim sendo, se a convenção comissória vedada por lei “*rappresenta un negozio estraneo agli effetti delle garanzie nominate, nel senso che esso non configura una possibile realizzazione in astratto del pegno o dell’ipoteca ed anzi pressuppone proprio che dalla garanzia non si avvalga, è evidente che il divieto non può dipendere da una connessione meramente estrinseca e giustificata da ragioni storiche, tra stipulazione del patto comissorio e costituzione di una garanzia tipica, ma colpisce una convenzione la quale è in realtà autonoma rispetto alle garanzie tipiche cui eventualmente abbia ad accedere*”. Todavia, a questão pode ser colocada em termos inversos, ou seja e como afirma Mauro Bussani, *Il problema cit.*, pág. 119 e segs., a afirmação de uma inelutável contrariedade das alienações em garantia face à violação do pacto comissório deixa no ar uma questão: “*come mai trasferimenti (non in garanzia) conclusi dal dante causa in istato di bisogno, situazione di cui controparte si è approfittata al punto da strappare un prezzo inferiore alla meta del valore del bene, sono possibili solo di rescissione (...) mentre alienazioni in garanzia per ipotesi neutre, o anche vantaggiose per il patrimonio del debitore, vengono proscritte, e colpite da nullità sulla base di una norma la cui lettera è rivolta al pegno e all’ipoteca*”.

<sup>3052</sup> A interpretação analógica enfrenta, nesta sede, o obstáculo decorrente da natureza eventualmente excepcional da proibição (face, por exemplo, ao princípio da autonomia negocial) seriam excepcionais e, por isso, insusceptíveis de aplicação analógica – rebate este argumento Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 502 e segs., por não descortinar qual a regra derogada pela proibição, não sendo a autonomia privada, pois esta não pode servir de móbil para perseguir objectivos não merecedores de tutela jurídica –

<sup>3053</sup> Em termos coincidente, Vaz Serra, *Pegno cit. in BMJ n.º 58*, págs. 219 e 220, salienta como a interdição legal não veda apenas um resultado prático apenas quando este seja obtido através de dada forma jurídica, mas, ao invés, o faz independentemente do meio adoptado para alcançar o resultado proibido por lei (no mesmo sentido, Bustos Pueche, ob. cit., págs. 570; contra, Diez-Picazo, ob. cit., pág. 484, por entender que tal significaria proibir liminarmente as convenções entre credor e devedor e que os demais credores se encontram protegidos através dos meios de conservação da garantia geral dos seus devedores). Partindo de uma perspectiva diversa, mas alcançando resultados não dissonantes, Já Júlio Gomes, *Sobre o âmbito da proibição cit.*, págs. 68 a 70, constata que a generalidade da doutrina – sobretudo aquela que encontra na necessidade de tutela do devedor o fundamento da interdição - se pronuncia no sentido do alargamento da proibição do pacto comissório aos pactos autónomos, porquanto o que se pretende evitar é a produção de um determinado resultado económico, alegando ainda que o próprio elemento histórico contribui para esta interpretação, concluindo, também ele, que “*é indiferente o instrumento jurídico empregue pelas partes, que tanto pode consistir na transmissão da propriedade sujeita à condição suspensiva do incumprimento, como na mesma transmissão sujeita à condução resolutiva do cumprimento, bem como em um mero contrato-promessa*” (no mesmo sentido, Patrícia Fonseca, ob. cit., pág. 30 e Sofia Maltez, ob. cit., pág. 59 e Isabel Matos, ob. cit., págs. 80 e 81, embora

Deste modo, quando se conclua ter sido algum destes institutos usado com finalidades de garantia e, adicionalmente, encontrando-se a transferência da propriedade (independentemente do momento do *iter* negocial em que se produza) do bem directamente relacionada com o incumprimento de uma obrigação, a validade de tais negócios encontra-se dependente da comprovação do preenchimento dos predicados do pacto marciano.<sup>3054</sup>

Contudo e à semelhança do anteriormente exposto – pelas mesmas razões e nos mesmos termos –, este entendimento deve ser flexibilizado quando a garantia consiste em dinheiro ou em créditos pecuniários.

#### 4.4 - Repercussão da eventual invalidade de uma cláusula comissória sobre o contrato de penhor

Uma vez delimitado o âmbito de aplicação da proibição, importa, agora, avaliar qual a repercussão da eventual invalidade de uma cláusula comissória sobre o contrato de penhor, parecendo que aquele efeito não contaminará, à partida, este contrato<sup>3055</sup> (sendo aquela cláusula substituída pelas normas legais relativas à execução pignoratícia que aquela pretendia afastar<sup>3056</sup>), salvo se ficar provado que as partes não o teriam concluído sem essa cláusula (cfr. art.º 292.º, parte final), caso em que a invalidade alcançará igualmente a garantia, fazendo com que o credor regresse à condição de quirografário.<sup>3057</sup>

---

esta última Autora coloque o acento tónico no interesse social subjacente à não difusão deste tipo de convenções). Analogamente, Mauro Bussani, Il problema cit., para quem a razão de ser do diverso tratamento dado a estas figuras e aos pactos comissórios propriamente ditos prende-se com a fácil comprovação do perigo de desproporção entre as prestações em prejuízo do empenhante, concluindo que qualquer *fattispecie* negocial cairá sob o jugo da proibição sempre que se demonstre serem as mesmas portadoras dos mesmos pressupostos conducentes à invalidade do pacto comissório, pois “*ai fini del giudizio di illiceità negoziale non rileva infatti il tipo di strumento impiegato dai contraenti o il contenuto degli effetti giuridico-formali dagli stessi voluti ma solo il risultato pratico-economico in concreto perseguito*”).

<sup>3054</sup> Em termos análogos, a respeito da cessão de créditos em garantia, vide Januário da Costa Gomes, ob. cit., pág. 97 e segs.. Já Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 505, declara a validade das cessões de créditos e das alienações de bens em garantia, precisamente por, na sua óptica, respeitarem os pressupostos do pacto marciano.

<sup>3055</sup> Assim, Vaz Serra, Pegno cit. in BMJ n.º 58, pág. 218, Júlio Gomes, Sobre o âmbito da proibição cit., pág. 72 e Catarina Monteiro Pires, ob. cit., págs. 274 e 275. Afirmam também que a nulidade do pacto comissório não afecta a validade do contrato de penhor Planiol, Ripert, Becqué, ob. cit., pág. 119, Troplong, ob. cit., pág. 111, Weil, ob. cit. pág. 95, Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 25, Diez-Picazo, ob. cit., pág. 484 Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 426. Já Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 74, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 298, Daniel Fasquelle, ob. cit., pág. 34, nota 172 e Bustos Pueche, ob. cit., pág. 571, excepcionam o caso de se provar que as partes não teriam concluído o contrato sem essa cláusula, do mesmo modo que Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 41 (duvidando que possa estabelecer-se uma presunção absoluta de essencialidade da convenção comissória) e Reglero Campos, Ejecución cit., pág. 257. Pelo contrário J. Ph. Lévy, ob. cit., pág. 253, nota 156, dá conta que no antigo direito francês a sanção era a nulidade de todo o contrato.

<sup>3056</sup> Assim, Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 506. Menos assertivo é Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 41 e 42, argumentando que, no direito italiano, quando a cláusula nula é substituída *ipso iure* por uma norma imperativa, mesmo que seja essencial para todo o contrato, nunca implicando a nulidade total deste (embora conclua que, no caso das convenções comissórias, não é identificável uma norma neste sentido, não podendo considerar-se como tal a necessidade de recurso às vias judiciais para realização dos interesses do credor ou a proibição da usura).

<sup>3057</sup> Assinala esta consequência Ugo Carnevali, ob. cit., pág. 506. Contra, Fulvio Gigliotti, ob. cit., págs. 170 a 172, alegando que a nulidade não atinge a garantia típica, cuja preservação é erigida pelo Autor

Menos líquido é saber se o contrato de mútuo (ou outro) a que o penhor, munido de pacto comissório, se encontra associado (garantindo o respectivo cumprimento) fica a salvo da invalidade da cláusula interdita por lei: apesar de a solução mais óbvia apontar nesse sentido (tendo em conta a autonomia, pelo menos formal entre os dois negócios)<sup>3058</sup> não nos repugna aceitar a hipótese inversa, quando se demonstre a essencialidade da convenção comissória, não apenas para o negócio de garantia, mas mesmo para a obrigação que aquela garantia visava tutelar.

Uma vez declarada a nulidade do pacto, essa declaração produz efeitos retroactivos, fazendo nascer um dever de restituição de tudo aquilo que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, do valor correspondente (art.º 289.º, n.º 1): em termos mais concretos, implica a obrigação de o credor, caso já tenha exercido da faculdade de apropriação, restituir ao devedor o bem em causa.<sup>3059</sup>

Quanto à legitimidade para arguir a invalidade do pacto e tendo em conta a sanção de nulidade cominada por lei, não restam dúvidas que a mesma assiste ao devedor,<sup>3060</sup> aos credores quirografários, oficiosamente ao juiz e, embora com dúvidas, até ao credor beneficiário da convenção<sup>3061</sup> (salvos os limites decorrentes dos princípios gerais do ordenamento, colmo a boa fé e o abuso do direito), podendo qualquer dos sujeitos invocar tal invalidade a qualquer momento.

Para terminar, importa fazer uma breve alusão à natureza jurídica das convenções comissórias, qualificadas pela posição dominante como uma compra e venda suspensivamente condicionada (através da qual o devedor aliena sob condição o bem ao credor o bem empenhado, por um preço predeterminado e equivalente ao valor do crédito),<sup>3062</sup> embora esta solução seja passível de críticas,<sup>3063</sup> facto que determinou o

---

como *ratio* da interdição do pacto comissório, rematando que “*non ha senso indagare se il patto fosse in continenti o ex intervallo, perché la sua nullità, comunque, non potrebbe estendersi alla garanzia tipica*”.

<sup>3058</sup> Nesta conformidade, Fulvio Gigliotti, ob. cit., pág. 167 e segs.. Assume uma posição mais *nuancé* Cordero Lobato, Comentarios cit., pág. 2139, pois, embora declare que, nas garantias típicas, a nulidade do pacto de apropriação não importa a nulidade do negócio de garantia, advoga que “*si el pacto está incluido en un negocio o complejo negocial utilizado con finalidad de garantía, la nulidad afectará a todo el negocio complejo – incluida la concesión de crédito – si las cláusulas subsistentes determinasen una posición no equitativa de las partes (...) por ejemplo, si el concedente de crédito si quedase sin garantía alguna*”.

<sup>3059</sup> Ou, se tal restituição não for possível – por exemplo, porque o bem se deteriorou, pereceu ou foi alienado a terceiro – deverá ser restituída uma quantia equivalente ao valor daquele bem: ora, nesta segunda hipótese e como bem salienta Catarina Monteiro Pires, ob. cit., pág. 274, nota 756, “*deven aplicar as exigências do pacto marciano. A avaliação do bem deve ser realizada no momento da declaração de nulidade por um terceiro independente*”.

<sup>3060</sup> Porém, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., pág. 356, entende que a nulidade não poderá ser invocada por um devedor que, através de uma nova convenção, dá em pagamento da dívida o objecto da garantia.

<sup>3061</sup> Relativamente a este último, Vincenzo Lojacono, ob. cit., págs. 43 e 44, destaca que, por um lado, não ter sido ele o único a dar lugar à celebração do mesmo e, principalmente, que o regime da nulidade consente a sua invocação por qualquer sujeito (para além de a solução contrária poder conduzir, em caso de inacção por parte do devedor e dos demais credores, à consolidação do pacto, parecendo, por isso, que ao credor deve ser dada a possibilidade de arguir a invalidade de um negócio, ainda que para ele tenha contribuído e do qual seja, porventura, o principal beneficiário)

<sup>3062</sup> Dá conta deste quadro, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 55 e segs.. Aceita expressamente esta qualificação Vincenzo Lojacono, ob. cit., pág. 22, sublinhando que “*Il creditore diviene proprietario di una cosa, da lui precedentemente avuta soltanto in garanzia: il semplice e temporaneo possesso si tramuta in piena e definitiva proprietà. Il patto verrebbe così ad assumere se fosse valido la veste di una vendita con condizione sospensiva, poiché della vendita esistono i requisiti essenziali: res, pretium, consensus; il prezzo sarebbe costituito dall’ammontare del debito*”.

<sup>3063</sup> Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 56, argumenta que, se assim fosse, o preço da compra e venda era representado pela extinção da obrigação garantida, solução esta que extravasa do esquema causal da compra e venda. Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 105 e segs., realça a inexistência de um preço na



surgimento de posições diversas, como sejam a recondução à figura da *datio in solutum*,<sup>3064</sup> das obrigações alternativas<sup>3065</sup> ou da cláusula penal.<sup>3066</sup>

Mesmo entre aqueles que aceitam, tendo em conta o seu carácter translativo, o enquadramento do pacto comissório no âmbito das alienações, assiste-se a uma discussão relativamente ao plano funcional, opondo os que atribuem à *fattispecie* uma função de garantia e aqueles que nela vislumbram uma função solutória.<sup>3067</sup>

---

relação negocial emergente de um mútuo com pacto comissório associado (*“In effetti, il vantaggio che il debitore riceve per la perdita del bene è costituito dall’estinzione del debito*), conluindo, por isso, que *“Non appare, così, che la figura della compravendita sia idónea ad esprimere la funzione di (eventuale) soddisfacimento del rapporto obbligatorio che deve indubbiamente riconoscersi al patto comissorio”*, particularmente tendo em conta que a alienação a favor do credor se encontra condicionada ao incumprimento por parte do devedor e que o respectivo valor pecuniário estava previamente fixado (ou seja, a alienação funciona como meio de satisfação da relação obrigacional). Por outro lado, uma outra diferença advém da circunstância de, nas alienações em garantia, existir uma transferência do direito, enquanto o pacto comissório prescinde dessa transferência imediata.

<sup>3064</sup> Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 56, alega que também esta tese deve ser rechaçada, tendo em conta que, na *datio in solutum*, *“la scelta di liberarsi con una prestazione diversa da quella dovuta spetta al debitore e il consenso del creditore serve solo a conferire ad essa efficacia. Né, nella datio in solutum, il creditore ha a disposizione strumenti coercitivi”*. Por seu turno Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 107 e segs., alerta para o facto de o condicionamento da dação ao incumprimento do devedor se afigurar erróneo e incompatível com a sua função única de extinção do crédito, uma vez que, ao contrário do pacto comissório, não assegura ao credor nenhum direito sobre um determinado bem (na dação, pelo contrário, o credor não dispõe de nenhum direito análogo, podendo o devedor cumprir oferecendo uma prestação diversa da inicialmente contratada, embora mediante o consenso do credor).

<sup>3065</sup> Para uma crítica desta tese, vide Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 108, salientando que no pacto comissório o devedor tem a obrigação de cumprir a obrigação acordada para evitar a perda da propriedade do seu bem (para além disso, *“Se vi fosse una obbligazione alternativa a favore del debitore, oltre che a venir meno il carattere principale dell’obbligazione garantita e il carattere accessorio del diritto nascente dal patto comissorio, una possibile pretesa sul bene del debitore sarebbe in realtà rimessa al debitore stesso, che potrebbe escluderla con un semplice atto di volontà”*). O Autor acrescenta que melhor sorte não logrará a qualificação como obrigação alternativa com a escolha a pertencer ao credor, na qual não seria possível configurar uma prestação que o devedor tivesse que efectuar para evitar a perda do bem).

<sup>3066</sup> Partindo da existência, comum a ambas as figuras, de um efeito pernicioso para o devedor e favorável ao credor associado ao incumprimento daquele. No entanto, Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 57 e segs. – depois de alertar para a circunstância de alguma doutrina recusar esta equiparação com base na impossibilidade de a cláusula penal poder ter como objecto a transferência de um bem, precisamente em razão da proibição do pacto comissório – sustenta que a resposta a esta questão deve procurar-se numa análise funcional, conluindo que, concordando com a diversidade entre o pacto comissório e a cláusula penal, *“in determinati casi (quelli nei quali la funzione e l’oggetto della penale siano gli stessi che caratterizzano il patto) tal diversità possa effettivamente attenuarsi”*, nomeadamente *“se oggetto della penale è il trasferimento di un diritto, il riequilibrio economico della fattispecie sarebbe facilmente perseguibile anche attraverso un’obbligazione restitutoria a carico del creditore, che consenta di eliminare la manifesta eccessività della prestazione imposta al debitore inadimplente, salvaguardando l’efficacia della clausula”*. Mais radical é Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 110 e segs., recusando o enquadramento do pacto comissório na órbita das cláusulas penais pois, apesar de ambas as figuras constituírem efeitos do inadimplemento do devedor, no pacto comissório *“La attribuzione di un determinato bene al creditore per il caso di inadempimento dell’obbligazione, importa la specificazione delle conseguenze di cui il debitore deve rispondere per il suo inadempimento ma, a differenza della clausula penale, questa specificazione si caratterizza in un vincolo su determinati beni, che assume i caratteri di un vero e proprio rapporto di garanzia”*.

<sup>3067</sup> Nicola Cipriani, ob. cit., pág. 109 e segs., começa por definir a função solutória como aquela em que se dá a *“soddisfazione dell’interesse finale sottostante il lato attivo del rapporto obbligatorio, indipendentemente dalla compresenza nel fatto solutorio di un atto di adempimento del obbligo”*, distinguindo-a da função de garantia (uma vez que nesta os mecanismos solutórios são meramente eventuais, podendo o interesse do credor ser satisfeito de outras formas, isto é, *“il meccanismo solutorio è momento meramente eventuale della fattispecie credito assistito di garanzia: come detto, infatti, la garanzia assolve interamente la sua funzione indipendentemente dal fatto che poi il debitore adempia*

De entre os primeiros, ressalta a posição de BIANCA que, depois de apartar os efeitos do pacto comissório dos produzidos pelas garantias reais,<sup>3068</sup> conclui que o pacto comissório constitui uma alienação em garantia condicional.<sup>3069</sup>

---

*regolarmente ovvero operi un meccanismo solutorio predeterminato*”, surgindo os elementos solutórios como criações da autonomia privada destinadas a contornar a rigidez do regime legal das garantias e a reforçar a rapidez e eficácia da satisfação do credor), concluindo pela integração das convenções comissórias no âmbito da primeira categoria, tendo em conta a sua eficácia extintiva da obrigação, argumentando que “*il patto comissorio altro non è che la possibile clausula di un negozio, distinto e causalmente autonomo, con funzione di garanzia. Questo negozio può essere quello costitutivo dell’ipoteca, del pegno o dell’anticresi (...) ma può essere un’alienazione a scopo di garanzia o un negozio con struttura più complessa, che ad esempio utilizzi un diverso tipo contrattuale funzionalizzandolo alla realizzazione dello scopo di garanzia*” (embora reconheça que esta função se manifesta diversamente no pacto comissório e no pacto marciano: “*con il patto comissorio le parti predeterminano una corrispondenza tra entità del debito e valore del bene; con il patto marciano, al contrario, la valutazione del bene è posticipata al momento nel quale il meccanismo solutorio è destinato ad operare*”). A atribuição de uma função solutória ao pacto comissório pode ter influência na determinação do âmbito de aplicação da proibição, nomeadamente porque, segundo tal entendimento, aquela apenas abrangerá os negócios com eficácia translativa (como consequência do incumprimento de uma obrigação) com funções solutórias e que prescindam de uma relação entre o avolumar do débito e do valor do bem, não sendo necessária a existência de um negócio com função de garantia em sentido técnico, ou seja, “*il divieto di patto comissorio è volto a impedire che le parti predeterminino un meccanismo di pagamento alternativo all’adempimento e fondato su una vicenda traslativa, escludendo la valutazione del rapporto ed congruità tra valore del bene e ammontare del credito. Quallora alla vicenda traslativa si attribuisce una funzione non solutoria, al contrario, non si pone un problema di violazione del patto comissorio*” - Nicola Cipriani, ob. cit., págs. 140 a 143.

<sup>3068</sup> Segundo este Autor (cfr. Il divieto cit., pág. 39 e segs.), a segurança reforçada de que goza o titular de uma garantia real assenta nos atributos da preferência e da seqüela que os caracterizam, operando o pacto comissório como uma condição cuja verificação ocorrerá quando se produza o incumprimento da obrigação do devedor (ou seja, o recurso à figura da condição para explicar o funcionamento das convenções comissórias “*può dirsi perfettamente giustificato, e tale richiamo riconduce gli effetti del patto rispetto ai terzi alla stessa alienazione, secondo la comune disciplina dei negozi condizionati*”). Mais em pormenor, o *modus operandi* do pacto comissório prescinde do direito de preferência (uma vez que a aquisição da propriedade do bem onerado exclui o concurso de credores) e do direito de seqüela (dado que “*la opponibilità della convenzione comissoria troverebbe il suo esclusivo fondamento nella comune disciplina con la quale la legge preserva il titolare del diritto sotto condizione, e questo riconoscimento esclude, a nostro avviso, che la opponibilità del patto possa essere considerata come un effetto del diritto di seguito proprio dei vincoli pignoratizio e ipotecario*”), concluindo-se que a satisfação do credor através do pacto comissório “*non sarebbe assicurato dalla inerenza e dalla prelazione del vincolo pignoratizio o ipotecario, ma dalla efficacia stessa del negozio di alienazione*”. Por outro lado, usufruindo o credor de uma garantia típica e de um pacto comissório, caber-lhe-á optar pelo mecanismo que entenda melhor servir os seus interesses – mas nunca das duas em simultâneo – o que, na opinião do Autor, confirma a compatibilidade e autonomia das duas figuras e a conclusão que a execução do pacto comissório não deverá ser considerada como um modo de realização de uma garantia típica.

<sup>3069</sup> O Autor (in Il divieto cit., pág. 136 e segs.), depois de constatar que “*il vincolo di garanzia creato a favore del creditore, è fondato proprio sul diritto attribuito dal patto comissorio all’acquisto eventuale di un determinato bene a soddisfacimento dell’obbligazione inadempita. Il patto comissorio non si pone quindi come soddisfacimento del credito, ma come mezzo che assicura un determinato soddisfacimento secondario per la eventualità dell’inadempimento*”, assegura (in Il divieto cit., pág. 114) que a tutela conferida pelo pacto comissório possui uma intensidade semelhante (porventura mais forte) do que a atribuída pelas garantias reais típicas, configurando igualmente “*una tutela reale del credito, cioè una tutela che si esprima nel vincolo di determinati beni al fine del soddisfacimento dell’obbligazione, con efficacia nei confronti di tutti i terzi*”, embora ressalvando que aquelas “*non atengono alla determinazione delle conseguenze derivanti dall’inadempimento, ma si pongono esclusivamente come mezzi di una più certa realizzazione del credito pecuniario inadempito*”, enquanto as convenções comissórias “*in quanto preordinata alienazione di un certo bene da realizzarsi come conseguenza dell’eventuale inadempimento dell’obbligazione, costituirebbe anche una implicita predeterminazione del risarcimento del danno*”. Por outro lado, admite que as alienações em garantia se possam traduzir, não apenas numa alienação imediata resolutiveamente condicionada, mas também num negócio em que o efeito translativo se encontre suspenso do incumprimento da dívida (“*proprio per la considerazione che il medesimo intento può essere*

## Capítulo III - As modificações, contratuais e legais, ao regime tradicional e do penhor e a sua conformidade com o tipo legal desta garantia

1 - Penhores que não obedeçam a todos ou a alguns requisitos do regime tradicional do penhor: penhor, penhor anómalo ou garantia atípica?

Depois deste percurso, avaliada que foi a evolução dos diversos ordenamentos, constatamos que alguns aspectos normalmente associados ao regime geral do penhor foram suavizados (v.g., a imutabilidade do objecto onerado ao longo do período de vida da garantia ou o princípio da especialidade dos direitos reais, ao impor que estes devam incidir sobre coisa certa e determinada),<sup>3070</sup> enquanto outros foram mesmo suprimidos (v.g., a necessidade de entrega material do bem onerado ao credor ou a terceiro), respectivamente através da inserção de cláusulas rotativas nos contratos de penhor e de criação daquilo a que se convencionou chamar “*penhores sem desapossamento*”.

Já relativamente à oposição de cláusulas comissórias (*rectius*, marcianas), a sua compatibilidade com o regime do penhor (ou de outras garantias, ao menos as típicas) parece retirar-se já da regulamentação civilística, não assumindo, por isso, a convenção das partes carácter verdadeiramente inovador.

Ora e colocando entre parêntesis a admissibilidade dos contornos que esta evolução veio a assumir, uma outra questão, não menos pertinente, se coloca e que se prende com a compatibilidade desses modelos alternativos com o esquema legal da garantia pignoratícia.

Ou seja, concedendo que a autonomia negocial consinta às partes moldar o regime normativo das garantias – e do penhor em particular –, importa examinar se, desse modo, os contraentes não estarão a criar uma figura atípica, não enquadrável nos cânones legais vigentes do penhor: é a esta interrogação que procuraremos responder em seguida, começando pelo estudo da rotatividade, passando pela dissecação do fenómeno das garantias mobiliárias não possessórias e terminando, em termos mais genéricos, com uma averiguação da potencial harmonização entre a noção de tipicidade das garantias e a modelação do seu regime por via convencional.

### 1.1 - O penhor rotativo

Como decorre da exposição anterior, um dos domínios em que esta problemática se tem colocado diz respeito aos penhores aos quais se associem cláusulas de rotatividade, uma vez que, o regime legal do penhor pressupõe uma tendencial invariabilidade do objecto da garantia.

---

*raggiunto lasciando al debitore la proprietà del bene e condizionando il trasferimento di questa all'inadempimento dell'obbligazione*”). Nesta conformidade, o pacto comissório poderá assumir as modalidades de transferência imediata da propriedade resolutiveamente condicionada ao cumprimento do devedor ou, como parece mais comum, com o efeito translativo a ser diferido para o momento do eventual incumprimento por parte do devedor.

<sup>3070</sup> Esta questão entronca noutra, mais vasta, que se prende com a qualificação ou não como direito real, em razão da não incidência sobre coisa certa e determinada, dos penhores que não incidam sobre bens concretamente identificados, como sejam os bens fungíveis ou as universalidades: uma resposta afirmativa a esta questão (ou, eventualmente, a sua qualificação como garantia real) fará com que uma garantia com semelhante objecto seja (excepto, eventualmente, quando a sua constituição prescindia do desapossamento) um penhor – sobre este assunto, vide mais detalhadamente infra Capítulo IV.

A este respeito, duas teses se confrontam, a primeira delas sustentando invocando a figura das garantias anómalas, de modo que “*sia la funzione ad individuare il tipo, la riscontrata mancanza – pur in presenza del patto di rotatività nel pegno – di alterazioni della fusione (típica) di garanzia non modifica (...) la struttura formale e quindi la tipicità legale del pegno, ma si inserisce sistematicamente al suo interno, quale fattispecie anomala e non “atípica”*”,<sup>3071</sup> (não faltando até quem as considere como socialmente típicas, tendo em conta a sua frequente utilização prática e a sua aceitação doutrinal e – pelo menos nalguns ordenamentos – jurisprudencial).<sup>3072</sup>

Pelo contrário, não falta quem sustente que o pacto de rotatividade não pode configurar-se senão como uma convenção atípica,<sup>3073</sup> válida entre as partes, mas não

---

<sup>3071</sup> Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 243 e 244, acrescentando que o uso do termo “anômalo”, em vez de atípico, não pretende ser um simples jogo de palavras, nem tão pouco sugerir a existência de uma terceira via entre a tipicidade e a atipicidade, mas apenas sublinhar que “*determinate fattispecie di pegno (di fonte legale o convenzionale), pur presentandosi con una veste esteriore, apparentemente diversa da quella propria del tipo legale, debbano in ogni caso, per le ragioni anzidette, essere ricondotte proprio all’interno sia della schema legalmente tipico, sia della disciplina, del pegno*”. Este entendimento é seguido por Luciano Panzani, *ob. cit.*, pág. 945, ao afirmar que “*la funzione di garanzia è realizzata con tecniche diverse da quella del mero spossessamento considerata dal legislatore, ma ciò che si consegue è pur sempre la realizzazione della causa del contratto, valutata, secondo l’impostazione tradizionale, nel suo profilo funzionale*”, concluindo igualmente que “*non si è al di fuori del tipo, della disciplina legale del contratto costitutivo del pegno, e che pertanto non si può parlare di contratto atipico, quanto piuttosto di fome anomale di realizzazione della funzione propria del tipo*” (aludindo ainda ao facto de a Corte de Cassação, na sua decisão n.º 5246/98, ter perfilhado expressamente esta posição) e por Carmine Stingone, *Sulla validità cit.*, págs. 105 e 106 (assegurando que a sentença do Tribunal de Milão de 17/11/1997 decidiu nestes mesmos termos). Entre nós, responde afirmativamente Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 237 a 243, salientando que a estrutura do penhor rotativo se assemelha, em alguns aspectos, à do penhor de créditos (pois em ambas as hipóteses não tem que existir a venda do objecto da garantia para pagamento da quantia em dívida) e afirmando que “*o penhor rotativo é um verdadeiro penhor, tendo o credor sobre ele todos os direitos que ao credor pignoratício atribui a lei em relação ao objecto do penhor, e que são destinados a assegurar a preferência*”, nomeadamente as acções de reivindicação e de defesa da posse (ainda que admita que estas últimas não façam grande sentido quando sejam empenhadas coisas fungíveis, porquanto o credor, nestes casos, não detém uma coisa determinadas que deva devolver: todavia, conclui que o mesmo se passa no penhor de créditos e no penhor financeiro, expressamente admitidos pelo legislador), constituindo “*um pignus nominis com a especificidade do objecto imediato e as suas vicissitudes, mas que comunga de uma técnica de afectação semelhante à que se verifica nos direitos reais – a sub-rogação real na “coisa equivalente” que constitui a prestação devida, a oponibilidade erga omnes, o ius distrahendi e o ius prelationis*”.

<sup>3072</sup> Assim, Joana Dias, *ob. cit.*, págs. 109 a 111, nota 276 e 114 a 115, advogando que o problema principal é o de identificar os limites da rotatividade convencional, nomeadamente analisando até que ponto a própria lei admite o funcionamento da rotatividade.

<sup>3073</sup> Gazzoni, *Il vestitto dell’imperatore (replica ossessiva sul pegno rotativo)*, in *Rivista del Notariato*, 2002, Tomo I, pág. 563 e segs. e, igualmente, in *Qualche dubbio cit.*, pág. 1464 e segs.). Para este Autor, o Código Civil Italiano (cfr. art.º 2785.º do CCI, idêntico ao art.º 668.º do nosso Código Civil) estabelece um princípio de tipicidade das modalidades conformativas do penhor, que apenas poderá ser afastado por leis especiais e, noutra ordem de considerações, as hipóteses de sub-rogação real não novatória são excepcionais e, por isso, não extensíveis analogicamente para lá dos casos expressamente consagrados pelo legislador (pelo que a convenção rotativa poder-se-á admitir apenas para o penhor de títulos, quando este se vençam ou quando sejam reembolsados antecipadamente pelo emitente e desde que o montante recebido sirva para adquirir novos títulos, também eles sujeitos ao penhor): nesta conformidade, o pacto de rotatividade não poderia produzir efeitos face a terceiros, pois não pode incidir sobre modelos normativos típicos. A estas críticas respondeu Gabrielli (*Il pegno cit.*, págs. 243 e 244, nota 61 e também in “*Pinocchio*”, il “*Grilo Parlante*” e il problema del pegno rotativo: spiegazioni... a richiesta (fra il serio e il faceto), *Rivista del Notariato*, 2002, Tomo II, pág. 547 e segs.), assegurando que aquilo que o art.º 2785.º do CCI estabelece é uma regra de inderrogabilidade das formas de direito comum de constituição do penhor, mas não relativamente às técnicas funcionais da actuação em concreto das formas de constituição da garantia real e muito menos de realização em concreto do efeito de privação da disponibilidade jurídica da coisa objecto do penhor (por outras palavras, esta norma “*consenta di*

oponível a terceiros, nomeadamente aos credores quirografários, os quais serão lesados a partir do momento em que a equivalência de valor entre o bem originariamente empenhado e o seu substituto fosse avaliado no momento da abertura da execução (e não no momento da substituição).<sup>3074</sup>

Esta segunda óptica pode mesmo conduzir à invalidade (ou, pelo menos, à inoponibilidade) das convenções rotativas (e de outras que extravasem o tipo legal), em razão de uma suposta violação da tipicidade legal das causas de preferência (cfr. art.º 604.º).<sup>3075</sup>

Adoptando uma visão ligeiramente distinta, há quem, sempre a respeito das cláusulas rotativas, recuse a autonomização da figura do penhor anómalo, negando igualmente a existência de um contrato típico constitutivo do penhor, de modo que ou a disciplina geral do penhor considera o bem como um valor económico (e, então, o penhor rotativo nada tem de anómalo, na medida em que apenas se altera o substrato mas não o objecto da garantia); ou, pelo contrário, se conclui que o regime tradicional do penhor consagra como objecto da garantia o próprio bem (e, a ser assim, o penhor rotativo, ao fazer referência a bens diversos dos inicialmente empenhados, é necessariamente atípico e não simplesmente anómalo).<sup>3076</sup>

Um argumento que pode depor a favor da compatibilidade das cláusulas rotativas com o esquema legal do penhor advém da expressa previsão normativa da rotatividade (embora geralmente dependentes de aposição pelas partes de uma cláusula expressa nesse sentido), comum a vários alguns ordenamentos (embora limitada a determinados tipos de bens especificados), destarte contribuindo para que, ao menos no

---

*distinguere tra forme – e tecniche – di costituzione del vincolo, e quindi, anche al di fuori delle forme cc.dd. «spiritualizzate» di consegna, consente, anche per il pegno di diritto comune, di attuare la funzione di garanzia mediante tecniche alternative – ma funzionalmente equivalenti – allo spossessamento effettivo del costituente, purché egli sia privato dell'esclusiva disponibilità della cosa» e quindi «sia nell'impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore»*, ou seja, a tipicidade da função de garantia real consente que a autonomia negocial introduza variações e integrações estruturais dentro da elasticidade do tipo, sem alterar o tipo legal, uma vez que se trata de meras variações de estrutura e não de modificações do esquema legal de modo a torná-lo atípico).

<sup>3074</sup> Gazzoni, ob. e loc. cit.. No que especificamente respeita à pretensa lesão dos interesses dos credores quirografários, Luca Ruggeri, ob. cit., pág. 712 e segs., alega que “*la rotatività non lede le ragioni dei creditori chirografari; questi ultimi, in assenza della sostituzione dei beni dati in garanzia, non avrebbero comunque potuto sperare di ottenere alcunché dai oggetti del pegno, sempre che la sostituzione operi nel limite del valore originariamente posto a garanzia*” (embora admitindo subsistir o risco de os credores, *maxime* os bancos, alienarem os bens empenhados e, com o seu valor, diminuir o valor em dívida mantendo invariada a garantia – sempre que os recursos necessários para aquisição de novos títulos a sujeitar ao penhor sejam dispendidos pelo devedor -, rematando que “*Tale rischio in sé non appare di entità tale da costringere il giurista a propendere per il rifiuto del pegno rotativo, ciò anche in considerazione del fatto che il debitore (...) può disporre del proprio patrimonio e nulla vieta che egli utilizzi i propri mezzi economici per la riduzione del suo debito nei confronti della banca*”).

<sup>3075</sup> A este propósito, Joana Dias, ob. cit., págs. 231 e 232, o art.º 604.º “*reporta-se apenas às “causas legítimas de preferência” que impendem sobre os bens que integram o património do devedor e não, como sucede no caso do penhor rotativo, sobre bens que deixaram de se encontrar na disponibilidade do devedor ou do credor pignoratício sendo substituídos por outros que realizem a mesma função atenta a irrelevância individualizadora da res em si mesmo considerada (...) o art.º 604.º dirige-se especificamente às situações de satisfação do credor com bens alheios que no momento da satisfação são bens próprios daquele devedor, e não com bens que no momento da mesma satisfação já não são bens do devedor porque anteriormente transformados ou subtraídos à titularidade do devedor e, por isso, fora do núcleo em que se movem os demais credores comuns ou quirografários*”. Como fundamento desta posição, a Autora sugere que o art.º 604.º opera apenas no momento posterior ao não cumprimento voluntário da obrigação, ao passo que as cláusulas de rotatividade possuem uma função preventiva, permitindo ao credor ou ao devedor substituir, modificar ou renovar o objecto da garantia, por razões inerentes à conservação dessa mesma garantia e/ou de gestão racional desses bens.

<sup>3076</sup> Assim, Chiara Mancini, ob. cit., pág. 682.

domínio de aplicação de tais normas, a rotatividade não possa deixar de ser considerada como conforme ao tipo legal de penhor.

Todavia, tal consagração não só não resolve o problema relativamente às cláusulas de rotatividade que abarquem outros bens que não aqueles a propósito dos quais tal fenómeno logrou reconhecimento normativo, como coloca ainda a dúvida (em razão da mutação do *quid* onerado) de saber se as garantias rotativas legalmente consagradas constituem ou não verdadeiros penhores.

A resposta a esta última interrogação pressupõe, a nosso ver, o esclarecimento da dúvida acerca do erigir da imutabilidade do objecto da garantia como elemento do tipo legal do penhor, à qual entendemos dever ser dada uma resposta negativa, atendendo à viabilidade desta garantia pode incidir sobre bens fungíveis e/ou universalidades, bens estes cuja especial configuração os torna, inevitavelmente, sujeitos a modificações do seu conteúdo.

Ora, se assim é, mesmos as cláusulas rotativas que tenham por objecto outros bens que não aqueles a respeito dos quais a rotatividade se encontra legalmente prevista, não podem deixar de ser consideradas como integráveis no tipo legal do penhor, uma vez que deste não consta qualquer imposição de invariabilidade absoluta do objecto desta garantia.

Dito de outro modo e repisando uma ideia previamente defendida, quando o penhor incida sobre bens fungíveis ou sobre uma universalidade, a faculdade de substituição dos concretos bens onerados surge como inerente à própria natureza do *quid* onerado, sem que tal conflitue com a essência pignoratícia da garantia.

## 1.2 - O penhor sem desapossamento

A criação de garantias mobiliárias para cuja constituição se dispensa o desapossamento do devedor (ou, noutros termos, a entrega do bem ao credor ou a terceiro) gera incerteza acerca da sua integração no âmbito da garantia pignoratícia.

Tudo dependerá de saber se o desapossamento deve ser entendido como elemento estruturante e decisivo na figura do penhor ou se, pelo contrário, a garantia se poderá constituir de outros modos alternativos, desde que se salvguarde a impossibilidade de o empenhante dispor autonomamente dos bens dados em garantia.

Contudo, ainda que se adopte esta segunda perspectiva (a qual, como vimos, tem ganho progressivamente adeptos, sobretudo em Itália), não se obtém uma resposta cabal quanto à integração de tais garantias na órbita do penhor, tendo em conta a afinidade que algumas delas apresentam com as hipotecas (mobiliárias), quer em razão da sujeição de algumas delas a registo, quer da atribuição de um verdadeiro direito de sequela (nem mesmo afastável, nos ordenamentos em que tal regra se encontre plasmada, pela invocação da regra da posse vale título).

A propósito dos bens móveis para cuja constituição em garantia se exige o respectivo registo, surge a dúvida se ainda estaremos no domínio do penhor (porquanto a garantia incide sobre um bem móvel) ou se, ao invés, estaremos já na esfera da hipoteca mobiliária (atendendo à necessidade de registo para o surgimento do direito): exemplo paradigmático desta controvérsia é a disputa acerca da natureza pignoratícia ou hipotecária da garantia que incide sobre o estabelecimento comercial.<sup>3077</sup>

---

<sup>3077</sup> Em face da lei francesa de 1909, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 177 e segs., noticia uma predominância da qualificação como hipoteca mobiliária “*sous l’influence de l’organisation donnée à la publicité du nantissement et qui rappelle celle de la publicité de hypothécaire*”, associado ao facto de a distinção entre penhor e hipoteca radica na ausência de desapossamento desta e de “*le prétendu*”

Nesta hipótese, parece inegável uma aproximação ao regime dos bens imóveis, deixando a posse do bem de ter um efeito de presunção de titularidade do bem ou de um direito de garantia sobre esse bem (devendo eliminar-se a possibilidade de constituição de direitos através da protecção da posse de boa fé por parte dos terceiros adquirentes, a denominada regra da posse vale título), o que conduz alguns a optar pela inclusão de semelhantes garantias na órbita das hipotecas mobiliárias.<sup>3078</sup>

Pelo contrário, quando para a constituição da garantia não se imponha o registo, designadamente quando o credor adquira a posse do bem empenhado ainda que este não saia da detenção material do empenhante (como sucede quando se faz apelo à figura do constituto possessório, como por exemplo no penhor constituído em garantia de estabelecimentos bancários), as dúvidas parecem mais suavizadas, atendendo ao facto de o credor obter a posse, ainda que mediata, do bem onerado.<sup>3079</sup>

Como já resulta da leitura de direito comparado efectuada no Capítulo II, o panorama nos diversos ordenamentos é heterogéneo e pouco claro, levando a procura de alternativas ao tradicional penhor com desapossamento à criação de figuras heterogéneas, muitas das quais dificilmente reconduzíveis sequer ao penhor ou à hipoteca mobiliária,<sup>3080</sup> como sucede, por exemplo, com os *warrants*.<sup>3081</sup>

---

*nantissement des fonds de commerce, se fait sans dessaisissement*” (todavia, o Autor reconhece a existência de posições contrárias, associadas à jurisprudência dominante, colocando o enfoque na circunstância de “*La publication joue un rôle analogue, au dessaisissement dans le gage, elle confère au créancier gagiste vis-a-vis des tiers la possession du fonds*”, permitindo ao devedor continuar a usufruir do bem empenhado, não sendo os terceiros prejudicados – por não poderem conhecer o carácter precário da posse do empenhante – em razão da existência de um sistema de publicidade organizada) – em termos análogos, Hardel, ob. cit., pág. 182 e segs., baseando a sua posição no facto de a jurisprudência atribuir natureza de bem móvel incorpóreo ao estabelecimento). Qualificam, já de acordo com a legislação actualmente em vigor, esta garantia como hipoteca mobiliária, Simler e Delebecque, Droit civil 2009 cit., pág. 625, por entenderem que deve ser inscrita no registo (produzindo efeitos apenas a partir dessa inscrição), que o devedor não é desapossado do bem e conserva o direito de dele dispor e, finalmente, por conceder ao credor um direito de preferência e de seqüela, mas não de retenção.

<sup>3078</sup> Neste sentido, Ferrara, ob. cit., pág. 143 e segs., salienta que, historicamente, a publicidade mobiliária com base registal existiu desde o antigo direito germânico, mas acabou por ser substituída, por força do renascimento do direito romano, pela publicidade de facto conferida pela posse: todavia, a necessidade recente de constituir uma garantia real não possessória fez renascer as garantias mobiliárias registadas que, em seu entender, constituem verdadeiras hipotecas, uma vez “*Quando infatti una cosa mobile individualizzata, pur rimanendo in possesso del debitore, resta vincolata in forma pubblica con efficacia verso i terzi, contro i quali si può esercitare il ius distrahendi, è uno scrupolo dai puritani, per non dire un pregiudizio, seguire a parlare di privilegio o di pegno, invece di usare il nome adatto che a tale figura si conviene, cioè quello di ipoteca*” e “*si continua a parlare in questi casi di pegno o privilegio (...) e si teme di usare la parola ipoteca (...) noi siamo troppo abituati all’idea che l’ipoteca si riferisca ai soli beni immobili*”. Segundo este Autor, a diferença entre o penhor e a hipoteca corresponde à distinção entre garantias possessórias e não possessórias, considerando que “*Gli scrittori che richiedono come requisito dell’ipoteca la qualità immobiliare dell’oggetto, cadono nell’errore di far dipendere la natura del diritto dalla qualità dell’oggetto su cui grava. Ora ciò è falso. Altrimenti per ogni categoria di beni dovrebbero aversi istituti diversi da quelli esistenti in un’altra categoria, pure essendo nella loro sostanza identici*” (o Autor, no entanto, chama a atenção para as universalidades de bens, porquanto nesse caso será mais difícil assegurar a protecção de terceiros contra ónus ocultos: todavia, sustenta tratar-se apenas de um problema de técnica legislativa, não de uma questão de inadmissibilidade de uma hipoteca sobre estes conjuntos de bens).

<sup>3079</sup> Relativamente a esta hipótese, Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 65 e segs., salienta que a qualificação da garantia como hipoteca mobiliária deve ser rejeitada, porquanto o credor obtém a posse do bem recebido em garantia de modo a que “*non impedisce tuttavia al possessore di esercitare il suo diritto attraverso e mediante la persona del detentore*”.

<sup>3080</sup> Por exemplo, no direito francês desde o início do Século XX que o caminho seguido oscilou entre a criação de hipotecas mobiliárias (para os barcos, navios e aeronaves), de *warrants* (agrícola, petrolífero, industrial, hoteleiro, etc.) e de figuras apelidadas de penhor, mas que não implicavam o desapossamento do devedor (como o que recaía sobre o estabelecimento comercial). De acordo com Hardel, ob. cit., pág.

Esta polémica, aliás, também se faz sentir intra muros desde tempos longínquos, como se pode constatar pela querela em torno da natureza jurídica do penhor agrícola, para cuja constituição a lei desde cedo deixou de exigir o desapossamento do devedor.<sup>3082</sup>

À multiplicidade de garantias mobiliárias não possessórias não é alheia a dificuldade, a que já se fez alusão, de identificação de um único mecanismo de constituição de garantia aplicável à generalidade das coisas móveis, importando antes diferenciar os diversos bens móveis a onerar para efeitos de determinação da possibilidade de sobre eles ser constituída alguma das garantias.<sup>3083</sup>

Perante esta panóplia de modalidades que as garantias mobiliárias, possessórias e não possessórias, podem assumir, importa agrupá-las de acordo com algum critério, surgindo várias classificações como possíveis.

Desde logo, uma perspectiva mais linear agrupa as garantias mobiliárias em quatro grandes categorias, quais sejam o penhor clássico (com desapossamento do devedor e direito de retenção do credor), a hipoteca mobiliária (em que o desapossamento é substituído pela publicidade registal, assim se assegurando a existência de um direito de sequela na sua plenitude), o penhor sem desapossamento simples (quando o credor tenha a posse jurídica do objecto da garantia, enquanto o devedor mantém a detenção material, sendo o desapossamento assegurado por outra forma de publicidade - alternativa ao registo - e/ou pela proibição de alienação por parte do devedor, eventualmente acompanhada da imposição de sanções penais) e o penhor sem desapossamento com possibilidade de substituição dos bens onerados (normalmente associado à oneração de bens fungíveis, com a condição de à alienação

---

182 e segs., o desejável seria um alargamento da definição de bens imóveis, de modo a abranger aqueles bens imobilizados “*par immatriculation administrative oblligatoire sur des registres publics*”, bens esses susceptíveis de “*être grevés d’une véritable hypothèque, en comportant tous ses attributs, droit de suite et droit de préférence*”.

<sup>3081</sup> Relativamente aos *warrants*, a legislação não confere, normalmente, ao credor o direito de sequela, uma vez que o registo da garantia, segundo a jurisprudência, não é suficiente para fundar a má fé dos terceiros (sobre este assunto, vide, em especial, supra n.º 1.2.2 do Capítulo II), assim contribuindo para a sua qualificação como penhor: contudo, alguns Autores enquadrem esta garantia nas hipotecas mobiliárias, com o argumento que o registo procede à imobilização do bem sobre o qual recai o *warrant* – sobre este assunto, Hardel, ob. cit., pág. 182 e segs..

<sup>3082</sup> Confrontando-se as opiniões daqueles que olham para esta garantia como uma hipoteca (Guilherme Moreira, ob. cit., págs. 325 e 326, alegando que o penhor se encontra indissolavelmente ligado à entrega do bem ao credor e, por isso, nos casos “*em que o credor não fica tendo o direito de detenção sobre a coisa dada em garantia, não pode dizer-se que haja um penhor; há, pelo direito de preferência que o credor fica tendo, uma hipoteca mobiliária*”, embora conteste a ausência de publicidade, registal ou possessória, deste tipo de garantia) às daqueles que preferem manter esta garantia no domínio pignoratício (Luís Pinto Coelho, ob. cit., págs. 106 e 107, invocando que “*A posse não exige a detenção. A posse, como é sabido, pode obter-se pelos constitutos possessórios, e, portanto, basta o contrato de penhor para que o credor seja constituído possuidor da coisa e, assim, nada a obstar que ela continue na mão do devedor. Quem fica sendo o possuidor é o credor, e o devedor, embora continue com a coisa em seu poder, passa a ser um fiel depositário da coisa*”).

<sup>3083</sup> A título meramente exemplificativo, Giuseppe Trapani, ob. cit., pág. 112 e segs., dissocia os quase imóveis, que consentem uma perfeita individualização através do registo (onde se incluíam os navios, barcos, aeronaves, estabelecimentos comerciais, automóveis, filmes, rádios e televisões), os bens individualizáveis de facto, isto é, através da aposição de um sinal nos bens onerados (admitindo haver bens sobre os quais tal sinal não pode ser colocado – por exemplo, um diamante – de outros em que tal é possível, mas sublinhando que tal colocação não deve excluir – sendo antes complementar – o registo) e os bens fungíveis, cuja especificação poderá resultar da simples indicação do valor. Ora, parece que a hipoteca mobiliária apenas poderia recair sobre o primeiro tipo de bens, enquanto o penhor sem desapossamento seria apto para onerar os bens integrados na segunda e terceira categorias mencionadas.



dos bens originariamente onerados se seguir a substituição por outras da mesma natureza, qualidade, quantidade e valor).<sup>3084</sup>

Outra proposta, mais complexa, assinala três modelos distintos, recorrendo, para o efeito, a um conjunto aprofundado de critérios.<sup>3085</sup>

Numa primeira categoria, situar-se-iam aquelas garantias que conferem ao seu titular um verdadeiro e próprio direito de seqüela na sua plenitude, seja através da instituição de um regime organizado de propriedade<sup>3086</sup> ou, naqueles sistemas onde vigora o princípio da posse vale título, pela via da inversão da presunção de boa fé que permita ao credor garantido opor o seu direito ao terceiro possuidor.<sup>3087</sup>

---

<sup>3084</sup> Assim, Giuseppe Trapani, ob. cit., págs. 110 e 111, deixando no ar a dúvida acerca da maior proximidade do penhor sem desapossamento à hipoteca (quando ao credor seja concedido o direito de seqüela) ou ao penhor clássico (quando falte aquele direito) ou se, pelo contrário, não constituirá uma nova forma de garantia intermédia entre as duas tradicionais.

<sup>3085</sup> É este o esquema em que assenta toda a obra de Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 23 e segs.. Por seu turno, Vallet de Goystisol, ob. cit., pág. 415, afirma que a intenção do Autor foi a de superar a insuficiência do dualismo dogmático “*hipoteca-inmuebles-inscripción y prenda-muebles-desposesión*” e, dada a ausência de desapossamento em quase todas as figuras analisadas, inclina-se para a sua qualificação como hipotecas.

<sup>3086</sup> De acordo com Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 25 e segs., este sistema apenas se adequa aos bens com uma determinada importância económica (caso contrário, os custos inerentes não o justificarão), cuja utilização seja notória ou ostensiva (caso contrário, quando o bem é passível de um uso oculto, “*son individualisation, si elle résulte du classement, risquera de ne pas être respectée; les mutations et constitutions de droit réel retourneront fatalement à la règle de l’appréhension matérielle. Les intéressés seront, en effet, très tentés de ne pas se plier à des formalités de publicité, peut-être compliquées et coûteuses, si une simple tradition suffit à leur assurer la possession du meuble et les utilités que leur fournit le meuble ne révèlent pas au grand jour*”), que possuam uma localização fixa (nomeadamente porque, de forma administrativa, lhes é atribuído um ponto de contacto, o que permite a potenciais interessados consultar a situação do bem) e que sejam susceptíveis de identificação (senão de forma natural, ao menos por força de uma classificação administrativa), embora o Autor não atribua a todas estas características a mesma importância (“*c’est dans la notoriété de l’usage ou de la possession, outre l’aptitude à l’individualisation, que se trouvait la clef de voûte d’un tel système*”).

<sup>3087</sup> Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 29 e segs., destaca que este mecanismo só será eficaz quando o credor possa encontrar os bens na disponibilidade material de terceiros, o que pressupõe que tais bens possuam uma determinada natureza e importância que permitam que o desapossamento não passe despercebido ao credor. A referida inversão da presunção de boa fé do terceiro possuidor não decorrerá, segundo o Autor, da mera sujeição a registo da garantia (pois tal suporia que qualquer adquirente de um bem móvel susceptível de garantia sem desapossamento teria de informar-se acerca dos ónus que sobre o mesmo recaíssem – em desconformidade com o princípio que rege os bens móveis e que postula a inexistência de outros direitos para além dos que se manifestam através da posse; por outro lado e na ausência de uma classificação administrativa dos bens, é impossível estabelecer uma publicidade capaz de alertar os futuros adquirentes, pois terá que assentar numa base pessoal – e não real – originando assim que “*L’inscription de la sûreté réelle sera faite au nom du débiteur: seul, le premier acquéreur sera à même de connaître l’existence de cette sûreté. Les acquéreurs postérieurs, eux, n’auront absolument aucun moyen de la connaître puisque par définition ils ignoreront le nom du débiteur avec lequel ils n’ont eu aucun rapport*”), pelo que aventa duas hipóteses para alcançar tal desiderato: ou estabelecendo uma formalidade administrativa obrigatória (sob as mais diversas formas, autorização para o uso do bem ou cumprimento de determinadas formalidades aquando da transferência) de modo a que o adquirente do bem não possa ignorar a garantia (isto é, “*Le tiers acquéreur du meuble qui se conformera à l’obligation administrative connaîtra ipso facto le droit dont son meuble est grevé, par conséquent il ne pourra pas se parer de la présomption de bonne foi*”) ou através da estigmatização do bem (ou seja, da aposição de uma marca visível manifestando a existência da garantia), hipótese esta que acaba por ser descartada pelo Autor (nomeadamente pela facilidade em remover tais marcas, assim permitindo ao devedor alienar o bem a um terceiro que terá que ser considerado de boa fé, destarte anulando o direito de seqüela do credor garantido), concluindo por isso que “*dans le domaine de la règle en fait de meubles, la possession vaut titre, seul l’établissement de certaines obligations administratives peuvent permettre une publicité suffisante et par là même un droit de suite vraiment efficace*”.

Aqui se inseririam as hipotecas mobiliárias, categoria na qual podemos incluir, não apenas as garantias assim expressamente apelidadas pelo legislador,<sup>3088</sup> como também, eventualmente, outras que consintam a sua plena oponibilidade a terceiros, nomeadamente por conferirem ao seu titular um direito de sequela pleno, ainda que não denominadas explicitamente como garantias hipotecárias.<sup>3089</sup>

O direito real, em todos estes casos, acaba por assegurar a protecção da garantia contra os actos que afectem a consistência material<sup>3090</sup> ou jurídica<sup>3091</sup> do *quid* onerado.

---

<sup>3088</sup> Hardel, ob. cit., pág. 35 e segs., destaca como as hipotecas naval, fluvial e aérea – as únicas consagradas na época – ao estabelecerem uma publicidade completa, consentem a oponibilidade do direito a qualquer terceiro.

<sup>3089</sup> Hardel, ob. cit., pág. 43 e segs., inclui nesta categoria a garantia sobre o estabelecimento comercial, sobre automóveis e sobre películas cinematográficas, radicando a sua qualificação hipotecária na atribuição de um direito de sequela e na ausência de desapossamento que todas elas consagram. No primeiro caso e apesar da natureza jurídica controvertida do bem onerado (questão a que o Autor responde inclinando-se para a qualificação como bem móvel incorpóreo, de modo que “*bien que le fonds de commerce ne soit pas susceptible de possession, on peut admettre qu’il est possible d’avoir sur cette universalité un pouvoir de fait (...) est c’est ce pouvoir de fait dont le débiteur ne peut pas se dessaisir en faveur de son créancier*”), o Autor salienta a analogia das formalidades de inscrição e anulação do registo da garantia relativamente às hipotecas mobiliárias previstas por lei, o que permite ao credor “*poursuivre en quelques mains qu’il passe le fonds de commerce qu’il retrouvera toujours grâce à stabilité (...) le pouvoir de fait du débiteur sur le fonds ne met théoriquement pas le créancier en danger*” (embora alerte para o risco de separação de alguns elementos que compõem o estabelecimento, os quais escaparão à garantia). Relativamente ao veículo automóvel, a publicidade resultante da menção da constituição da garantia num registo cronológico existente na entidade que entrega um documento indispensável à circulação do veículo (“*carte grise*”) será suficiente para conferir ao credor o direito de sequela, porquanto “*par la délivrance du reçu, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession*” e, através desta ficção, “*comme possesseur du véhicule dès l’inscription, pourra toujours l’appréhender où qu’il se trouve (...) réputé possesseur par la délivrance du reçu de l’inscription, il pourra méconnaître tout autre situation et revendiquer sa voiture envers et contre tous*”, deste modo prevalecendo mesmo sobre a regra da posse vale título (também aqui o Autor não desconhece as insuficiências desta publicidade, nomeadamente em razão a mesma pressupor a matrícula do automóvel e a entrega, pelo devedor ao credor, da *carte grise*, a fim de este registar a garantia). Finalmente, quanto ao “*nantissement des films cinématographiques*”, a garantia pode incidir sobre três elementos (o filme enquanto bem móvel corpóreo, o direito de exploração do filme e as receitas provenientes dessa mesma exploração), sendo a publicidade decorrente da inscrição no registo no Centro Nacional da Cinematografia através da indicação do nome do filme, pelo que o credor “*pourra reprendre les éléments corporels de l’oeuvre cinématographique entre les mains de tout possesseur et de tout détenteur*” (assim postergando a protecção de eventuais terceiros de boa fé concedida pelo princípio da posse vale título) e, no que respeita às receitas, “*L’inscription suffira à donner (...) une opposabilité absolue et déterminera le rang (...). Grâce à la publicité, il n’est plus besoin de signification aux débiteurs cédés*”.

<sup>3090</sup> Principalmente através da atribuição do direito de satisfação preferencial, que assiste ao credor pignoratício, sobre a indemnização devida por uma seguradora ou por um qualquer terceiro em caso de danos provocados no objecto da garantia. Relativamente à primeira hipótese, Cabrillac, ob. cit., pág. 105 e segs., (depois de aludir à controvérsia relativamente ao enquadramento dogmático da questão – entendendo ser discutível a chamada, na ausência de texto legal expresso, à colação da figura da sub-rogação real – considerando que o direito do credor tem como objecto o valor do bem onerado, pelo que “*Ce n’est lorsque la valeur apparaît, et normalement c’est le créancier qui s’efforce de la faire apparaître par la saisie, que le droit peut s’exercer. Or, il est indéniable qu’en cas de sinistre, la valeur de l’objet apparaît dans l’indemnité d’assurance*”), realça que o direito do credor poderá ser anulado em caso de pagamento de boa fé por parte da seguradora (consistindo a boa fé no desconhecimento da constituição da garantia), bem como pela possibilidade de esta poder opor ao credor as excepções de que disponha contra o segurado. Quanto à indemnização devida por terceiros, o mesmo Autor sustenta, de *iure condendo*, a consagração, em termos genéricos, dessa solução (embora reconheça, *de iure condito*, a mesma apenas se encontra consagrada a propósito da hipoteca fluvial).

<sup>3091</sup> Um dos potenciais ataques prende-se com o desmembramento de um bem corpóreo (v.g. a separação de algumas peças que compõem o automóvel), caso em que o credor poderá reagir exigindo um reforço da garantia. Uma hipótese particularmente relevante é a do desmembramento do estabelecimento comercial, para a qual Cabrillac, ob. cit., pág. 119 e segs., distingue a protecção do credor em função do

Uma segunda categoria seria constituída por aquelas em que a garantia do credor é assegurada através da conjugação do direito real de garantia e de uma obrigação pessoal do devedor, especialmente naqueles ordenamentos nos quais vigore a regra da posse vale título (pois desta resulta, amiúde, uma limitação do direito de seqüela).<sup>3092</sup>

Nesta conformidade, a protecção do credor garantido, sofrendo a seqüela uma limitação severa,<sup>3093</sup> advém essencialmente da preferência proporcionada pelo direito real<sup>3094</sup> (bem como da atribuição da faculdade de obtenção de indemnizações

---

tipo de bens que seja alienado: tratando-se de direitos incorpóreos – como os direitos de propriedade industrial – o direito do credor com garantia sobre o estabelecimento prevalecerá (desde que registado no serviço competente da propriedade industrial); quando se trate de bens corpóreos, a lei francesa recusa-lhe o direito de seqüela (sendo a posição do credor tutelada através da criminalização da conduta do constituinte da garantia), permitindo-lhe apenas, em caso de penhora desses bens por parte de outro credor, requerer a alienação do próprio estabelecimento; finalmente, quando haja rescisão do contrato de arrendamento do imóvel no qual o estabelecimento se situe, o Autor admite que o credor se possa defender alegando que tal circunstância dissimula uma verdadeira alienação do estabelecimento (para, desse modo, poder exercer o seu direito de seqüela). Ainda no que respeita ao estabelecimento, o Autor destaca ainda a possibilidade de deslocalização do mesmo, pelo que o credor, nessa eventualidade, deverá transferir o registo da garantia para o novo local e, depois disso, poderá exercer o seu direito de seqüela (mesmo antes dessa transferência, o Autor admite a prevalência do direito do credor sobre os direitos de terceiros, quando o credor não tenha tido conhecimento da deslocalização do estabelecimento) - naturalmente que em caso de transferência para um país estrangeiro, as soluções dependerão do disposto nas normas de direito internacional privado e nas convenções internacionais sobre a matéria.

<sup>3092</sup> Com efeito e conforme realça Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 161 e segs., esta regra restringe em termos decisivos o direito de seqüela do credor, pelo que a sua protecção será assegurada através da imposição ao devedor de um dever de conservar o bem (dever esta cuja inobservância poderá até conduzir à imposição de sanções penais), embora esta dupla protecção pressuponha que a garantia recaia sobre um bem certo e determinado (ou seja, sendo necessária “*une description détaillé et le fait que le bien envisagé est celui qui se trouve entre les mains du débiteur*”). Em face do direito vigente à época, o Autor enquadra nesta categoria o *warrant* agrícola (mas apenas desde que incida sobre bens certos e determinados, determinado a lei a impossibilidade de o devedor efectuar a tradição dos bens onerados sem prévia liquidação do crédito do portador do *warrant*), o *warrant* hoteleiro (destacando a impossibilidade, que decorre do regime legal, de substituição dos bens onerados, bem como de tradição dos mesmos) e o *nantissement* de ferramentas e material de uso profissional (a propósito do qual se encontram previstas sanções de natureza penal para o caso de alienação do bem por parte do constituinte da garantia e, inclusive, um direito de seqüela condicionado à aposição nos bens onerados de um símbolo material: todavia e quanto a este último aspecto, o Autor reconhece tratar-se de um mecanismo demasiado frágil – dada a possibilidade de o devedor retirar a marca - que não justifica a integração desta garantia no âmbito daquelas que conferem um direito de seqüela pleno).

<sup>3093</sup> Sempre na esteira de Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 201 e segs., o direito de seqüela encontra-se paralisado pela presunção de boa fé do terceiro possuidor, entendendo o Autor que a publicidade decorrente destas garantias não é suficiente para afastar tal presunção (excepto, por determinação legal, no caso de aposição de uma placa sobre os bens objecto de um *nantissement* sobre o material ou equipamento profissional): neste contexto, a garantia será unicamente oponível a terceiros de má fé, o que a torna ilusória, “*non pas tant à cause de la règle “En fait de meubles, possession vaut titre”, que de la présomption de bonne foi dont bénéficie tout possesseur*”.

<sup>3094</sup> Segundo Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 181 e segs, apesar de a publicidade para este tipo de garantias não possessórias, organizada segundo o critério pessoal, não abarcar todas as transferências de propriedade e de outros direitos, será, porém, “*suffisante pour faire connaître, et donc rendre opposable, l’existence de la sûreté aux tiers qui sont en relations directes avec le constituant, c’est-à-dire essentiellement ses créanciers*” (isto é, “*Certains peuvent connaître ces charges parce qu’ils sont forcément en relation directe avec le constituant du droit au nom duquel est réalisée la publicité; ce sont, d’une façon générale, tous ses créanciers*”). Por força desta preferência, o direito do credor garantido prevalecerá sobre o dos credores quirografários (entendendo o Autor que estes deverão notificar aquele de todas as penhoras realizadas sobre o bem previamente onerado), sendo mais difícil de dirimir o conflito com o senhorio do imóvel onde o devedor exerce a sua actividade (porquanto nalguns casos a lei privilegia o credor garantido, enquanto noutros, partindo da ideia que o senhorio dispõe de um penhor tácito sobre o recheio do imóvel, concede preferência a esta último, impondo ao credor o dever de o avisar da constituição da garantia e permitindo a oposição em caso de existência de rendas não pagas: em

compensatórias em caso de perda ou deterioração do bem ou, noutro plano, de protecção em caso de deslocação do bem<sup>3095</sup>), conjuntamente com a imposição ao devedor de obrigações específicas atinentes ao bem onerado<sup>3096</sup> (cujo incumprimento pode originar a perda do benefício do prazo ou até a aplicação de sanções penais).<sup>3097</sup>

---

caso de oposição, a garantia poderá não ser constituída ou, quando muito, cederá perante o direito de senhorio), com os credores titulares de uma hipoteca ou privilégio imobiliário sobre o mesmo bem (designadamente quando o bem se encontre ao serviço de um bem imóvel, assim constituindo um imóvel por destinação. À partida, este conflito deverá ser solucionado em detrimento dos credores hipotecário ou privilegiado – *“Parce que le bien d’équipement est frappé du nantissement en même temps qu’il est immobilisé par son entrée dans l’immeuble de l’acheteur-débiteur – sinon avant”*: todavia, este bem pode vir substituir um outro integrado na órbita da hipoteca ou do privilégio, pelo que a lei impõe ao credor com garantia mobiliária o dever de os notificar do surgimento do seu direito e, caso não o faça, permite que aqueles credores possam invocar o seu direito sobre os bens entretanto transformados – pelo contrário, ocorrendo a notificação, estes credores poderão exigir o cumprimento imediato da obrigação, invocando a diminuição da garantia. Outra hipótese, mais simples, de resolver este conflito será recorrendo ao critério da prioridade da inscrição de qualquer das garantias em disputa, eventualmente acrescido da necessidade de o constituinte declarar, aquando da constituição da garantia mais recente, a prévia existência de um ónus sobre o mesmos bem) e com outras garantias mobiliárias não possessórias (em caso de multiplicidade de diversas garantias da mesma índole – v.g. *warrants* - sobre o mesmo bem, prevalecerá o critério da prioridade temporal da inscrição; tratando-se de conflito entre duas garantias diversas – v.g. uma sobre o estabelecimento comercial e outra sobre o equipamento – esta última prevalecerá se já tivesse sido constituída na data do surgimento da segunda e, mesmo na hipótese inversa, a solução será a mesma, desde que o credor com garantia sobre os bens de equipamento notifique o credor com garantia sobre o estabelecimento da constituição da garantia: esta última solução é criticada pelo Autor por paralisar a sub-rogação da garantia relativamente aos bens que integram o estabelecimento).

<sup>3095</sup> Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 231 e segs., entende que, em tese, esta transferência de local deverá ser previamente notificada ao credor, designadamente para que este possa, se for caso disso, transferir, sem efeitos novatórios, a inscrição da garantia para o competente registo existente no novo local de situação do bem, concedendo-se para tal um período de tempo não muito alargado (ou seja, o conflito entre os interesses do credor garantido na manutenção da consistência do seu direito e, por outro lado, dos terceiros a que não lhes sejam opostas garantias das quais não pudesse ter tido conhecimento, deverá ser solucionado, em princípio, em benefício do primeiro).

<sup>3096</sup> O conteúdo normal desta obrigação, inerente a qualquer possuidor, assume duas componentes, uma positiva (assegurar a consistência material do objecto) e outra negativa (não transmitir o mesmo bem a terceiros que pudessem desconhecer outros direitos pré-existentes sobre o mesmo bem, assim permitindo ao credor a apreensão do bem empenhado no momento do incumprimento pois, tendo conta a limitação ao direito de sequela, o credor não poderá alienar o quid onerado se este não se encontrar em poder do devedor: com fundamento neste dever, o devedor não poderá alienar o bem a terceiro, nem tão pouco entregá-lo a um terceiro, uma vez que a regra da posse de boa fé privilegiará, normalmente, este último no confronto com o credor garantido). Todavia, Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 241 e segs., salienta que este dever de conservação que impende sobre o devedor nas garantias não possessórias não é totalmente equivalente ao que recai sobre o credor pignoratício no penhor tradicional, pois no primeiro caso a perda ou deterioração do bem não causa necessariamente um prejuízo ao credor, porquanto a garantia deste recai sobre o valor da coisa e não tanto sobre a coisa em si (pelo que tal prejuízo não existirá se a deterioração *“n’atteint pas la valeur ou tout au moins la portion de valeur sur laquelle est assis le droit du créancier”*). Como bem se compreende, esta indisponibilidade do bem onerado pode originar grandes prejuízos para o devedor, pelo que, por vezes, a legislação permite que este cumpra antecipadamente a obrigação garantida e, desse modo, recupere a disponibilidade dos seus objectos (noutros casos, permite-se a alienação, embora se limite a tradição do bem para o adquirente à condição de prévio reembolso do credor garantido).

<sup>3097</sup> Segundo Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 251 e segs., o direito civil oferece como principal sanção para o incumprimento das obrigações do devedor a perda do benefício do prazo (apesar de reconhecer a interesse restrito que a mesma apresenta, uma vez que *“Il ne vise guère que l’hypothèse le créancier apprend le détournement, alors qu’il n’est encore que partiellement réalisé. En agissant avec célérité, il peut, grâce à la déchéance du terme, appréhender ce qui reste de l’assiette de son gage entre les mains du débiteur. Il y a là un concurs de circonstances fort rares”*), sem prejuízo de as partes poderem estabelecer, ao abrigo da liberdade contratual, formas de controlo da actividade do devedor por parte de um terceiro ou do próprio credor (as quais, porém, enfrentarão normalmente a oposição do controlado).

É a respeito destas garantias que a discussão acerca da respectiva natureza pignoratícia ou hipotecária se torna mais acesa, impondo-se esta última qualificação para aqueles que considerem o desapossamento do devedor (ou a falta dele) como elemento diferenciador das duas figuras,<sup>3098</sup> mesmo que, por vezes, a lei opte pela primeira alternativa através do recurso a uma ficção possessória.<sup>3099</sup>

Finalmente, casos há em que o direito real assumiria carácter meramente condicional, nomeadamente quando a garantia recaia sobre uma certa quantidade de bens fungíveis ou não concretamente identificados<sup>3100</sup> (permitindo-se, normalmente,

---

Em face desta insuficiência, não admira o recurso ao direito penal para sancionar a conduta do devedor, incorrendo este no crime de abuso de confiança (em caso de subtracção ou destruição do bem onerado em prejuízo do credor garantido) que o credor depositou no devedor, ao confiar-lhe a manutenção da posse do objecto dado em garantia.

<sup>3098</sup> É este o entendimento de Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 211 e segs., concluindo que *“la possession marque une distinction très nette entre le gage et les sûretés que l’on peut constituer sans qu’il soit nécessaire de la déplacer. La dépossession est indéniablement de l’essence du gage. La preuve la plus éclatante nous est fournie par l’obligation dans laquelle on s’est pour créer des gages sans dépossession, de recourir à une fiction de possession dont bénéficie le gagiste”*.

<sup>3099</sup> Todavia, Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 125 e segs., assegura que tal ficção não logra a manutenção destas garantias no arco do penhor, porquanto não desempenha a principal função atribuída ao desapossamento efectivo – retirar, para protecção do credor, o bem da disposição do credor – pelo que remata afirmando que *“La fiction est par conséquent impuissante à combler ce fosse profond qui separe les sûretés nécessitent le transfert de la possession de celles qui ne le nécessitent pas. Il faut donc préciser que c’est la dépossession effective qui est la caractéristique du gage”* (contudo, o Autor não deixa de reconhecer que a paralisação do direito de sequela, em matéria mobiliária, resultante da regra da posse vale título, acaba por originar uma diferença face ao regime das hipotecas imobiliárias, mas assevera que *“ce n’est pas le signe d’une nature juridique différente, mais simplement la conséquence des règles divergentes auxquelles sont soumis, du moins d’une façon générale, la propriété et les droits réels immobiliers d’une part, et la propriété et les droits réels mobiliers d’autre part”*). Todavia, o próprio legislador é responsável pelas dúvidas quanto à classificação jurídica de certas garantias, induzindo até à sua qualificação como penhores (ou até, mais raramente, afirmando expressamente a sua natureza pignoratícia), como sucede com os *warrants* (ao consagrarem uma espécie de *traditio brevi manu* dos bens onerados, de forma que o proprietário passará a detê-los por conta do credor garantido a título de depositário) ou com os *nantissements* do estabelecimento comercial e do material e equipamento profissional: simplesmente, replica o Autor, a lei não consegue introduzir uma integral coincidência entre estas garantias e o penhor, nomeadamente no que atine à resolução do conflito entre algumas delas que recaiam sobre bens imóveis por destinação e as hipotecas (com base no critério da prioridade temporal da inscrição de cada uma delas), o que, na óptica do Autor, constitui flagrante exemplo da natureza hipotecária destas garantias. Perante esta incerteza legislativa, também a jurisprudência se mostra oscilante, sendo a natureza pignoratícia sustentada com base na vontade do legislador (isto é, no caso do *warrant*, *“conférer au porteur une possession équivalente à la possession réelle, qu’en conséquence le porteur de bonne foi est (...) fondé à opposer son titre à l’acquéreur qui ne peut exciper une mise en possession antérieure”*), enquanto o carácter hipotecário se funda na necessidade de assegurar ao credor o direito de se pagar pelo produto da venda do bem onerado (uma vez que, estando perante um penhor e em caso de disposição do bem onerado por parte do empenhante, o credor não se poderia pagar pelo produto das respectiva alienação executiva, atendendo à mais que provável ausência de sequela).

<sup>3100</sup> Por força do princípio da especialidade, o direito real deverá incidir sobre uma coisa certa, determinada e identificada, pelo que *“Ce n’est donc pas le contrat constitutif de la sûreté qui fait naître le droit réel, mais bien cette opération par laquelle le créancier obtient que l’objet de son droit soit fixe et distingué des autres”*, ou seja, através de uma operação de entrega, medida, pesagem ou separação de outros de idêntica natureza: nesta conformidade, o direito real encontra-se sujeito à condição da especificação dos bens abarcados pela garantia, a qual produz efeitos retroactivos à data da celebração do contrato, ficção esta benéfica para o credor e não prejudicial para os terceiros na medida em que o acto constitutivo seja objecto de publicidade adequada, *maxime* através de inscrição num registo (Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 261 e segs.). Enquadram-se nesta categoria os *warrants* agrícolas sobre bens fungíveis (mais concretamente aqueles em que o quid onerado é depositado em cooperativas ou armazéns gerais e misturadas com outras da mesma natureza), petrolífero (que recai sobre uma quantidade de bens determinados unicamente com base no respectivo género, admitindo-se que o devedor possa deles dispor, desde que mantenha uma determinada quantidade daqueles bens: se não o fizer, o credor pode exigir a

uma substituição dos concretos bens inicialmente onerados por outros da mesma espécie).

Também neste domínio, a natureza condicional do direito real até à especificação do *quid* onerado<sup>3101</sup> (conferindo, não obstante, ao seu titular um direito de preferência,<sup>3102</sup> mas não de sequela),<sup>3103</sup> implica a associação de uma obrigação pessoal do devedor de manter constante a quantidade de bens dada em garantia,<sup>3104</sup> obrigação essa cujo incumprimento gera diversas consequências para o infractor.<sup>3105</sup>

---

reposição da quantidade estipulada ou o cumprimento imediato da obrigação; por outro lado, quando o valor dos stocks onerados sofrer uma desvalorização de, pelo menos, 10% o credor pode exigir um reforço da garantia ou o pagamento proporcional à diminuição do valor), de stocks de guerra (cujo objecto é igualmente fungível – sem necessidade sequer de separação dos demais bens do devedor - e cujo regime legal consente igualmente a disposição do *quid* onerado por parte do devedor, com a condição de substituir imediatamente os bens alienados) e industrial (com a *nuance* de não consentir sequer a tradição do bem, em caso de alienação por parte do devedor, a terceiro, sem prévio pagamento do credor garantido).

<sup>3101</sup> Como salienta Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 295 e segs., a especificação (acto através do qual se isola uma coisa das demais semelhantes detidas pelo devedor, atribuindo-lhe a qualidade de coisa certa e determinada), produzir-se-á no momento da execução da garantia e só nessa data o credor disporá de um verdadeiro direito real (embora o mesmo retroaja ao momento da constituição da garantia, ou seja, através de uma ficção “*tout se passe comme si le droit réel sur les marchandises déterminées, non plus in genere, mais in specie, avait été transféré au moment de la conclusion du contrat, de sorte que son opposabilité remonte au jour où le warrant a été vivifié par la publicité. Le privilège du créancier (...) prend rang, en effet, à la date de la transcription*”).

<sup>3102</sup> Segundo Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 315 e segs., este direito de preferência – e, em particular, o seu efeito retroactivo à data da constituição da garantia – enfrentam dificuldades do ponto de vista da sua justificação dogmática, contestando o Autor que se trate de uma hipótese de sub-rogação real (ou, como alguns preferem designar, de *revolving-warrant*), embora reconheça ser esta a posição seguida pela jurisprudência dominante (para a qual o direito de preferência “*portant sur certains biens remonte à une date (celle de la mise en gage initiale), qui est antérieure au transfert du droit réel (lequel n’est opéré qu’au moment où le débiteur a remis la marchandise de remplacement)*”). Para além do direito de preferência, a natureza real do direito do credor assegura-lhe ainda a faculdade de se satisfazer sobre as quantias pagas a título de indemnização em caso de perda ou deterioração do bem onerado e em caso de transferência do mesmo (apesar de, nesta última hipótese, o Autor alertar para o facto de a publicidade da garantia se dever realizar sob uma base pessoal – e não real – pois, caso contrário, bastaria ao credor transferir os bens do local onde se encontrassem inscritos para outro, uma vez que o primeiro credor, por força da natureza fungível do *quid* onerado, não teria possibilidade de demonstrar que os bens dados em garantia ao segundo credor seriam os mesmos que compunham a sua própria garantia).

<sup>3103</sup> Por duas razões distintas: em primeiro lugar, porque quando surge o direito real (no momento da execução da garantia) o direito de sequela já é desnecessário (“*Le droit réel n’est transféré au créancier que s’il peut saisir ou faire mettre à part les choses warrantés, ce qui suppose qu’elles sont encore entre les mains du débiteur. En revanche, lorsque les marchandises ne sont plus en possession de ce dernier, le créancier ne pourra plus faire naître le droit réel qui lui aurait permis de revendiquer. Le détournement par le débiteur, paralysant le transfert du droit réel, supprime par là même toute possibilité de revendication*”) e, em segundo, porque a reivindicação em momento anterior à especificação é impossível, por o credor não poder assegurar que “*la chose qu’il entend suivre est bien celle sur laquelle porte sa garantie. Avant la spécialisation, le créancier n’a de droit que sur une quantité abstraite qu’il ne saurait revendiquer*” – Michel Cabrillac, ob. cit., págs. 328 a 331.

<sup>3104</sup> Mais concretamente, de possuir uma determinada quantidade de bens no momento da constituição da garantia e de a manter enquanto não for extinta a obrigação garantida. Desta obrigação de conservação decorre, na óptica de Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 340 e segs., e tendo em conta a natureza fungível dos bens, a faculdade de substituição dos bens onerados, a qual, segundo o Autor, decorre directamente da lei, uma vez que “*du moment que le warrant n’intéresse pas telle ou telle marchandise précise, on ne peut priver le débiteur de cette faculté de remplacement, laquelle apparaît comme une prérogative d’origine légale, dont le bénéfice lui appartient automatiquement*” e, portanto, sem necessidade de cláusula expressa nesse sentido. Naturalmente que o tradicional dever de conservação dos bens assume aqui contornos particulares, sendo essa obrigação violada pelo simples facto de as quantidades acordadas não serem mantidas, ainda que tal resultado não seja da responsabilidade do devedor, embora por vezes a lei lhe conceda um prazo para repor o valor em falta (pelo contrário, noutros casos este dever é ainda mais

Ainda assim, a integração destas garantias no domínio das hipotecas pode ser defensável,<sup>3106</sup> sobretudo com base na identificação do objecto da garantia com o valor do bem onerado (e não tanto o bem em si mesmo considerado).<sup>3107</sup>

Em nosso entender e procurando tomar posição, a solução a dar a esta problemática da qualificação das garantias mobiliárias, em especial das não possessórias, pressupõe o esclarecimento prévio de outras duas interrogações, uma que se prende com o critério de distinção entre o penhor e a hipoteca e outra, paralela, da inclusão dos penhores em que o desapossamento do credor se opere de modo alternativo à entrega material (v.g., tradição ficta, simbólica, *brevi manu* ou constituto possessório),

---

pesado, obrigando-se o devedor a manter, não apenas uma dada quantidade de bens, mas mesmo um valor dos mesmos previamente acordado).

<sup>3105</sup> Essas sanções encontram-se consagradas no direito civil, como o pagamento de indemnização pelos prejuízos causados, a perda do benefício do prazo (logo que se constate que a quantidade de bens existentes num dado momento é inferior ao estipulado) ou a possibilidade de exercer um controlo sobre os bens onerados (particularmente importante porque, tendo em conta a natureza fungível destes, o devedor tem toda a legitimidade para os alienar e entregar a terceiros, cabendo ao credor atestar a manutenção do nível convencionado) e, noutro plano, também ao nível penal (punindo com a pena prevista para o crime de abuso de confiança a conduta do devedor que disponha ou danifique a garantia do credor) e mesmo do direito administrativo (estabelecendo formas de controlo sobre os stocks dados em garantia, deste modo reforçando os poderes de supervisão que o próprio credor pode exercer). Não obstante, o Autor sugere a introdução de melhorias, como a transferência do direito de preferência do credor para o produto da venda efectuada pelo devedor e impondo que o pagamento fosse efectuado no domicílio do banqueiro domiciliário do *warrant* (deste modo tornando os actos de descaminho dos bens onerados mais difíceis, pois passariam a necessitar da cumplicidade de um adquirente que esteja disposto a efectuar um pagamento inválido) ou a instituição de uma forma de desapossamento aligeirado (seja através da remessa das chaves dos locais onde se encontram depositados os bens onerados, seja através da celebração de um contrato de locação, nos termos do qual o credor ou um terceiro se tornariam arrendatários daqueles mesmos locais, sendo este contrato acompanhado da colocação de uma publicidade material nos mesmos locais destinada a advertir os terceiros).

<sup>3106</sup> É a posição de Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 302 e segs., alegando que o facto de o direito real se encontrar sujeito a uma condição em nada afecta a natureza do direito (e, por outro lado, que o critério de distinção entre penhor e hipoteca assenta na presença ou ausência de desapossamento do constituinte, de modo que “*le droit réel n’apparaît qu’avec la spécialisation provoqué par une procédure de réalisation, alors que son opposabilité rétroagit jusqu’au jour de l’inscription (...). Comment concilier ce mécanisme avec celui du gage classique, puisque le privilège du créancier gagiste ne naît pas et ne demeure que dans la mesure où ce dernier entre et demeure en possession? (...) Considérer le créancier comme possesseur dès la formation du warrant (...) nous paraît tout à fait impossible*), sendo a oponibilidade da garantia assegurada pelo carácter imaterial (e não possessório, como no penhor) da afectação hipotecária e da respectiva publicidade (o Autor recusa ainda que a interdição de disposição – e até, em caso de alienação, de entrega aos terceiros adquirentes – dos bens onerados aproxime estas garantias do penhor – garantia na qual tal obrigação é comum – e as distancie da hipoteca, onde tal proibição não vigora: ora, “*cette interdiction est extérieure au droit réel et constitue le terme principal de l’obligation personnelle qui lui est adjointe (...). C’est donc une protection supplémentaire ajoutée à l’affectation réelle et qui s’explique, non par la nature de cette affectation, mais par celle de l’objet affecté qui, selon qu’il est immobilier ou mobilier, se prête plus ou moins à l’exercice d’un droit de suite*”).

<sup>3107</sup> Segundo Michel Cabrillac, ob. cit., pág. 306 e segs., “*Le droit de préférence s’exerce donc sur un élément du patrimoine du débiteur qui, lors de la formation du contrat, n’a pas été déterminé dans son existence concrète mais en fonction d’une grandeur donnée. Ce n’est pas tant sur un bien tangible que sur une valeur quelque peu désincarnée que le créancier se réserve un privilège. Dans une certaine mesure, l’affectation en valeur se substitue à l’affectation en nature*” (conforme se comprova pelo facto de o legislador determinar a obrigação de manutenção do valor da garantia acima de um determinado valor e até de autorizar a substituição dos bens originariamente empenhados por outros da mesma espécie), embora o Autor alerte que esta classificação do valor enquanto objecto da garantia não tem significado técnico “*impuissante à définir la nature juridique d’une institution (...) notion de gage, qui est unique, et non deux notions, celle d’un gage en nature et celle d’un gage en valeur. Dire d’une sûreté qu’elle est un gage en valeur, c’est peut-être la décrire, mais ce n’est pas la classer dans une catégorie préexistante*”.

no âmbito do penhor clássico ou com desapossamento (o que, por sua vez, pressupõe a enumeração das funções prosseguidas por aquele desapossamento).

Começando pelo critério de separação entre o penhor e a hipoteca, este assentou tradicionalmente e durante muito tempo, na natureza mobiliária ou imobiliária, respectivamente, do respectivo objecto.<sup>3108</sup>

Porém, este critério foi-se revelando paulatinamente insuficiente,<sup>3109</sup> conduzindo mesmo à sua superação, porquanto os ordenamentos jurídicos foram admitindo a susceptibilidade de as coisas móveis equiparáveis às imóveis (ou seja, as coisas móveis sujeitas a registo) serem hipotecadas<sup>3110</sup> e, por outro lado, nalguns ordenamentos surgiram penhores sobre bens imóveis por acessão física ou intelectual.<sup>3111</sup>

Outro possível critério de distinção entre o penhor e a hipoteca reside, já não na natureza do bem onerado, na modalidade de constituição da garantia, mais concretamente na necessidade de desapossamento do empenhante e de empossamento do credor ou de terceiro (existente no primeiro, ausente no segundo).

Este critério radica, assim, no carácter real *quoad constitutionem* do penhor (surgindo o empossamento condição *sine qua non* do nascimento da garantia), por contraposição à natureza não possessória da hipoteca, garantia para cuja constituição seria forçosa (e bastaria) a inscrição no registo.<sup>3112</sup>

Todavia, o surgimento de inúmeros penhores sem desapossamento do devedor (*rectius*, sem entrega material do bem) colocou em dúvida a pertinência deste outro

---

<sup>3108</sup> Segundo Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 236 e segs., tal distinção foi cristalizada com o Código de Napoleão (e em todas as codificações neste inspiradas), embora nesse mesmo diploma se acrescentasse que o outro traço distintivo entre as duas garantias residia no diverso modo de constituição de cada uma delas (de modo que o direito de sequela se encontra condicionado à obtenção e manutenção da posse do bem por parte do credor – no caso do penhor – e à inscrição no registo, tratando-se da hipoteca). Em termos concordantes, Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 90 e segs., salientando que a superação dessa dicotomia, motivada pelos inconvenientes do desapossamento e pela possibilidade de identificação registal de alguns móveis, conduziu ao aparecimento de hipotecas mobiliárias e de penhores sem desapossamento.

<sup>3109</sup> Vide, por todos, Ismael Acevedo y Criado, ob. cit., pág. 19, assegurando que “*El carácter mobiliario que a la prenda se atribuía por la doctrina clásica, no puede sostenerse en la actualidad, por poder quedar sujetos a la misma bienes de distinta naturaleza*”, sobretudo a partir da consagração legal de hipotecas mobiliárias.

<sup>3110</sup> Acerca desta evolução, vide Menéres de Campos, ob. cit., pág. 25, considerando que, em face deste percurso, ao penhor cabe apenas um papel residual, de aplicação restrita aos bens não hipotecáveis.

<sup>3111</sup> Sílvio Rodrigues, ob. cit., pág. 352, aponta como exemplos, no direito brasileiro, o penhor rural (que o Autor considera mais próximo da hipoteca que do penhor, em razão da ausência de desapossamento e da natureza imóvel por destinação do *quid* onerado) e o penhor industrial. Em termos análogos, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., págs. 366 e 367, propende para a qualificação do penhor rural como uma verdadeira hipoteca, não só porque a garantia prescinde do desapossamento do seu constituinte, mas também em razão da natureza imobiliária (enquanto dependentes do imóvel em cuja dependência se encontram – cfr. art.º 79.º do CCB) dos bens sobre os quais recai. Desvaloriza esta questão Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., págs. 347 e 348, rematando que as objecções relativas ao desvirtuar da garantia pignoratícia – por abrangerem imóveis e/ou não implicarem o desapossamento do devedor – devem ser suplantadas em nome da satisfação das necessidades do comércio jurídico (especialmente no caso do penhor agrícola, em que o abrir mão dos instrumentos de produção – muitas vezes os únicos bens de valor que o agricultor possui – significaria a impossibilidade de continuação da sua actividade produtiva).

<sup>3112</sup> Adopta este critério Stéphane Piedelièvre, ob. cit., pág. 202, salientando que o desapossamento é da essência do penhor, na medida em que este é um contrato real, pelo que as garantias que prescindam deste mecanismo deverão ser qualificadas como hipotecas (a tal não se opondo a tradicional oposição às hipotecas mobiliárias, nem tão pouco a regra da posse vale título, a partir do momento em que seja possível instituir um verdadeiro sistema publicitário que consinta informar terceiros da existência destas garantias).



critério,<sup>3113</sup> sendo disso exemplo as garantias mobiliárias constituídas por meio de inscrição num registo (como o penhor de valores mobiliários escriturais).<sup>3114</sup>

De facto, perante o advento de penhores sem desapossamento gerou-se um dilema: ou admitir que o penhor tem sempre como objecto um bem móvel (e a hipoteca um imóvel), sendo qualificáveis como tal todas as garantias mobiliárias, mesmo as que prescindam do desapossamento do constituinte; ou, em alternativa, constatar que o penhor impõe sempre o desapossamento do constituinte e, por isso, concluir que as garantias que incidam sobre bens móveis e não imponham aquele desapossamento serão classificáveis como hipotecas (mobiliárias).<sup>3115</sup>

---

<sup>3113</sup> Vallet de Goystisolo, ob. cit., pág. 237 e segs., salienta como, no Século XIX, “*los autores centran principalmente la distinción entre la prenda e la hipoteca, en la entrega o no de le possessión al acreedor. En cambio, aceptan que indistintamente una y otra puedan recaer en muebles o inmuebles, si bien se acentúa la preferencia por la hipoteca para gravar éstos y por la prenda para gravar aquéllos*”. Esta distinção fundada na natureza móvel ou imóvel do objecto onerado apenas obteve consagração legal no CCE (tendo esta mantido a diferença relativa ao modo de constituição de cada uma das garantias), posição essa criticada pelo Autor, qualificando-a como “*fruto de una visión limitada a un determinado momento histórico*”, considerando um conceito vazio fazer repousar a diferença entre as garantias na natureza móvel ou imóvel do bem onerado, contrapondo que “*La cualidad inmobiliaria del objeto es irrelevante para la naturaleza del derecho constituido*”, como se comprova pelo posterior surgimento de hipotecas sobre bens móveis (navios e aeronaves) que atestam a possibilidade de criação de uma verdadeira publicidade mobiliária. De acordo com De la Santa García, ob. cit., pág. 69 e segs., a constatação da necessidade de manutenção de determinados bens em poder do constituinte – *maxime* os que sejam utilizados como instrumentos de trabalho – motivou a criação de penhores sem desapossamento, os quais, não obstante, não deixam de ser um direito real de garantia análogo ao seu congénere com desapossamento (baseando esta conclusão no facto de o art.º 59.º da LHMPD determinar que o devedor possui o bem na qualidade de depositário, “*lo cual equivale a decir que el acreedor también posee, por lo que podríamos pensar que la denominación “prenda sin desplazamiento posesorio” puede resultar un poco engañosa, quizás hubiera resultado más correcto, haberla denominado “prenda sin desplazamiento de la posesión inmediata”*”, concluído que “*es posible hablar de derecho real de prenda sin desplazamiento, la cual es oponible a terceros de mala fe, e incluso de buena fe, si se mantiene el status loci, es decir, que la cosa se encuentre localizada en el lugar donde se entiende depositada, porque esta situación permite que de despliegue plenamente la eficacia posesoria, pudiendo el acreedor pignoratício ejercitar todas las posibilidades que el Código Civil reconoce a todos los poseedores*”), embora subsistam diferença assinaláveis face a este (traduzidas, não apenas na ausência de desapossamento do constituinte ou com elas relacionadas – como sucede com o direito do credor inspeccionar os bens onerados, com a transferência do dever de conservação para o devedor, com a responsabilidade civil e criminal deste enquanto depositário, nos termos dos art.ºs 57.º e 59.º da LHMPD -, mas também a possibilidade de o credor, em caso de mau uso por parte do devedor, exigir o pagamento antecipado da quantia garantida ou a venda imediata do bem onerado ou o direito de preferência do credor em caso de disposição do bem através de dação em pagamento – art.ºs 62.º e 65.º da LHMPD). Entre nós, Meneres Campos, ob. cit., pág. 25, destaca como “*o requisito da entrega da coisa adaptou-se, também, às novas circunstâncias. De facto, já não é a entrega material da coisa que caracteriza o penhor (...) a lei admite a entrega simbólica da coisa, também designada por desapossamento, traduzida na simples entrega de um documento*”.

<sup>3114</sup> A este respeito, Diaz Moreno, ob. cit., págs. 393 e 394, embora discuta a pertinência actual da categoria dos contratos reais quanto à constituição, ao considerar o registo como um sucedâneo da entrega – no sentido em que ambas procuram lograr a indisponibilidade do bem onerado – acaba por integrar este penhor nessa mesma categoria, afirmando que um penhor de valores escriturais não registado constitui um mero contrato-promessa, cuja execução consistirá precisamente na inscrição da garantia, “*antes de la cual no surgiría derecho o afección alguna sobre los valores; el único efecto del contrato consensual consistiría (...) en el nacimiento, para quién prometió constituir la prenda, de hacer inscribir la garantía sobre los valores cuya afección se hubiera pactado*”.

<sup>3115</sup> Notícia a existência deste dilema Simon Quincarlet, ob. cit., págs. 498 e 499, retomando-o Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 292 e segs. (concluindo no sentido da qualificação das garantias mobiliárias sem desapossamento como hipotecas mobiliárias). Esta última Autora, depois de reconhecer que o critério tradicional de distinção assentava na natureza móvel ou imóvel do bem onerado, conclui ser a existência ou ausência de desapossamento que, actualmente, permite apartar o penhor da hipoteca, concluído, em

Um afloramento desta distinção pode encontrar-se configuração do penhor como uma garantia que implica a perda de algumas das prerrogativas (ao menos das materiais, uma vez que nenhuma destas garantias implica a perda da propriedade) respeitantes ao bem onerado, conduzindo, em especial no que concerne aos bens incorpóreos, à sua qualificação como penhores, uma vez que a sua constituição não implica a perda de nenhuma prerrogativa material – designadamente o direito de uso - por parte do constituinte.<sup>3116</sup>

A diversidade de efeitos destas duas garantia teria ainda outros corolários, nomeadamente em sede de execução da garantia, na medida em que apenas o penhor consentiria ao seu titular requerer a atribuição do bem em pagamento.

A distinção poderia assentar, ainda, na obrigatoriedade de inscrição do registo da garantia hipotecária e na circunstância de a constituição de penhor dispensar tal formalidade<sup>3117</sup> ou, em termos aproximados, na diferença entre bens registáveis (e, por isso, susceptíveis de hipoteca) e não registáveis (passíveis de ser empenhados), sendo que apenas os bens móveis que reunissem determinadas condições poderiam integrar a primeira categoria:<sup>3118</sup> contudo, aí está a existência de penhores sujeitos a registo demonstrar a falibilidade de mais este critério.<sup>3119</sup>

Finalmente, há quem faça repousar a distinção na atribuição ao credor hipotecário de um direito de sequela pleno e sem restrições, enquanto o credor pignoratício disporá unicamente da protecção decorrente da posse (aspecto este

---

conformidade, que as garantias não possessórias sobre bens móveis têm natureza hipotecária (mesmo considerando a proibição, constante do Code Civil, de hipotecas mobiliárias, cujo fundamento reside no papel preponderante atribuído à aparência e à posse no domínio dos bens móveis: ora, “*A partir du moment où le bien meuble est soustrait à ce régime de principe pour être soumis à un régime de publicité comparable à celui de la publicité foncière, apparence et possession n’ont plus leur place, et corrélativement, l’exclusion de l’hypothèque mobilière n’est plus fondée*”, mesmo quando se trate de garantias sobre bens móveis incorpóreos, como o estabelecimento comercial, ou os direitos de propriedade intelectual) – todavia, desse reconhecimento não retira a Autora a conclusão da necessidade de recorrer ao regime da hipoteca para colmatar as eventuais lacunas do regime jurídico destas garantias, importando, pelo contrário, “*prendre en compte d’une part, la nature hypothécaire de la sûreté et d’autre part, le caractère mobilier de son objet. Dès lors, parmi les règles du droit hypothécaire, seules celles résultant de la nature hypothécaire de la sûreté et non du caractère immobilier de l’assiette pourront s’appliquer. De la même manière, l’application des solutions de droit commun du gage doivent être exclues si elles sont fondées sur la dépossession mais maintenues lorsqu’elles sont seulement inspirées par la nature mobilière de l’objet du gage*”.

<sup>3116</sup> Neste sentido, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 308 e 309, apontando como exemplo o caso do estabelecimento comercial, procurando explicar esta situação invocando o facto de este tipo de bens se originar num monopólio de exploração, incompatível com a proibição de uso do bem empenhado consagrada no regime do penhor.

<sup>3117</sup> Neste sentido, Meneres Campos, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>3118</sup> Neste sentido, Vallet de Goystisol, *ob. cit.*, pág. 244 e segs., um bem móvel apenas poderá ser hipotecado se for perfeitamente identificável (de forma que possa ser permanentemente distinguida das demais coisas do mesmo género ou, melhor ainda, esse mesmo género conste de um cadastro numerado de cada um dos exemplares) e, ainda, que a imposição de um registo não prejudique desmesuradamente os negócios jurídicos sobre tal bem (o que exclui deste âmbito os bens de menor valor): em face deste critério, o Autor enumera como bens sobre os quais pode recair uma hipoteca mobiliária (dotada de preferência e de sequela) o estabelecimento comercial, as máquinas ao serviço deste, os automóveis e outros veículos a motor, as aeronaves, os navios e os direitos de propriedade industrial e intelectual.

<sup>3119</sup> Nestes casos, a distinção não se pode ancorar no facto de, na hipoteca, o registo ter carácter constitutivo (art.º 687.º), enquanto no penhor, mesmo quando excepcionalmente se encontre sujeito a registo, a sua falta apenas condicionaria a eficácia da garantia perante terceiros. Com efeito, na medida em que o registo do penhor assume uma natureza sucedânea e substitutiva da entrega do bem ao credor ou a terceiro e esta possui, inegavelmente, natureza constitutiva (no sentido em que o direito real de penhor não nasce sem tal entrega), o mesmo se deverá afirmar relativamente à inscrição no registo, não sem que se reconheça a possibilidade de a lei especial dispor em sentido diverso.

particularmente notório nos ordenamentos em que vigore a regra da posse vale título, cuja invocação paralisa a sequela relativamente aos bens móveis, pelo menos os corpóreos)<sup>3120</sup> ou, noutros termos, no confronto entre os poderes atribuídos pela posse do bem ao credor pignoratício e pela inscrição ao credor hipotecário.<sup>3121</sup>

Com base neste critério e naqueles países em que a proibição de hipotecas sobre bens móveis obteve consagração legal – e a conseqüente neutralização do direito de sequela, em razão da regra da posse vale título, das garantias mobiliárias (reflectida no adágio “*meubles n’ont pas de suite par hypothèque*”) – aquelas garantias tendem a ser qualificadas como penhor (embora se reconheça, presentemente, que tais postulados se justificaram na ausência de um sistema geral de publicidade das hipotecas mobiliárias, carecendo de fundamento a partir do momento em que esta possa ser assegurada, cessando, por arrastamento a razão de ser da interdição da figura:<sup>3122</sup> não obstante, o peso da tradição parece bastante arreigado na doutrina e jurisprudências tradicionais, as quais persistem na integração destas garantias mobiliárias não possessórias no âmbito do penhor).<sup>3123</sup>

---

<sup>3120</sup> Neste sentido, Cabrillac, ob. cit., pág. 61 e segs., defende que “*la possession n’est pas tellement inhérente à la notion de gage qu’on ne puisse pas concevoir en son absence l’existence d’un véritable gage*” (embora reconhecendo que, normalmente, a ausência ou presença do elemento possessório consente a distinção entre as duas garantias), concluindo que “*Sûrerés sans dépossession, sûretés munies du droit de suite, elles constituent indubitablement des hypothèques mobilières*”.

<sup>3121</sup> Nesta conformidade, Simler e Delebecque, Droit civil cit., págs. 601 a 604. Estes Autores, depois de recusarem que o desapossamento seja da essência do penhor (contrapondo que “*rien n’interdit de considérer la dépossession comme un élément naturel du gage, sans qu’il soit essentiel. On peut voir la dans la dépossession une simple mesure de publicité (...). Or, le législateur peut parfaitement aménager autrement cette publicité, en organisant des systèmes d’inscription sur tel ou tel registre. C’est du reste ce qui a été fait à l’occasion de la réforme des sûretés (...) la protection du créancier peut être renforcée par des dispositions pénales incriminant les actes de disposition du débiteur*”) e que seja uma heresia falar de hipotecas sobre bens móveis (porquanto, apesar de o art.º 2397 proclamar que apeans os bens móveis são susceptíveis de hipoteca, “*Dès l’instant qu’un meuble a de la valeur et qu’il est possible de lui donner un point d’attache fixe, il n’y a pas de motif pour qu’il ne puisse former l’objet d’une hypothèque*” até porque “*la notion même d’hypothèque n’est pas liée à la nature du bien sur lequel elle porte. L’objet de l’hypothèque n’est pas un meuble ou un immeuble, c’est un droit sur la valeur d’un bien. L’hypothèque ne se définit pas par à partir de son assiette, seules comptent les prérogatives qui sont attribuées au créancier*”), concluem que a questão se deve colocar, para as garantias mobiliárias sem desapossamento, é a de saber se os poderes que ela confere ao credor são equivalentes aos decorrentes da posse do credor pignoratício tradicional (sobretudo o direito de retenção que lhe permite opor-se à venda do bem onerado e requerer a atribuição judicial do bem empenhado) ou antes se assemelham mais aos outorgados ao credor hipotecário (essencialmente um direito de preferência e um direito de sequela não limitado pela regra da posse vale título), embora o Autor alerte para a relatividade da distinção resultante da introdução em França de garantias de índole fiduciária, não enquadráveis nem na hipoteca, nem no penhor.

<sup>3122</sup> Destaca este aspecto Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 460 e segs., apontando como exemplos de sistemas de publicidade sobre bens móveis com sucesso o *mortgage* inglês (outorgando um verdadeiro direito de sequela ao seu titular), outras garantias em que a mobilidade do objecto da garantia é atenuada física ou juridicamente (como no caso dos navios e das aeronaves) ou que podem ser objecto de uma localização fictícia (como as mercadorias em viagem ou dos automóveis relativamente ao local de matrícula)

<sup>3123</sup> Philippe Théry, ob. cit., págs. 301 e 302, dá conta deste panorama, alegando que a protecção do credor pignoratício é posta em causa pela regra da posse vale título (que consente a qualquer terceiro possuidor opor o seu direito ao do credor), mas não quando se trate de bens incorpóreos (não sujeitos à aplicação daquela regra) ou a bens para os quais seja possível organizar uma verdadeira publicidade (pois, desse modo, é afastada a boa fé de eventuais terceiros titulares de direitos sobre o mesmo), como sucede com os aviões e navios, por vezes usando determinadas características dos bens (a carta verde dos automóveis) ou utilizando uma mera publicidade pessoal (normalmente no tribunal da residência do constituinte): quando não seja possível organizar tal publicidade, restará a imposição de sanções penais ao constituinte que disponha dos bens onerados em prejuízo do credor. Em qualquer dos casos, o Autor

Em termos não significativamente diversos, alguns opinam que, comportando todas as garantias não possessórias uma publicidade diversa do mero desapossamento do constituinte, as mesmas poderão ser divididas consoante tal publicidade seja efectiva e eficaz (conferindo, por isso, um direito de preferência e de sequela) ou, ao invés, seja imperfeita (atribuindo apenas um direito de preferência, sendo a sequela substituída pela interdição de venda do bem por parte do constituinte, penalmente sancionada).<sup>3124</sup>

Tendo em conta este panorama, não surpreende que alguns façam apelo a outros critérios<sup>3125</sup> ou a uma conjugação de alguns deles para explicar esta distinção,<sup>3126</sup> enquanto outros vão ainda mais longe e relativizam a distinção entre penhor e hipoteca, considerando-a como fruto de artificialismo histórico do legislador, actualmente sem qualquer fundamento.<sup>3127</sup>

---

notícia que a tendência dominante aponta no sentido da qualificação destas garantias como penhores (ainda que nem todos concordem ser essa uma consequência do carácter não essencial do desapossamento para a constituição do penhor).

<sup>3124</sup> Assim, Aynès e Crocq, *Les sûretés 2004* cit., pág. 223 e segs..

<sup>3125</sup> Operando, por exemplo, a distinção entre bens nómadas (susceptíveis de ocultação ou desaparecimento e difíceis de identificar) e bens sedentários (com um ponto de referência fixo), sendo os primeiros objecto de penhor com desapossamento e os segundos de hipoteca não possessória - relata a existência de partidários desta distinção Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 499.

<sup>3126</sup> Neste sentido, Simon Quincartlet, ob. cit., págs. 500 a 505, ancora a distinção nas condições de existência (a tendencial necessidade de desapossamento no penhor, embora a impossibilidade de o constituinte continuar a deter o bem não decorrer tanto da natureza do penhor, mas sobretudo da necessidade de proteger terceiros e assegurar a consistência da garantia: por ser assim, quando tal for observado - como sucede com o regime dos *warrants* - nada obsta à criação de penhores sem desapossamento), no campo de aplicação (reservando a hipoteca para bens susceptíveis de perfeita individualização e com uma localização fixa) e nos efeitos (a preferência - comum ao penhor e à hipoteca, embora haja mais excepções no caso desta última garantia, especialmente por força dos privilégios imobiliários - e a sequela - unicamente plena no que toca à hipoteca, mas limitada no penhor por força da regra da posse vale título) de cada uma destas garantias. Do mesmo modo, Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III* cit., págs. 420 e 421, escrevendo que “*para distinguir la hipoteca de la prenda, hay que combinar los criterios de la clase del bien y de desplazamiento o no de la posesión, de modo que hay hipoteca cuando ésta no se desplaza y se trata de inmueble (hipoteca inmobiliaria) o de ciertas clases de mueble (vehículos, maquinaria industrial y otros que la ley fija) (hipoteca mobiliaria); y hay prenda si la posesión se desplaza y el bien es mueble (prenda normal o con desplazamiento posesorio), o cuando, aun no desplazándose la posesión (prenda sin desplazamiento), se trata de muebles simplemente de otras ciertas clases (máquinas y otros identificables por características propias, mercaderías y materias primas almacenadas, etc.), o, además, pertenecientes a ciertas personas (frutos, animales, productos, aperos, correspondientes al titular de exploraciones agrícolas, forestales, o pecuarias en que están englobadas)*” (em termos praticamente iguais, Manuel Albaladejo, *Derecho Civil III* cit., págs. 708 e 709).

<sup>3127</sup> Assim se exprime Salinas Adelantado, *El régimen* cit., pág. 91 e segs., considerando que ambas as garantias possuem inúmeras “*zonas híbridas comunes*” (apesar disso, o Autor não descarta a necessidade de operar uma distinção entre elas, a qual se deve basear num duplo critério assente, por um lado, no objecto (que explica a maior rigidez tendencial das normas hipotecárias) e, por outro, na publicidade (embora ressalvando não ser sequer obrigatório que a todas as garantias seja conferida publicidade). Em termos parcialmente coincidentes, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial* cit., pág. 461 e segs., sustentam que a controvérsia acerca da natureza hipotecária ou pignoratícia de algumas garantias mobiliárias assenta, normalmente, em dois excessos: um, consiste em considerar todas as garantias sem desapossamento como hipotecas (em nome da inevitabilidade do desapossamento no penhor); outro, reside na desnecessidade de distinguir os diversos bens móveis entre si (quando, na opinião do Autor, apenas os detentores de um certo valor e passíveis de fixação, real ou fictícia, serão hipotecáveis), concluindo que “*la qualification d’hypothèque pour des sûretés également considérées comme des gages est généralement refusée*” e atribuindo natureza hipotecária apenas às garantias assim apelidadas pelo próprio legislador, ou seja, as que incidem sobre navios, embarcações e aeronaves (e, mesmo *de lege ferenda*, realça como o direito de sequela pleno característico da hipoteca apenas poderá existir quando estejamos perante móveis de fácil localização e passíveis de uma determinada fixação, real ou fictícia e, noutro

Traçado o panorama geral das várias posições, estamos agora em condições de explicar qual a posição a que aderimos.

Antes de mais, cumpre salientar que a posição que ancora a distinção nos efeitos diversos do penhor e da hipoteca (nomeadamente a presença da sequela nesta e a sua ausência ou paralisação naquele; a possibilidade de o credor pignoratício requerer a atribuição judicial do bem onerado, ao invés do que sucede com o credor hipotecário) carece de apoio legal, não apenas em razão da não consagração da regra da posse vale título (com a inerente atribuição de um direito de sequela pleno ao credor), mas também em virtude da faculdade de a atribuição judicial do bem poder ser requerida igualmente pelo credor hipotecário ou até por qualquer credor comum (art.º 875.º, n.º 1, do CPC): quando muito, poder-se-á admitir que a especificidade do conteúdo do direito pignoratício reside na possibilidade de realização extrajudicial do bem, nos termos do cfr. art.º 675.º, ao invés do que sucede com a hipoteca.

Relativamente ao critério que atende unicamente ao objecto da garantia, a consagração de garantias legalmente qualificadas como hipotecas incidindo inequivocamente sobre bens móveis (v.g., navios e aeronaves), força-nos a descartá-lo.

Parece, deste modo, que a distinção entre as duas garantias reside, em termos aproximados, no diverso modo de constituição de cada uma delas, isto é, a exigência de desapossamento do devedor para o penhor e a inscrição do registo para a hipoteca.<sup>3128</sup>

Porém e esta é a pedra de toque, a adesão a esta perspectiva encontra-se condicionada pela posição que se tome na acenada discussão acerca do carácter essencial ou não desapossamento efectivo (ou tradição material) enquanto modo de constituição do penhor.

Para quem entenda ser o desapossamento uma condição indispensável para o nascimento do penhor, não poderão existir penhores sem desapossamento, pelo que uma

---

plano, que a hipoteca mobiliária não poderá ofuscar o penhor, porquanto este, ao invés daquela, confere ao seu titular o direito de requerer a atribuição judicial do bem onerado - ob. cit., págs. 479 e 480). Mais incisivos ainda se mostram Marty, Raynaud e Jestaz, ob. cit., pág. 292, para quem a querela que opõe os partidários da qualificação das garantias mobiliárias sem desapossamento como hipotecas mobiliárias (considerando o desapossamento como inerente à noção de penhor), aos que optam pela manutenção das mesmas na órbita do penhor (entendendo, ao invés, que o desapossamento constitui uma simples modalidade deste tipo de garantia), “*présente un caractère largement académique. En vérité le législateur a créé ces sûretés sans préoccupation théorique et afin que des instruments de travail (...) puisse constituer aussi des instruments de crédit*” (todavia, o Autor inclina-se para a natureza pignoratícia, não só pela terminologia utilizada pelo legislador, como também pelo facto de a regulamentação destas garantias, salvo um ou outro aspecto, coincidir com a do penhor).

<sup>3128</sup> Maiorca, ob. cit., pág. 44 e segs., embora assegure que os efeitos do desapossamento no penhor e do registo na hipoteca são similares - consistindo na vinculação de um bem à satisfação preferencial de um crédito, eliminando o risco de subtracção do bem -, advoga que o desapossamento do devedor realiza este desiderato de modo mais evidente, não sendo necessário para os bens imóveis, uma vez que estes são mais facilmente identificáveis e menos susceptíveis de eliminação ou deterioração: em conclusão, admite, pelo menos teoricamente, “*che un egual regime delle garanzie reali riguardi tutte le cose che sono in commercio: cosi i fondi come i mobili*”, apontando o desapossamento do devedor, ou melhor, o empossamento do devedor o método preferível (com efeito, não se lhe afigura imperiosa a subtracção do bem ao devedor, mas sim a existência de um controlo privado – ou, em alternativa, de órgãos públicos, como sejam os encarregues do registo – exercitável precisamente através do empossamento do credor). Em termos aproximados, Medina de Lemus, ob. cit., págs. 137 e 138, aludindo ao desapossamento possessório para o penhor e ao registo para a hipoteca (embora salientando os inconvenientes deste critério, uma vez que os trabalhadores não poderiam perder a posse dos seus instrumentos de trabalho para os dar em garantia de financiamentos e, por outro lado, que alguns bens móveis, em razão da sua perfeita identificabilidade, poderiam facilmente ser inscritos num registo, o que veio a suceder em Espanha com a criação da hipoteca naval e, mais tarde, da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento).

garantia constituída nestes termos não pode senão ser uma hipoteca mobiliária ou, eventualmente, uma garantia atípica.

Já para aqueles que admitem mecanismos sucedâneos, face à entrega do bem ao credor pignoratício (ou a terceiro ou à atribuição da comosse), de constituição do penhor, tais casos configurarão verdadeiros penhores (eventualmente anómalos, por força dessa distorção face ao regime geral desta garantia), ao menos desde que se adopte uma perspectiva funcional.<sup>3129</sup>

De acordo com esta posição, o traço definidor do penhor seria o desapossamento do empenhante (traduzido na impossibilidade de dispor autonomamente do bem onerado), independentemente do modo com este se processe, ou seja, quer se opere mediante tradição material ou, pelo contrário, tradição ficta, simbólica ou por via de constituto possessório (as quais são consideradas, no nosso ordenamento, como formas idóneas de operar a tradição de uma coisa).

A nosso ver, a aceitação desta concepção tão ampla de desapossamento pressupõe o desvendar de quais as verdadeiras funções atribuídas ao desapossamento (ou à entrega) enquanto condição de nascimento do penhor, para, em seguida, avaliar até que ponto elas são cumpridas por estas formas alternativas de desapossamento.

Desta análise decorre, conforme exposto no CAPÍTULO I, N.º 5, que para além dessa privação da disponibilidade do bem (desse modo se assegurando a protecção do credor contra actos de disposição por parte do empenhante), o desapossamento assume outras funções, de entre as quais ressalta a publicitação da garantia.

Nesta conformidade, não basta considerar que o fito essencial do desapossamento é o gerar de uma situação de indisponibilidade do bem, por parte do empenhante, para, automaticamente, qualificar uma garantia mobiliária em que tal indisponibilidade se verifique como penhor.

Com efeito, há que retirar do inegável intuito publicitário (seja ele rudimentar, imperfeito e incompleto) associado ao desapossamento do constituinte da garantia, as devidas consequências, inclinando-nos, por isso, para a recusa da integração no seio do penhor de todas aquelas garantias mobiliárias que não prevejam um mecanismo, alternativo à entrega ao credor ou a terceiro, de cognoscibilidade da garantia.

Em suma, advogamos que o objectivo que preside à necessidade de desapossamento do constituinte do penhor é a privação da disponibilidade do bem onerado, conjugada com a publicidade da garantia que lhe é inerente, pelo que apenas

---

<sup>3129</sup> Posição defendida com particular acutilância por Gabrielli (vide, por exemplo, in *Garanzia rotativa, vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno* cit., pág. 271 e segs.), para quem, na medida em que o desapossamento é apenas uma das técnicas possíveis para alcançar um objectivo – privar o constituinte da exclusiva disponibilidade do bem dado em garantia – esse desiderato pode realizar-se através de outros mecanismos. Assim, a função que caracteriza o penhor é a de criar um vínculo de indisponibilidade do bem empenhado, destinada a satisfazer o interesse do credor pignoratício à obtenção das utilidades decorrentes do bem empenhado (sendo a tutela desse interesse atingida no âmbito externo – subtraindo a coisa empenhada da giro comercial e eliminando potenciais conflitos com outros credores do empenhante - e interno – eliminando os potenciais conflitos entre sucessivos adquirentes do mesmo bem), pelo que conclui “*non si tratta di una garanzia atipica, ma di un atteggiamento anomalo della garanzia pignoratizia. La disciplina applicabile è dunque sempre quella propria del pegno con la conseguente validità della garanzia*” (o mesmo Autor, in *Spossessamento* cit., pág. 935, afirma que “*La funzione di garanzia, infatti, in alcune fattispecie anomale di pegno si manifesta mediante tecniche diverse o alternative, a quella che si serve dello spossessamento del costituente, ma ugualmente idonee allo scopo*”, pelo que “*in quanto la funzione di garanzia, pur attuandosi mediante particolari strumenti (...) o tecniche contrattuali, diversi dello spossessamento, si realizza in concreto con gli effetti propri del tipo legale, dato che tali tecniche sono comunque rivolte a operar ela sottrazione al costituente della disponibilità giuridica della res oggetto della garanzia. Il che consente di operare una coerente assimilazione di tali fattispecie entro la struttura formale e la disciplina propria del tipo legale del pegno*”).

quando um formalismo alternativo à entrega do bem ao credor cumpra tais desideratos fará situar a garantia assim criada no âmbito do penhor: é o que sucede, a nosso ver, quando a constituição do penhor se encontre sujeita a registo (ao menos quando este seja de acesso livre, no sentido de a sua consulta ser permitida a qualquer interessado), mas já não com outros mecanismos (v.g. mera entrega das chaves ou constituto possessório) desprovidos de efeitos publicitários.

Como suporte desta posição, podemos até sustentar que o n.º 1 do art.º 669.º, ao aludir à entrega do bem onerado ao credor ou de documento que confira a sua exclusiva disponibilidade menciona as duas formas mais comuns de lograr aqueles objectivos (admitindo explicitamente até outras, conforme se alcança da licitude da entrega a terceiro ou da criação de uma situação de comosse), não excluindo liminarmente outras ainda que cumpram os mesmos desideratos.

É, ainda, este duplo efeito que, em nosso entender, consente apartar o penhor da hipoteca, porquanto embora também a constituição desta seja dotada de desígnios publicitários (de modo até mais eficaz do que sucede com o penhor), o concedente da hipoteca não fica privado, por esse facto, da disponibilidade fáctica e jurídica do bem, ao invés o que acontece com o empenhante, que perderá a primeira sempre que o penhor se constitua mediante entrega material, e a segunda em qualquer caso (isto é, mesmo que o desapossamento assuma modalidades alternativas – v.g., tradição ficta ou simbólica – , sempre restará, por exemplo, a impossibilidade de disposição sem consentimento do credor pignoratório, sujeitando-se, inclusive, a sanções penais a violação de tal proibição).

Quando assim não for (isto é, quando a garantia não prive o empenhante da disponibilidade do bem onerado e/ou não surta efeitos publicitários) ou a garantia é criada por lei (v.g., o penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários) e a sua exclusão redundará na qualificação como um novo tipo legal de garantia ou na sua inclusão no âmbito de outra garantia legalmente previsto (*maxime* a hipoteca, sempre que preencha os respectivos elementos do tipo) ou, sendo obra de meras convenções entre as partes (v.g., recurso ao constituto possessório), implicará a sua classificação como atípica e, por isso, desprovida de efeitos face a terceiros (cfr. art.º 1306.º, n.º 1).

Quando, porém, a garantia se encontre sujeita a registo, o inegável efeito publicitário deste não permitirá, por si só, integrar a garantia da órbita do penhor, uma vez que também a hipoteca não prescinde dessa formalidade para a sua constituição, pelo que a distinção passará pela delimitação dos poderes atribuídos ao constituinte, ou seja, se a este forem atribuídas as faculdades de uso e fruição do bem, à partida estaremos perante uma hipoteca; caso contrário, a garantia será qualificável como penhor.

Admitimos, porém, que no âmbito do penhor de créditos e atento o mais que duvidoso intento publicitário da notificação do terceiro devedor do crédito empenhado,<sup>3130</sup> a exigência de cognoscibilidade de um eventual mecanismo alternativo

---

<sup>3130</sup> O que conduz à rejeição da necessidade de entrega ao credor do título comprovativo do crédito empenhado (seja considerando que no penhor de créditos não existe desapossamento do devedor, seja admitindo que a notificação do terceiro devedor do crédito empenhado é o modo de desapossamento consagrado para o penhor de créditos), exigência esta que tem sido paulatinamente abandonada pela própria jurisprudência (uma vez que o título funciona como mero meio de prova do crédito – e, por isso “*Le créancier détient le titre, mais ne possède pas pour autant la créance*” – até porque “*la remise du titre n’informe nullement les tiers de la constitution du gage*”, para além de não eliminar o risco de fraude, na medida em que “*n’impêche pas le constituant de disposer du droit car, lorsque il plusiers titres, il peut parfaitement consentir plusieurs gages sur la même créance*” - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 77). Em contraponto, esta análise assenta numa perspectiva desmaterializada do desapossamento e, partindo do pressuposto que o penhor se traduz num direito ao valor e numa ausência de direitos sobre as

a tal notificação seja atenuada ou até excluída (embora, em face dos dados vigentes, não sejam frequentes tais convenções), podendo esta constatação ser extensível ao penhor de outros bens incorpóreos - cuja constituição se dá através de outros mecanismos diversos da notificação do terceiro devedor do crédito onerado, seja por determinação legal (art.º 681.º, n.º 1),<sup>3131</sup> seja até nos termos acordados pelas partes -<sup>3132</sup> ficando, ainda assim, a

---

utilidades proporcionadas por esse valor, constata que “*la remise matérielle de l’objet du gage n’apparaît pas comme un fin mais seulement comme un moyen de parvenir à la dessaisine du constituant. Recentrée sur la perte des prérogatives du constituant sur le bien gagé, la dépossession peut se réaliser selon les formes dématérialisées, dont le droit commun en matière de gage sur biens incorporels est la signification*” - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 79. Com efeito, a notificação ao devedor produz efeitos entre as partes (originando a perda, por parte do constituinte, das prerrogativas associadas ao crédito empenhado, uma vez que o devedor deste não poderá mais pagar ao seu credor, mas sim ao credor pignoratício) e relativamente a terceiros (publicitando a constituição da garantia, porquanto o terceiro devedor do crédito empenhado passa a estar em condições de informar todos os terceiros da existência do ónus). Todavia, poderá fundadamente duvidar-se, quer da natureza constitutiva da notificação, enquanto sucedâneo do desapossamento (considerando alguns ser esta uma mera condição de oponibilidade da garantia), quer do seu intuito publicitário (sobretudo porque os terceiros, através da informação prestada pelo terceiro devedor do crédito empenhado, não se asseguram que o mesmo crédito não tenha sido previamente empenhado). Sobre estes assuntos, vide supra n.º 5.2 do Capítulo I.

<sup>3131</sup> Vide o que ficou dito supra (n.º 1.2.8 do Capítulo II) acerca da constituição de penhor sobre alguns destes bens, como o conteúdo patrimonial do direito de autor e os direitos de propriedade industrial e intelectual. Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 89 e 90, aponta como exemplos a inscrição num registo (como sucede com o penhor de partes de sociedades civis, embora, destaque como a notificação à sociedade emitente é que verdadeiramente consubstancia o desapossamento, uma vez que a inscrição no registo apenas constitui condição de oponibilidade nos penhores sem desapossamento) ou a entrega do título (por exemplo, no penhor de créditos de mercados público, representados por um único exemplar e, por isso, insusceptível de fraude quanto à existência de diversas entregas de cópias distintas). Par além disso, a Autora admite mesmo a simples declaração (embora, admita igualmente a constituição do penhor sobre estes bens de acordo com as formalidades do direito comum) assinada pelo titular da conta, datada (contudo, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 121, atesta que a data de constituição da garantia, para todos os efeitos, será a aposta pelo gestor da conta no momento da recepção da declaração: a solução contrária – entender como relevante, para este efeito, a data indicada pelo constituinte – conduziria à existência de um período oculto, entre a data aposta pelo constituinte e a sua recepção efectiva pelo gestor da conta – durante o qual a garantia já seria oponível a terceiros) e contendo uma série de menções (a denominação – penhor de conta de instrumentos financeiros –, a identificação das partes, o montante ou os elementos de determinação do crédito garantido, a identificação da conta onde se encontram os instrumentos a empenhar e o número e natureza dos activos financeiros que constituem o objecto inicial do penhor), no caso de penhor sobre instrumentos financeiros desmaterializados (o que, na opinião de Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 84, mais não é do que a notificação da constituição da garantia ao detentor da conta, que poderá ser desempenhar as funções de credor ou de terceiro detentor), garantindo esta declaração os efeitos pretendidos pelo desapossamento, na medida em que priva o constituinte do direito de disposição dos valores onerados (não podendo, a partir dessa data, movimentá-los, porquanto a conta fica bloqueada), permitindo ao detentor da conta alertar os terceiros para a existência da garantia (todavia, a mesma Autora entende que esta declaração implica a notificação ao gestor da conta do próprio contrato de penhor, não bastando uma simples declaração por parte do constituinte da garantia, uma vez que esta última se prestaria a fraudes, consentindo ao devedor empenhante apor unilateralmente uma data ao contrato). Já no que concerne ao penhor sobre o saldo de depósitos bancários, o desapossamento é assegurado através de uma simples operação escritural – “*virement*” – através da qual se efectua uma transferência de valores não material, mediante a inscrição de um crédito a favor de uma conta e de um correlativo débito a favor de outra (entre as partes, o principal efeito é impedir que o devedor possa retirar quantias da conta empenhada; relativamente a terceiros, cabe ao detentor da conta – seja ou não o credor – informar os terceiros da existência do encargo). Finalmente quanto ao penhor de apólices de seguros de vida à ordem, a garantia pode constituir-se por endosso datado, com indicação do credor pignoratício e, quando a apólice tenha sido aceite pelo beneficiário, obtido o consentimento deste último (quando seja nominativa a apólice, poderá o penhor nascer através da notificação ao devedor do crédito empenhado ou, em alternativa, mediante um “*avenant*” – acto de modificação de uma apólice de seguro –, mas apenas desde que o subscritor da apólice for o constituinte da garantia, uma vez que aquela figura pressupõe uma relação contratual prévia entre as partes)



manutenção da garantia na órbita do penhor dependente da circunstância de o constituinte da garantia ser espoliado das faculdades de gozo do bem dado em garantia.<sup>3133</sup>

Uma vez identificado o cerne do tipo legal de penhor na retirada do poder de disposição (e de uso) do bem onerado ao empenhante (associado aos mencionados efeitos publicitários), somos de parecer que serão de excluir do arco do penhor aquelas garantias em que o constituinte preserve a legitimidade para continuar a poder usar e desfrutar das utilidades do bem onerado (sob pena de redução ou até perda total do respectivo valor), como sucede com as garantias sobre o estabelecimento comercial (ao menos nos ordenamentos em que semelhante garantia goze de um regime legal, do qual normalmente decorre a possibilidade de o empenhante prosseguir a sua actividade), sobre os direitos de propriedade intelectual (cuja oneração não impede, antes reclama, a continuidade da sua exploração económica)<sup>3134</sup> e até sobre as participações sociais (na medida em que, por força do regime legal e salvo estipulação em contrário, continuará a caber ao sócio o exercício dos deveres sociais),<sup>3135</sup> bem como sobre bens alvo de um processo de transformação.<sup>3136</sup>

---

<sup>3132</sup> Esses pactos, frequentes no caso de penhor sobre contas de instrumentos financeiros, dirão respeito, por exemplo, à gestão da conta onerada, podendo esta ser atribuída directamente ao constituinte, ao credor ou a um gestor (na ausência de pactos a este respeito, a conta permanecerá bloqueada desde a constituição da garantia): neste último caso, o gestor terá que ser informado das condições acordadas pelo credor e pelo devedor quanto à movimentação da conta onerada, podendo recusar o mandato (o que não influirá na validade do penhor, mas implicará a comunicação da tal decisão às partes, a fim de estas transferirem os instrumentos financeiros para outra instituição).

<sup>3133</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 148 e segs., realça como esta perda das utilidades decorre, no penhor de créditos, de o constituinte perder o direito de receber o pagamento do crédito onerado e, no penhor de contas bancárias ou de instrumentos financeiros, da gestão da conta empenhada. Contudo, a particularidade de alguns destes bens impõem soluções diversas, como a possibilidade de o constituinte conservar a titularidade do direito de voto no penhor de participações sociais (podendo, desse modo, influenciar negativamente o valor dos títulos empenhados) ou de, por convenção, manter a gestão das contas empenhadas: em qualquer dos casos, o constituinte não poderá ceder os bens onerados, ou seja, mesmo que o aliene a terceiro, não poderá entregá-lo, na medida em que assiste ao credor pignoratício um direito de retenção que poderá ser oposto a essa entrega (excepto se, no penhor de contas bancárias ou de instrumentos financeiros, o credor expressamente tenha atribuído ao devedor a faculdade de dispor dos bens integrados nessas contas).

<sup>3134</sup> A respeito do estabelecimento comercial, escreve Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 257, que o constituinte da garantia “*doit pouvoir l’exploiter afin de maintenir la valeur de l’assiette, les sûretés qui s’y rapportent sont nécessairement soustraites ou modèle du gage avec dépossession*”.

<sup>3135</sup> É a posição defendida por Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., pág. 401 e segs., para quem a circunstância de estas garantias não implicarem a perda de qualquer utilidade (*maxime* do uso) do bem onerado por parte do constituinte da garantia, nem impedirem a liberdade de disposição da coisa por parte do mesmo, implica a exclusão da sua natureza pignoratícia. Os Autores contornam a objecção de acordo com a qual a natureza pignoratícia destas garantias poderia ancorar-se na existência, a cargo do constituinte, de um dever de conservação (que vedaria, ao obrigar à manutenção do valor do bem onerado, a destruição deste, privando assim o onerante de uma das faculdades inerentes ao direito de propriedade, qual seja o *abusus*), retorquindo que esta limitação não impede o constituinte de alienar o bem onerado e de proceder à respectiva entrega a terceiro (daí a necessidade de outorga de um direito de sequela ao credor garantido) e, por outro lado, porque a obrigação de conservação não retira o bem do património livre do devedor, não prejudicando os demais credores, sendo estes até beneficiados pela manutenção da solvabilidade do devedor que acarreta. Depois, que as coisas incorpóreas são susceptíveis de figurar como objecto de direitos reais, por conferirem um monopólio de exploração aos seus titulares, os Autores sustentam que tão pouco a sua qualificação como hipoteca parece razoável, porquanto o legislador apelida estas garantias como verdadeiros penhores (apesar da inegáveis semelhanças com as hipotecas, quer ao nível da ausência de desapossamento, quer no que concerne à publicidade registal a que se encontram sujeitas), optando pela designação de “*gages par détermination de la loi*”.

<sup>3136</sup> Como sucede com o penhor de presuntos no direito italiano – sobre esta garantia, vide supra n.º 1.2.1. do Capítulo II.

Nestas garantias a sua constituição prescinde do desapossamento do devedor, embora não se encontre ausente o desiderato publicitário e a necessidade de protecção do credor – asseguradas, no penhor, pelo desapossamento -, cumpridas, em regra, pela sujeição da constituição da garantia a inscrição num registo<sup>3137</sup> (ou, por vezes, num dos vários registos previstos na lei para as diversas figuras)<sup>3138</sup>, cuja inobservância gera, normalmente, a inoponibilidade da garantia face a terceiros,<sup>3139</sup> e que é determinante para estabelecer a graduação entre os diversos credores com garantia sobre os mesmos bens.<sup>3140</sup>

---

<sup>3137</sup> Como bem nota Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 286 e segs., a exclusão do desapossamento – em razão da necessidade de continuação da utilização e exploração do bem onerado por parte do credor – obriga à busca de uma alternativa capaz de assegurar a cognoscibilidade da garantia face a terceiros (tornando a garantia oponível a estes) e, simultaneamente, de cumprir a função de protecção do credor (embora atenuada face ao desapossamento, uma vez que o devedor conserva o direito de uso da coisa empenhada). Ora, essa alternativa será normalmente o registo, especialmente quando os bens em questão se encontram sujeitos a essa publicitação (é que sucede, no direito francês, com o estabelecimento comercial, os filmes e os direitos de propriedade industrial: este facto torna possível o desenvolvimento contratual de certas garantias sobre este tipo de bens, mesmo que o legislador tenha consagrado regras específicas a este respeito, dado que, por um lado, “*la déposition est par la nature des choses économiquement inconcevable sur ces biens qui s’opposent une exploitation et d’autre part qu’une inscription peut matériellement s’y substituer en raison de l’existence d’un système de publicité*”), mas também quando tal não suceda (embora, neste caso e na ausência de previsão legal expressa, as garantias em questão devam estar sujeitas ao regime geral do penhor com desapossamento).

<sup>3138</sup> Tomado como exemplo o direito francês, No caso dos direitos de propriedade intelectual, o INPI organiza um registo para cada um deles (brevets, marcas, desenhos e modelos); para os filmes, o registo é gerido pelo Centro Nacional da Cinematografia; e o penhor sobre o estabelecimento comercial deve ser inscrito na secretaria do tribunal de comércio da sede desse mesmo estabelecimento (embora sejam necessárias inscrições complementares no caso de a garantia abarcar também as sucursais – no local da situação de cada uma destas – e direitos de propriedade intelectual, caso em que se requererá uma inscrição adicional no INPI: nesta última hipótese, a inscrição no INPI destina-se a proteger o credor com penhor sobre o estabelecimento contra o eventual risco de alienação isolada dos direitos de propriedade intelectual e, no caso de não ser efectuado este registo no INPI, o penhor de estabelecimento permanece válido, mas não será oponível a terceiros no que toca aos direitos de propriedade intelectual nele incluídos). Critica a existência de todos estes registos Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 407 e 408, para além do facto de a lei apenas regular as formalidades requeridas para a inscrição do penhor sobre o estabelecimento comercial (impondo a remessa do contrato de penhor e de outros documentos que identifiquem as partes, o montante do crédito garantido e o objecto onerado) e sobre o *logiciel* (em termos análogos aos previstos para o estabelecimento comercial – cfr. art.ºs R. 132-8 a R. 132-17 do Code de la Propriété Industrielle), descurando os demais bens (opinando Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 321, que será necessária, pelo menos, a apresentação de um exemplar do contrato de penhor, embora nenhum controlo da regularidade da inscrição resulte da lei), não estabelecendo sequer um prazo para a inscrição da garantia (excepto no que toca ao penhor de estabelecimento comercial, que terá de ser registado no prazo de 15 dias a contar da data da sua constituição).

<sup>3139</sup> Apesar de a inoponibilidade constituir a sanção mais comum, por vezes a lei comina a sanção da nulidade, como sucede no penhor de estabelecimento comercial, quando não inscrito no registo no prazo de 15 dias a contar da celebração do contrato de penhor (solução criticada por Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 328 e 329, por entender que, deste modo, se procura assimilar desapossamento e publicidade, fazendo desta última uma condição de validade do contrato de garantia), e no penhor de filmes (Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, pág. 408 e segs., defende, *de lege ferenda*, a generalização desta solução, alegando que, sendo o registo um sucedâneo da entrega do bem ao credor e sendo esta condição de validade do penhor, o mesmo deveria suceder com a inscrição registal)..

<sup>3140</sup> O critério base para dirimir esses conflitos é, naturalmente, o da anterioridade do registo, embora com excepções, como sucede no direito francês, no caso de um penhor sobre estabelecimento comercial que inclua direitos de propriedade intelectual (caso em que a garantia se perfecciona no momento da inscrição da garantia sobre o estabelecimento, desde que a inscrição no INPI se faça nos 15 dias posteriores, retroagindo assim à data daquela inscrição inicial) e, ainda, quando se verifique a celebração de acordos de cessão do grau da garantia - Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 412 a 414.

Por outro lado, nestas garantias não possessórias não integráveis no âmbito pignoratício não se ignora também a protecção do credor, a qual é assegurada, não obstante a permanência do bem em poder e gozo do constituinte, pela imposição a este sujeito de um dever de conservação do valor do bem onerado (protegendo aquele contra a circulação do bem, normalmente mediante a concessão de um direito de sequela pleno,<sup>3141</sup> e, ainda, contra o possível desaparecimento do mesmo),<sup>3142</sup> cuja inobservância, designadamente no que toca à manutenção do valor dos bens onerados,<sup>3143</sup> redundará na aplicação de sanções civis<sup>3144</sup> e até criminais.<sup>3145</sup>

---

<sup>3141</sup> Esta necessidade de protecção, acrescida em virtude da conservação do bem em poder do devedor, é assegurada, essencialmente, através da concessão ao credor de um direito de sequela (tanto mais que, quanto aos bens incorpóreos não se aplica a regra da posse vale título e, por outro lado, porque a generalidade destas garantias se encontra sujeita a registo, razão pela qual não poderão terceiros invocar o desconhecimento da garantia para se opor ao exercício do direito de reivindicação por parte do credor pignoratício), expressamente reconhecido nalguns casos (como, por exemplo, para o penhor de estabelecimento comercial – abrangendo, inclusivamente, a venda isolada de algum ou alguns dos elementos que o compõem e que sejam determinantes para a configuração do estabelecimento e, mesmo, de acordo com Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 347, a venda de elementos isolados não determinantes relativamente aos quais exista um sistema de publicidade registal, como sucede com os direitos de propriedade industrial - e de filmes) e defensável face aos demais, ao menos quando exista um sistema publicitário adequado a tornar cognoscíveis a terceiros as garantias sobre os bens em questão (pronunciando-se neste sentido, depois de notar que tal direito de sequela não resulta imediatamente do simples afastamento da regra “posse vale título”, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 348 a 350, concluindo, em conformidade, que tal será o caso dos direitos de propriedade industrial, mas não dos de propriedade literária ou artística – porém, a Autora mostra mais reticências quanto aos bens não sujeitos a publicidade, mas cujas garantias sobre os mesmos tenham que ser registados). Como contraponto do direito de sequela, o terceiro adquirente do bem onerado pode expurgar a garantia, pagando aos titulares desta o valor dos seus créditos, não apenas após o exercício do direito de sequela por parte do credor pignoratício, como também a título preventivo (existe um procedimento de expurgação previsto na lei – para o penhor de estabelecimento comercial e de filmes -, nos termos do qual se os credores aceitarem a oferta do adquirente o direito de sequela se extingue e passa a incidir sobre essa quantia e, caso não aceitem, o bem será vendido, podendo os próprios credores garantidos tornar-se adquirentes; para além disso, existe uma espécie de expurgação amigável, perante o notário e prévio à venda de um bem onerado, de acordo com a qual este informa os credores garantidos do preço da venda e, se estes o aceitarem, serão pagos por esse mesmo preço e as garantias canceladas). Reconhece igualmente este direito de sequela Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 420 e 421.

<sup>3142</sup> Tomando por base o regime do penhor de estabelecimento comercial, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 358 e segs., distingue as medidas preventivas (como sejam o direito do credor a ser notificado da apreensão de qualquer elemento que componha o estabelecimento e da faculdade de requerer, em resposta a essa apreensão, a alienação do próprio estabelecimento, ainda que o seu crédito não se encontre vencido) das que operam em momento posterior a esse desaparecimento (admitindo, no seguimento de algumas decisões judiciais e mesmo na ausência de previsão legal, a substituição, como objecto da garantia, dos bens originariamente integrantes do estabelecimento comercial – indemnização por evicção devida pelo proprietário do local ou preço da cessão do direito de arrendamento ou do material - pelo contravalor em dinheiro que a saída dos mesmos do estabelecimento originou.

<sup>3143</sup> Neste tipo de garantias, a obrigação de conservação comum (cuja violação pode resultar, não apenas de um comportamento activo do devedor, como igualmente de uma omissão censurável, isto é, que afecte o valor do bem onerado), é complementada por um dever específico de exploração do bem onerado (ou seja, nestas garantias sem desapossamento a utilização do bem por parte do devedor não constitui uma verdadeira obrigação, de modo que “*la conservation de l’assiette implique-t-elle nécessairement son exploitation par le constituant (...) car à défaut d’exploitation, il y aurait inexécution de l’obligation de conservation*” - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 367), que pode assumir diversas modalidades (normalmente assegurada através de uma obrigação de *facere* – explorar o estabelecimento comercial, proporcionar uma utilização comercial aos direitos de propriedade industrial patenteados -, que não terá que ser realizada directamente pelo constituinte da garantia, podendo este, por isso, ceder a exploração do estabelecimento comercial ou conceder licenças de exploração sobre direitos de propriedade industrial patenteados), nomeadamente em função do objecto onerado (no caso particular do estabelecimento comercial, o devedor terá que informar o credor em caso de deslocalização do bem – e, caso o não faça, o crédito garantido vencer-se-á imediatamente -, assim permitindo ao credor renovar a publicidade da

---

garantia no novo local para o qual for deslocado o fundo e, por outro lado, obter o consentimento do credor, que, se for recusado, legitimará este a requerer judicialmente o imediato vencimento do crédito garantido; e de notificar o credor na hipótese de mudança total de actividade do estabelecimento. Já quantos aos direitos de propriedade industrial, a obrigação de conservação pode consistir no dever de propor acções destinadas a punir práticas de contrafacção – embora, como salienta Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 417 e 418, alguma jurisprudência recuse ao credor tal faculdade, com o argumento que os direitos de propriedade intelectual possuem uma dimensão moral e predominantemente pessoal, pelo que a sanção para a inacção do devedor seria o imediato vencimento da obrigação garantida – , a pagar taxas inerentes aos direitos patenteados e a não renunciar aos esses direitos sem o consentimento do credor: em qualquer dos casos, a violação destas obrigações importará o imediato vencimento do crédito garantido). Em termos análogos, Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 415 a 417, aludindo a uma obrigação positiva, de *facere* (uma vez que a inacção será susceptível de diminuir o valor do objecto onerado, apontando a existência de um suporte legal para tal dever, ao menos no caso das marcas – cfr. art.º 714-5, do Code de la Propriété Industrielle), embora apenas deva considerar-se existir incumprimento de tal dever quando a ausência de exploração seja imputável ao empenhante (por exemplo, quando um *brevet* se torne obsoleto: neste caso, o devedor terá de prestar outra garantia alternativa, sob pena de, não o fazendo, se produzir o vencimento imediato da obrigação garantida).

<sup>3144</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 377 e segs., destaca que a principal sanção consiste no vencimento imediato do crédito garantido, a chamada perda do benefício do prazo, sempre e quando coloque em causa o valor dos bens empenhados, são de natureza civil, desde que aquela perda de valor decorra de facto imputável ao devedor, mas não de causa de força maior ou imputável ao credor – cfr. art.º 1118.º do CCF), a que acresce a possibilidade de o credor lançar mão da impugnação pauliana (no caso específico do penhor sobre direitos de propriedade intelectual, a ausência de exploração do bem onerado por parte do devedor pode determinar que o credor solicite a nomeação de um terceiro para proceder a essa mesma exploração e, em caso de não pagamento de taxas, poderá o devedor liquidar tais importâncias) No nosso direito e conforme analisado no Capítulo I, n.º 9, a principal consequência será o direito do credor exigir o reforço ou a substituição dos bens empenhados, sendo que tal faculdade lhe é concedida pelo regime do penhor e da hipoteca, nos mesmos termos (cfr. art.ºs 670.º, alínea c) e 701.º).

<sup>3145</sup> A ausência de desapossamento do constituinte, nestas garantias, gera a inaplicabilidade *in casu* do delito de abuso de confiança, uma vez que este pressupõe a entrega do bem por parte do proprietário a outrem e um prejuízo sofrido por este, o que não acontece nas garantias sem desapossamento, nas quais o proprietário mantém a posse do bem onerado (apesar disso, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 392, relata que a mesma será de aplicação mesmo aos bens incorpóreos, desde que se assimilem à entrega material as formas de desapossamento próprias do penhor deste tipo de bens e, ainda, que algumas disposições legais em matéria de *warrants* reconhecem a aplicabilidade deste crime às garantias sem desapossamento; já a letra da norma parece não abranger os abusos cometidos por um terceiro detentor em prejuízo do credor – v.g., quando o gestor de uma conta empenhada efectua operações não autorizadas pelo contrato de penhor por ele aceite –, embora a Autora entenda que a norma deve ser interpretada extensivamente de modo a contemplar igualmente esta hipótese, não só porque a tipificação do crime também salvaguarda os interesses do credor nos penhores sem desapossamento, com ainda porque a lei fala de “*causar prejuízo a alguém*” e esse alguém, embora normalmente seja o devedor, pode ser o credor), sendo, por isso, necessária uma incriminação específica para a conduta do empenhante, como sucede, por exemplo, com o disposto no regime do penhor em garantia de estabelecimentos bancários ou o previsto no art.º 314-5 do Code Pénal – definindo como aquele em que incorre o constituinte ou um terceiro empenhante que destrua ou desencaminhe o objecto do penhor, preceito este que pune igualmente a tentativa e com as mesmas penas, que podem chegar aos 3 anos de prisão - de acordo com Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 393 e 394, esta norma é de aplicação da todas as garantias sem desapossamento, mesmo que incidam sobre bens incorpóreos, uma vez que do seu conteúdo genérico não é legítimo fazer uma interpretação restritiva, desde que verificados o elemento material (comportamento, activo ou passivo, do constituinte que diminuam o valor do bem onerado, assim causando um prejuízo ao credor em resultado do não cumprimento do dever de conservação por parte do constituinte, ou seja, integram esta infracção a não exploração de um direito de propriedade intelectual, o não pagamento das taxas a eles relativos ou a renúncia a tais direitos, a venda isolada de um elemento do estabelecimento comercial relevante que diminua o valor deste) e o elemento moral (o conhecimento dos direitos do credor pignoratício e a consciência que o acto praticado os lesa), embora a Autora ressalve que nem todos os actos de disposição – que, normalmente e em razão da ausência de direito de sequela do credor pignoratício, preenchem o tipo legal – aí se integram, uma vez que a natureza fungível de alguns deles – v.g., o penhor de conta de

Do mesmo modo, em sede de execução deste tipo de garantias as duas faculdades normalmente conferidas ao credor garantido – venda<sup>3146</sup> e adjudicação em pagamento<sup>3147</sup> – sofrem alguns desvios face ao regime geral das garantias, desvios esses motivados pela especial natureza do *quid* onerado.

Finalmente, refira-se que a integração de uma garantia no âmbito do penhor ou da hipoteca (ou até de nenhum dos dois) será importante para, ao menos em termos indicativos, remeter para o respectivo regime jurídico na tarefa de integrar as potenciais lacunas do seu regime legal específico, *maxime* em sede de forma do contrato<sup>3148</sup> e de sanção para a constituição de garantia por parte de um não proprietário.<sup>3149</sup>

---

instrumentos financeiros – determina que a sua disposição possa não afectar o valor da garantia do credor).

<sup>3146</sup> Desde logo e porque o bem não se encontra, em razão da ausência de desapossamento, em poder do credor, será necessária uma prévia apreensão do bem e, quanto à venda em si, deverá seguir as normas gerais sobre processo executivo (sob pena de violação da proibição de *voie parée*, até porque, tratando-se de bens incorpóreos, o adjudicatário não poderá opor ao credor a regra da posse vale título), excepto quando existam normas específicas para determinados bens (existentes para os filmes – venda essa que exige uma prévia autorização judicial e terá obrigatoriamente que ser realizada pelo tribunal do comércio de Paris - e para o estabelecimento comercial, para o qual se prevê uma intimação prévia à venda, a qual pode ser requerida mesmo em caso de apreensão por terceiros de um elemento isolado e relevante do estabelecimento). No que concerne ao concurso com outros credores, o conflito entre dois ou mais titulares de uma destas garantias será normalmente resolvido de acordo com a prioridade do registo de cada uma delas (com a *nuance* de um penhor sobre um *brevet* ser oponível a terceiros, mesmo antes da sua inscrição, desde que esses terceiros tivessem conhecimento do penhor na data da aquisição do respectivo direito), podendo ainda produzir-se conflitos particulares (como um penhor constituído sobre um bem que integra um estabelecimento anteriormente empenhado: neste caso e apesar de o credor sobre o bem isolado não poder invocar em seu benefício - por força da sua má fé decorrente da publicitação do penhor de estabelecimento - a regra da posse vale título, poderá valer-se do direito de retenção para impedir a reintegração do bem no estabelecimento ou a sua entrega ao credor com garantia sobre aquele) ou com outras garantias diversas igualmente não possessórias (por exemplo, entre um penhor sobre o estabelecimento comercial abrangendo direitos de propriedade intelectual e um outro incidindo apenas sobre estes últimos: na falta de disposição legal, prevalecerá o critério do prioridade do registo), com garantias legais (como privilégios creditórios gerais – que cederão, excepto o por despesas de justiça, perante as garantias convencionais – ou especiais, que preferirão a estas) ou com garantias-propriedade (com uma venda com reserva de propriedade, nomeadamente quando o penhor seja constituído por um adquirente do bem cuja propriedade tenha permanecido no vendedor: de acordo com Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 413 a 415, tal conflito deve ser solucionado em favor do vendedor, não só porque o penhor foi constituído *a non domino*, mas também porque a inscrição do penhor não poderá ser aceite pela entidade gestora do registo e, se o for, tal inscrição será nula).

<sup>3147</sup> Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 434 e segs., começa por atestar que este direito é independente da concessão de um direito de retenção sobre o bem onerado (sendo apenas excluída em caso de normas expressa nesse sentido), destacando, em seguida, como a lei exclui esta modalidade de execução para o penhor de estabelecimento comercial (posição criticada pela Autora, uma vez que os dois argumentos normalmente invocados em defesa da solução legal, a sua natureza hipotecária e a dificuldade de avaliação, não a convencem: o primeiro, porque a atribuição judicial é uma faculdade inerente à generalidade das garantias mobiliárias; o segundo, por não ser um obstáculo insuperável, até porque a atribuição judicial é normalmente precedida de uma avaliação pericial), mesmo no que toca a apenas alguns dos elementos que o compõem (excepto se estes forem objecto de uma garantia autónoma, como poderá suceder com os direitos de propriedade intelectual), mas admite-a, ao menos implicitamente (o reconhecimento legal é expresso quanto aos filmes e ao *logiciel*) e por aplicação do regime geral, quanto aos demais bens – concordantemente quanto a este último aspecto, Jacques Ghestin e outros, Droit spécial cit., págs. 419 e 420.

<sup>3148</sup> A este respeito Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 314 e segs., sustenta a necessidade de redução a escrito particular do contrato de penhor, como condição de validade deste e sob pena de nulidade (vide art.º L. 142-3 do Code de Commerce – para o estabelecimento comercial –, art.ºs L. 132-34, L. 714-1 e L. 613-8 do Code de la Propriété Intellectuelle - para os direitos de propriedade industrial -, e art.º 33.º do Code de l'industrie cinématographique para os filmes). Segundo a Autora, esta imposição formal vem confirmar a natureza hipotecária destas garantias e justifica-se, na ausência de entrega material ou de

### 1.3 - A noção de tipicidade e a possibilidade modelação do regime legal das garantias reais por via convencional sem extravasar o tipo legal

Decorre da exposição anterior que a evolução recente provocou alterações em diversos aspectos do regime tradicional do penhor, colocando mesmo em dúvida algumas notas características do instituto.

Em face deste panorama, pode sustentar-se que as novas *fattispecie* já não serão enquadráveis no âmbito do penhor, sendo antes qualificáveis como hipotecas mobiliárias ou, ao invés, constituindo garantias atípicas e desprovidas de oponibilidade face a terceiros (cfr. art.º 1306.º n.º 1, parte final), por violação do princípio da tipicidade (ao qual alguns atribuem mesmo dignidade constitucional).<sup>3150</sup>

Em alternativa e partindo de uma leitura mais ampla de tal princípio, pode continuar a defender-se que, apesar das alterações introduzidas no instituto, permanecemos no domínio pignoratório.<sup>3151</sup>

---

outra forma de desapossamento, como modo de operar a determinação do objecto e do âmbito do penhor (tarefa facilitada pelo facto de a generalidade destes objectos se encontrar sujeita a depósito prévio ou publicidade, para os quais se poderá remeter – salienta igualmente este papel do documento escrito Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 405 e 406) e, por outro, como condição de inscrição da garantia no registo. Todavia, a lei não enumera, nem quais as consequências para a falta de tal documento (advogando Jacques Ghestin e outros, *Droit spécial cit.*, págs. 406 e 407, que o escrito é condição de validade da garantia, apesar de esta apenas se constituir definitivamente com o registo), nem quais os elementos que deverão constar desse acto escrito, entendendo a Autora que deverão ser todos os que concorram para a determinação do objecto do penhor ou, mais concretamente, todas as menções requeridas para a inscrição da garantia no registo, embora a falta de alguma delas não gere a nulidade do documento escrito, mas tão só a inoponibilidade da garantia a terceiros (um regime específico vigora para o *logiciel*, cuja identificação se fará através de indicação dos códigos de acesso e dos documentos de funcionamento, os quais devem constar do contrato de penhor: ainda assim e por força da especial complexidade deste tipo de bens, as dificuldades de identificação persistem, sendo apenas ultrapassadas através do depósito – facultativo - dos códigos do *logiciel* na agência de protecção dos programas).

<sup>3149</sup> Desde logo, cumpre notar que apenas o proprietário destes bens os poderá empenhar ou hipotecar (o que exclui a oneração por parte do gerente de um estabelecimento comercial, do titular de uma licença relativa a um direito de propriedade industrial – embora possam constituir um penhor de créditos sobre o resultado da exploração do estabelecimento ou da propriedade industrial ou ceder tais créditos em garantia -, do usufrutuário, do titular de uma promessa unilateral de cessão ou do adquirente de um bem com reserva de propriedade, mas já não o adquirente de uma venda com condição suspensiva, atento o efeito retroactivo desta), sendo considerado como tal aquele que conste do registo desses bens (ou presumivelmente, no caso da propriedade industrial, o depositante do *brevet*, da marca ou dos desenhos e modelos e, no caso dos filmes, apenas o produtor) ou o cessionário dos direitos de exploração do direito de propriedade intelectual ou industrial.

<sup>3150</sup> Em Itália, Alessandro Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, 2.ª Edição, Cedam, 1988, pág. 171 e segs., admite que o art.º 42.º da Constituição, ao determinar que as compete à lei definir os modos de aquisição de gozo e os limites da propriedade comporta um sentido mais evidente (garantir a propriedade privada contra os abusos das autoridades públicas), mas também significa “*non permettere ai privati limitazioni del diritto di proprietà con effetti verso terzi (in particolare verso i terzi acquirenti). E costituire diritti reali limitati significa, in definitiva, limitare la proprietà. Ai privati è vietato, in altre parole, stabilire la conformazione oggettiva del diritto di proprietà, essendo invece tale funzione riservata al legislatore (...), ossia la riserva di legge stabilita riguardo alle limitazioni e al contenuto della proprietà privata*”.

<sup>3151</sup> É esta a posição de Gabrielli, *Pegno cit.*, pág. 687 e segs., para quem, não obstante a existência de diversos aspectos divergentes (como sejam a ausência de desapossamento – designadamente através da criação de registos em substituição da necessidade de a posse do bem, a adopção de mecanismos alternativos para realização da função de garantia ou para a atribuição da preferência – nomeadamente no que concerne à identificação do crédito garantido e/ou do bem empenhado - , a possibilidade de substituição do objecto da garantia sem necessidade de renovação das formalidades necessárias para o surgimento da preferência – como sucede no penhor rotativo – e, finalmente, a viabilidade de um penhor desvinculado de uma única obrigação, assim permitindo o uso da garantia para assegurar um conjunto de

Para responder cabalmente a esta questão, importa determinar qual o conceito do tipo legal e, em seguida, em que medida tal tipo permitirá agregar no seu seio determinados sub-tipos que, embora contendo alguns elementos extra-típicos, ainda caibam naquela tipologia mais genérica.<sup>3152</sup>

Todavia, para esse efeito, é necessário, previamente, identificar o tipo legal (e enumerar os elementos essenciais para a sua definição), para o que se deverá recorrer ao critério da causa subjacente ao tipo.

Deste modo, quando as variações do tipo legal (enquanto reflexos da modificação da função deste) não produzam uma verdadeira alteração, mas apenas uma variação, da causa serão compatíveis com o esquema típico traçado (não constituindo, por isso, qualquer derrogação à disciplina deste); pelo contrário, quando estejamos perante uma verdadeira alteração, extravasaremos o tipo legal.<sup>3153</sup>

Desde logo, importa salientar que a tipologia legal não tem imperativamente de se traduzir num *numerus clausus* ou numa tipologia taxativa,<sup>3154</sup> embora seja essa a modalidade que reveste, segundo a doutrina dominante, a tipificação legal dos direitos reais.<sup>3155</sup>

---

operações contratadas com o mesmo sujeito), tais figuras devem ser configuradas como penhores, embora anómalos.

<sup>3152</sup> De acordo com Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 77 e segs., o tipo legal corresponde a *fattispecie* e situações de índole mais genérica, as quais se prestam a uma progressiva especificação através da junção aos elementos típicos de requisitos e efeitos extra-típicos, assim surgindo sub-tipos. Estes sub-tipos poderão, deste modo, resultar “*in alcuni casi dalla circostanza che tutti gli elementi essenziali del tipo sono presenti, ma taluno di essi è qualificato; in altri dalla stessa sistemazione data alla materia dal codice, benché al sotto-tipo sia attribuita una appellatio diversa da quella attribuita al tipo; da ultimo, la qualifica di sotto-tipo, da attribuirsi ad un dato contratto nominato, dovrebbe desumersi dall’interprete sulla base di un attento esame sistematico*”. Em conclusão, a relação entre o tipo legal e os diversos sub-tipos caracteriza-se pela maior elasticidade do primeiro, de modo que “*Da un tipo, quindi, in misura proporzionale al suo grado di elasticità, possono discendere altrettanti sotto-tipi, quante siano le possibilità di aggiungere, a quello schema, note individuali ulteriori – non contemplabili come essenziali per la definizione del tipo – rispetto a quelle proprie del tipo*”.

<sup>3153</sup> Assim, Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 79 e segs.. Segundo este Autor, a simples falta de coincidência do regulamento negocial com o quadro legal não é, por si só, suficiente para excluir o contrato do tipo legal (para tal será forçoso “*accertare la compatibilità della funzione concreta con quella astrattamente disegnata dal tipo*”). Daqui decorre a necessidade de uma exacta delimitação dos limites da elasticidade de cada tipo – de modo a determinar uma eventual ultrapassagem e, por consequência, a necessidade de aplicação de uma disciplina diversa – especialmente quando a figura em questão não se enquadra totalmente no esquema legal típico e seja imperioso avaliar se este último pode ser alargado por forma a abarcar essa mesma figura. Sempre segundo o mesmo Autor, a determinação da elasticidade do tipo deverá efectuar-se com base na função concreta do contrato, ou seja, indagando até que ponto as disposições contratuais incidem, adulterando-a, sobre a função caracterizadora do tipo (naturalmente que nem todas as cláusulas do regulamento contratual são susceptíveis de alterar a função do tipo legal, apenas as que afastem elementos essenciais da abstracta configuração do tipo, ou seja, “*ogni elemento in assenza del quale il perseguito assetto di interessi non potrebbe realizzarsi nelle sue linee fondamentali*”).

<sup>3154</sup> Oliveira Ascensão, *A tipicidade* cit., pág. 50 e segs., coloca em evidência como, ao lado das tipologias taxativas, encontramos tipologias exemplificativas (que não excluem a criação de novas figuras além das previstas por lei, como sucede no domínio dos contratos, alguns tipificados na lei, mas sem que isso impeça, por força do princípio da liberdade contratual, o surgimento de contratos atípicos) e delimitativas (que, ao contrário da tipificação taxativa, permitem a elaboração de novas figuras, mas apenas se semelhantes a algum dos tipos normativamente consagrados).

<sup>3155</sup> Embora defensor, *de jure constituendo*, do sistema do *numerus apertus*, Oliveira Ascensão, *A tipicidade* cit., pág. 76 e segs., reconhece ser o sistema do *numerus clausus* (entendido como aquele em que “*nem todas as figuras que cabem no conceito de direito real são admitidas, mas tão-somente as que forem previstas como tal*”) o consagrado, ao menos implicitamente, no art.º 1306.º, solução esta ancorada em três argumentos fundamentais: a exclusão da constituição de situações inconvenientes sob o ponto de vista económico-social, o evitar a criação de ónus ou vínculos ocultos e a clarificação do sistema por via do mais fácil funcionamento do registo predial (embora, segundo o Autor, o *numerus clausus* não

Todavia, ainda que assim seja, nem por isso se encontra excluído qualquer poder criativo da iniciativa privada neste domínio - especialmente fazendo apelo aos conceitos de tipos abertos<sup>3156</sup> e de subtipos<sup>3157</sup> - do mesmo passo que convém salientar que tipificação normativa não terá forçosamente que ser legal.<sup>3158</sup>

A resultados análogos pode chegar-se através da distinção entre o conteúdo essencial e inderrogável, por um lado, e os aspectos marginais do tipo legal.<sup>3159</sup>

---

signifique que direitos reais sejam unicamente os definidos como tal por lei, pois a tarefa de qualificação dos direitos não cabe à lei, havendo, por isso, direitos, como o arrendamento, cuja natureza real é controvertida). Pelo contrário, Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 78 e 79, aplaude a opção do legislador, sobretudo “*atendendo a que a tipificação normativa dos direitos reais comporta, no sistema jurídico português, uma certa atipicidade no conteúdo, em mais de um caso*”.

<sup>3156</sup> Para Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 61 e segs., “*o legislador tem de encerrar na descrição típica todos os elementos relevantes para a produção do efeito prático que se prossegue com a tipificação, mas não precisa de encerrar nela tudo o que é necessário para a produção do efeito jurídico. Quando assim acontecer, o tipo representará um quadro ou descrição fundamental, que não exclui outros elementos juridicamente relevantes que lhe sejam exteriores. O facto ou a situação em causa pode ter pois um conteúdo extra-típico, e por isso dizemos que o tipo é aberto*”, elegendo como tipos abertos aqueles em que a descrição do tipo é completada com regras supletivas, as quais, ao serem susceptíveis de ser afastadas pelas partes, admitem a existência de elementos juridicamente relevantes não pertencentes ao tipo (nesta conformidade, os tipos abertos não são incompatíveis com o *numerus clausus*, uma vez que “*este exige que se respeitem as formas (...) estabelecidas na lei, mas não exclui que, nos quadros de uma forma legal, se estabeleçam afastamentos das regras supletivas*”). O Autor (ult. ob. cit., págs. 331 e 332) conclui que, no âmbito dos direitos reais, os tipos são abertos, porquanto “*a respectiva tipologia satisfaz-se com a descrição fundamental das situações com natureza real, mas não exclui que nelas se encontre ainda um conteúdo acessório, que pode ser obra das partes*” e, em conformidade, “*a tipologia taxativa não impede que se admitam modificações dos direitos reais. Efectivamente, o direito real tem todo um conteúdo acessório, que é vastamente moldável pelas partes, mediante a substituição das disposições supletivas*” (tanto mais que, prossegue o mesmo Autor, para prosseguir as finalidades visadas pelo *numerus clausus*, “*a lei estabeleceu em cada caso normas injuntivas, que proscrevem as situações consideradas nocivas*”).

<sup>3157</sup> De acordo com Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., págs. 55 a 57, será legítimo falar se subtipos “*quando houver um tipo que esse subtipo venha por sua vez especificar, e não um mero conceito. Quer dizer, é indispensável que a figura de que os pretensos subtipos derivam também possa ser por sua vez utilizada na criação de figuras jurídicas*”, para depois acrescentar que “*Os subtipos necessitam formar entre si uma tipologia, também: mas essa tipologia só pode ser exemplificativa, não pode ser taxativa ou delimitativa (...). Só na tipicidade exemplificativa é possível o recurso paralelo à figura-base e a cada um dos seus subtipos previstos*” (aponta o Autor como subtipos os crimes qualificados ou privilegiados relativamente ao delito base ou o contrato de compra e venda comercial em relação à figura geral da compra e venda).

<sup>3158</sup> Circunstância esta que implica duas consequências: em primeiro lugar, não impede o legislador de, noutros diplomas, criar novos direitos reais que acresçam aos previstos no Livro III do Código Civil; em segundo lugar, consentindo que o próprio costume possa ser fonte de direitos reais (neste sentido, Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 79 e 80 e Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 161 e segs.).

<sup>3159</sup> Assim, Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 228 e segs., considerando estarmos perante um negócio atípico quando “*la deviazione del tipo legale è tale da ledere l’interesse dei terzi, e la loro libertà da ogni interferenza estranea*”, recusando um exame simplista que consinta alterações, não ao conteúdo, mas ao modo de exercício do direito (pelo menos quando estas últimas sejam ditadas pelo legislador) e propondo antes serem lícitas as alterações ao esquema legal “*secondo un esame sistematico delle norme e alla luce della ratio del principio (...) che non alterno la sostanza economica e giuridica della cosa e non rendono più gravi l’esercizio del diritto; più specificamente quelle modalità che non rendono più grave la situazione del proprietario (e dei futuri acquirenti), o la situazione del titolare del diritto limitato (e dei futuri acquirenti). Sono da ritenersi possibili, invece, modificazioni della cosa atte a renderne più comodo o redditizio il godimento*”. Em particular, o Autor reforça que o princípio da tipicidade se encontra confinado “*al contenuto essenziale dei diritti reali, agli aspetti che non possono essere derogati senza che sia alterata l’identità del tipo, o senza che il diritto costituito venga ridotto a semplice diritto obbligatorio. Gli aspetti marginali (derogabili con effetto reale) non individuano il tipo. Ma la libertà dei privati vale in questi casi solo in quanto autorizzata ad esprimersi relativamente a punti specifici, già*



Deste modo, poder-se-á concluir que a tipicidade respeita, antes de mais, ao número e não necessariamente ao conteúdo<sup>3160</sup> dos direitos reais,<sup>3161</sup> apesar do disposto, entre nós, no art.º 1306.º, n.º 1.<sup>3162</sup>

Aplicando este entendimento genérico ao instituto (leia-se tipo legal) do penhor, dever-se-á avaliar se as hipóteses anómalas de penhor são compatíveis com o tipo legal desta garantia, analisando em detalhe os aspectos que as afastam daquele esquema geral, nomeadamente no que respeita às diversas formas de constituição do vínculo (ausência de desapossamento do devedor), ao seu funcionamento (rotatividade e possibilidade de substituição do bem empenhado) ou à sua execução (admissibilidade do pacto comissório).<sup>3163</sup>

No que à constituição da garantia diz respeito e ao menos na opinião de alguns, o efeito essencial visado pelo penhor – a criação de uma situação de indisponibilidade dos bens empenhados por parte do seu proprietário – é alcançado, em alguns casos,

---

*disciplinati dal legislatore con norme dispositive (tipiche solo nel senso contrattuale). Si ha quindi un'autonomia secundum legem*".

<sup>3160</sup> A propósito da distinção entre conteúdo e efeitos do contrato, Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 183 e segs., considera que “*si è stabilita una relazione di identità (...): gli effetti costituiscono la traduzione nella realtà dell'ordinamento di un determinato contenuto contrattuale*”, apenas falhando essa identificação quando o negócio em questão é ilícito (por violação de normas cogentes do ordenamento jurídico) ou porque o conteúdo exorbita da esfera de efeitos consentida (pretendendo produzir efeitos relativamente a terceiros fora dos casos em que a lei o consente, destarte violando, por exemplo, o princípio da tipicidade dos direitos reais) ou porque os efeitos se produzem sem que correspondam a qualquer conteúdo (é o caso das disposições legais integradoras da vontade das partes).

<sup>3161</sup> Neste sentido, Dias Marques, Direitos reais - Lições feitas aos cursos de 1958-59 e 1959-60 da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1960, pág. 22, complementando que “*embora se não possa variar o elenco legal daqueles direitos é, no entanto, lícito, quanto a alguns deles, introduzir no respectivo conteúdo uma certa variabilidade*”, posição esta aplaudida por Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 307, considerando que a mesma “*marca dois progressos em relação à doutrina corrente. Por um lado, expressamente relaciona a tipicidade e a fixação do conteúdo dos direitos reais, concluindo pela dissociação dos dois aspectos, o que nos parece inteiramente de aplaudir; por outro, o seu tom é menos restritivo no que respeita à intervenção da autonomia privada*” e, em menor grau, por Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 80 e 81 (escrevendo que “*Não é contrária ao princípio da tipicidade a admissão de tipos abertos, ficando assim na disponibilidade dos particulares interessados alguma liberdade na fixação do conteúdo do tipo, diversificando, alargando ou restringindo as faculdades reconhecidas ao titular do correspondente direito. Como bem se compreende, esta liberdade, que, na sua extensão, pode variar, em função de cada tipo, tem um limite natural: ela não pode ir ao ponto de romper os traços essenciais, específicos, do tipo, sob pena de o subverter*” e reconhecendo a existência de alguns tipos abertos no ordenamento pátrio).

<sup>3162</sup> Partindo desta norma (nos termos da qual não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito, excepto nos casos previstos na lei), alguns extraem a proibição da introdução de qualquer alteração ao conteúdo dos direitos reais, entendimento este contestado por Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 323 e segs., contrapondo que tal preceito “*só abrange a criação de direitos reais, e não quaisquer outras realidades*”, pelo que “*nenhum indício se retira da nossa lei, em abono do pretense carácter injuntivo geral das normas que disciplinam os direitos reais*”.

<sup>3163</sup> Só depois da análise destes diversos aspectos dissonantes será possível concluir estarmos perante um sub-tipo de penhor ou um novo modelo típico de garantia (no caso de se demonstrar que essas notas particulares da fattispecie “*rappresentino delle ulteriori caratterizzazioni in senso funzionale dello schema, così da incidere rispetto allo stesso*”) ou, ao invés, face a uma simples técnica diversa de realização da função do penhor (quando se demonstre que os traços específicos dos penhores anómalos “*non attendendo alla funzione di garanzia come tale, ma unicamente ai modi della sua realizzazione (...)* non assumano un ruolo ed un compito ad essa meramente strumentale”) – Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 83 e segs.. Relativamente aos dois primeiros aspectos, Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 84, o Autor considera que a divergência face ao regime geral do penhor não assume proporções que permitam concluir pela existência de um novo tipo legal ou sequer de um sub-tipo, contrapondo tratar-se apenas de modalidades anómalas de penhor, reentrantes no esquema legal da figura.

através de mecanismos alternativos ao desapossamento: ainda assim, tais mecanismos podem caber na órbita da garantia pignoratícia, por não implicarem alteração da função, mas, mais modestamente, consagrarem unicamente formas anómalas da sua concreta explicitação.<sup>3164</sup>

Se assim é, poder-se-á confinar um penhor com estas características no âmbito das garantias típicas, embora adaptando-o às exigências actuais, demonstrando que essa adaptação pode prescindir da criação de figuras atípicas.<sup>3165</sup>

Quando se considere, pelo contrário, que as variações introduzidas no tipo legal são de tal ordem que desvirtuam a essência do direito real de penhor, a regra parece ser, não a radical invalidade da figura (há até quem entenda que a tipicidade não constitui, por isso, um limite, em sentido estrito, à autonomia negocial das partes),<sup>3166</sup> mas tão somente a impossibilidade de os mesmos gozarem de eficácia *erga omnes*, isto é, de serem oponíveis a terceiros, embora não seja líquido que a figura assim criada seja um direito obrigacional.<sup>3167</sup>

---

<sup>3164</sup> É o que sucede, no ordenamento italiano, com os penhores *omnibus* (antecipada sujeição do bem ou crédito empenhado à disponibilidade do credor relativamente ao momento em que tais bens surjam ou sejam individualizados), de presuntos (aposição de uma marca no bem e inscrição no registo, associados à impossibilidade de alienação dos bens empenhados sem consentimento do credor ou sem que este se ache integralmente satisfeito), de valores mobiliários (inscrição num registo específico) e de títulos não emitidos (onde nem sequer existe desapossamento, em razão da ausência de suporte material, daí decorrendo a necessidade de recorrer ao regime do penhor de créditos), pois, em todos eles, aquela indisponibilidade do devedor é alcançada “*senza alterare lo schema tipico, da tecniche alternative che rispetto alla funzione propria del tipo, non costituiscono requisiti, né danno luogo ad effetti extra-tipici*” e, assim, “*non possono essere qualificati alla stregua di sotto-tipi del pegno e, di conseguenza, alle stesse, in assenza di peculiari riscontri di disciplina appositamente previsti dal legislatore o dalle parti, deve applicarsi la disciplina del pegno stabilita dal codice*” - Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 84 e segs.. Nesta conformidade, o Autor rejeita, que estejamos perante negócios atípicos de garantia ou negócios mistos com função de garantia (pois a função de garantia realiza-se com recurso ao efeito do tipo do penhor – privação da disponibilidade do bem por parte do empenhante - , para além de o próprio legislador ter optado por manter a qualificação de penhor para todas estas figuras anómalas).

<sup>3165</sup> Neste sentido, Giorgio de Nova, ob. cit., pág. 410.

<sup>3166</sup> Neste sentido, Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 163 e segs., em face do disposto no art.º 1372.º do CCI (nos termos do qual o conteúdo e os efeitos do contrato apenas se projectam relativamente a terceiros nos casos expressamente previstos na lei) e no art.º 1322.º do mesmo Código (que estabelece o princípio da liberdade contratual), advertindo que “*i privati sono dunque liberi di stabilire il contenuto che credano alle loro contrattazioni; e tale contenuto potrà anche essere corrispondente a quello di un diritto reale (...). Ma gli effetti della regolamentazione delle parti sono, nel caso di diritti su cose aventi un contenuto atipico, limitati alle parti*”. Nesta conformidade, o Autor distingue entre a validade e a eficácia das convenções atípicas, afirmando que “*Il giudizio di validità attiene alle esigenze dell’ordinamento, obiettivamente considerate, che si impongono anche nei confronti delle parti (...). Il giudizio sull’efficacia reale del diritto riguarda essenzialmente l’interesse dei terzi, in particolare dei terzi acquirenti a titolo particolare*” (mais concretamente, neste último caso entra em cena a tipicidade e para que a pactuação passe o crivo deste princípio “*è necessario, infatti, stabilire se la deviazione dal tipo (previsto dal legislatore) (...) sia tale da produrre effetti (non previsti) a carico dei terzi*”, concluindo que este juízo requer uma avaliação a efectuar tendo em conta a *ratio* da tipicidade, ou seja, a tutela de terceiros).

<sup>3167</sup> A parte final do n.º 1 do art.º 1306.º estabelece uma conversão *ope legis* das restrições do direito de propriedade ou a figuras parcelares deste, fora dos casos previstos na lei, em negócios com eficácia meramente obrigacional. Todavia, discute-se se tal norma é aplicável a restrições ao direito de propriedade (como defende Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 84 a 86 e que nos casos de direitos reais menores “*a conversão legal dependerá de o legislador indicar os termos concretos em que esta se pode verificar*” e, se assim não for, é ainda discutível se será plausível o recurso ao regime geral da conversão vertido no art.º 293.º – responde negativamente o ult. Aut. e ob. cit., alegando que a conversão só se poderia fazer para outra figura de direito real tipificada e não numa figura de cariz meramente obrigacional, sob pena de violação do princípio do *numerus clausus*) ou, pelo contrário, deve abarcar as restrições a quaisquer direitos reais (posição subscrita por Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 74 e

O nosso juízo, relativamente a esta matéria, é o de que se torna, antes de mais, imperioso enumerar quais os elementos identificadores do tipo legal do penhor, para, em seguida, avaliar até que ponto as modificações legais e/ou contratuais conflituam ou não inapelavelmente com eles.

Parece-nos que, em termos aproximados, que tais elementos tendem a coincidir com os três momentos de vida da garantia, ou seja, constituição (com a inerente impossibilidade de o empenhante usar e dispor do bem onerado), operatividade (momento no qual relevam os direitos e deveres das partes no decurso da relação pignoratícia, bem como a eventual modificação dos objectos onerados) e extinção, mais especificamente através da sua execução (avultando, nesta sede, a possibilidade de execução extra-judicial e inadmissibilidade das convenções comissórias).

Relativamente aos penhores que prescindem da entrega material do bem ao credor (ou a terceiro), limitamo-nos, neste lugar, a remeter para as considerações tecidas anteriormente, das quais resulta a não incompatibilidade entre tais formas atenuadas de desapossamento e o modo de constituição legalmente previsto, desde que asseguradas, por meios alternativos à entrega ao credor, as funções desempenhadas pelo desapossamento material do empenhante.

No que toca à execução, a leitura da proibição do pacto comissório (com a consequente licitude das convenções marciasanas), por um lado, e as limitações à liberdade de modelação dos termos em que as partes podem modelar a alienação extra-judicial do bem empenhado (com o limite principal decorrente, precisamente, da ilicitude do pacto comissório), conduzem-nos a aceitar a licitude de formas alternativas de execução do penhor, desde que cumpridos os requisitos elencados como condição de validade do pacto comissório (*rectius*, marciano).

Finalmente, no que concerne ao funcionamento da garantia, a compatibilidade de alteração do objecto imediato da mesma (em especial no âmbito de um penhor rotativo), também já foi escalpelizada antecedentemente, pelo que, com as limitações então enumeradas, também aqui não se nos afigura erguerem-se obstáculos intransponíveis à sua harmonização com o regime legal do penhor (embora, em especial nos penhores que não implicam o desapossamento material do constituinte, não se ignore que alguns dos deveres assumem contornos específicos, particularmente no caso do dever de conservação, que, nesses casos, ficará predominantemente a cargo do empenhante e não do credor pignoratício).

Em suma, não obstante a introdução de tais adaptações, tendemos a considerar que os penhores sem desapossamento material do empenhante (desde que este fique privado da possibilidade de, autonomamente, dispor do objecto onerado e seja assegurado um mínimo de cognoscibilidade da garantia), a modificação do seu objecto imediato (desde que observados os pressupostos de validade das convenções rotativas e quando não se verifique uma subversão significativa dos direitos e deveres recíprocos das partes) ou a sua execução particular (cumpridos que sejam os requisitos do pacto marciano), não conduzem à exclusão de tais figuras do domínio do instituto do penhor.

Importa, porém, esclarecer que a existência de uma regulamentação específica não implica, por si só, o afastamento da qualificação de uma garantia como

---

segs. embora alertando para a circunstância de esta norma ter se sofrer uma interpretação restritiva, uma vez que apenas terá natureza obrigacional “*aquela que contenha os requisitos essenciais de substância e de forma para tal exigidos*” e criticando a circunstância da conversão legal prescindir da demonstração das partes que o fim por elas perseguido seria, caso tivessem previsto a nulidade, o ínsito no negócio convertido). Ambas as posições concordam, porém, com a cominação da nulidade para as restrições não legalmente previstas a qualquer direito real (cfr. art.º 294.º).

pignoratícia,<sup>3168</sup> podendo tal exclusão advir apenas da existência de aspectos que contradigam o regime geral do penhor.<sup>3169</sup>

Esta necessidade de adaptação do regime tradicional do penhor é bem patente quando a garantia incida sobre bens incorpóreos - como sejam o penhor de créditos,<sup>3170</sup> de participações sociais e de bens escriturais, como a moeda e os instrumentos financeiros - reclamando a natureza imaterial destes uma adaptação das normas do instituto, designadamente no que concerne à sua constituição,<sup>3171</sup> ao contrato de penhor

---

<sup>3168</sup> Assim, Briolini, ob. cit., pág. 195, nota 35, afirmando que, não obstante as especificidades de regime dadas pelo *quid* específico sobre o qual recai a garantia (que, aliás, não excluem a aplicação, ao menos analógica do regime geral do penhor), o titular de um penhor cujo objecto seja constituído por acções é titular “*di un diritto reale tipico, sui cui connotati peraltro reagisce, ex art. 2352 c.c., l’oggetto del diritto stesso, vale a dire la partecipazione sociale*”.

<sup>3169</sup> Maria Costanza, Valori mobiliari cit., pág. 1045 e segs., aponta como exemplo o penhor de valores mobiliários, quando o contrato seja celebrado por uma sociedade de gestão desses valores (devedor/empenhante) e um aforrador/financiador (credor), acordando-se que a este último, no termo do prazo contratual, sejam restituídos aqueles mesmos valores, outros equivalentes ou o montante global da soma emprestada, reservando-se aquela sociedade a faculdade de usar tais valores como garantia de futuras operações - de acordo com a Autora, tal operação não atribui ao credor titular da garantia os poderes próprios do penhor, uma vez que o devedor não vincula os títulos sobre os quais se reserva a faculdade de disposição, para além de lhe assistir o direito de continuar a gerir os mesmos títulos no seu próprio interesse, para a prossecução de interesses próprios e não do credor pignoratício: em suma, trata-se de uma garantia atípica (pelo contrário, na hipótese mais comum de o penhor sobre idênticos títulos ser constituído a favor de uma instituição de crédito onde os títulos serão depositados e em garantia de um financiamento a um seu cliente, já estaremos perante uma garantia pignoratícia, pois aquela instituição exerce funções de gestão do objecto da garantia, não no seu próprio interesse, mas sim no do seu devedor): em alternativa, a Autora pondera considerar a prestação do mutuário como uma obrigação alternativa, nos termos da qual se compromete a restituir ao mutuante o dinheiro recebido ou o correspondente valor representado pelos títulos, admitindo que os títulos permanecem na propriedade da sociedade mutuária, o que permite afastar a qualificação da *fattispecie* como penhor de coisa alheia.

<sup>3170</sup> Excepto, eventualmente, os incorporados em títulos, nomeadamente à ordem e ao portador, porquanto nestes a constituição da garantia discute-se se a constituição do penhor não obedecerá antes às regras dadas para o penhor de coisas corpóreas.

<sup>3171</sup> O que implica afastar aquela perspectiva segundo a qual a imaterialidade, ao impedir qualquer desapossamento efectuado com base na entrega material do bem, excluiria a natureza pignoratícia destas garantias e, ao invés, adoptar uma outra de acordo com a qual o desapossamento não pode reduzir-se à entrega material (sendo esta apenas um dos modos possíveis de realizar aquele), uma vez que “*il n’est pas de l’essence du gage avec déposition de conférer au créancier un droit direct sur la chose. Celui-ci dispose uniquement d’un droit sur la valeur (...). Quant au constituant, la remise matérielle lui fait perdre les utilités de l’objet du gage, sans pour autant opérer un transfert de ces utilités au créancier*” - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 69 e segs.. Para mais desenvolvimentos, vide n.º 1.2.8 do Capítulo II.

(nomeadamente no que concerne à capacidade das partes,<sup>3172</sup> ao objecto,<sup>3173</sup> à sua forma<sup>3174</sup>) e aos efeitos da garantia.

Relativamente a este último aspecto, o afastamento das regras ditadas para o penhor evidencia-se com especial notoriedade no penhor de créditos, na fase anterior ao vencimento do crédito garantido, pela imposição de obrigações ao credor<sup>3175</sup> (cujo incumprimento é civil e penalmente sancionado)<sup>3176</sup> e, no momento em que esse vencimento se venha a verificar, através da outorga de um direito de retenção (não obstante a natureza não corpórea do *quid* onerado, a qual implica algumas adaptações)<sup>3177</sup> e do *ius distrahendi* (cuja implementação prática poderá ser notavelmente simplificada, não apenas porque a venda executiva se apresenta muitas vezes como inapropriada, como também na medida em que a proibição do pacto comissório deverá ser relativizada).<sup>3178</sup>

Quando se conclua, então, que as alterações introduzidas numa determinada garantia, ainda que formalmente apelidada de penhor, colidem com o tipo legal, cumpre determinar quais as consequências que daí advêm, as quais variam consoante a alteração do tipo legal tenha origem normativa ou, pelo contrário, fundamento convencional.

Desde logo, no primeiro caso estará afastada a (suposta) violação do princípio da tipicidade dos direitos reais de garantia (ou, se se preferir, das causas legais de preferência), pelo que a conclusão no sentido da não conformidade com o tipo legal do penhor não implica a privação da oponibilidade do instituto a terceiros (cfr. art.º 1306.º, n.º 1), uma vez que foi a própria lei a instituir uma (nova) causa legal de preferência.

Todavia, ainda que o legislador denomine a garantia especial criada como penhor, quando se deva concluir (em face da inobservância dos traços cardeais do penhor acabados de expor) pela incompatibilidade entre o regime legal especial e os

---

<sup>3172</sup> A regra geral, segundo a qual qualquer sujeito que disponha da capacidade de disposição pode empenhar um bem, mantém-se, embora necessite de ser adaptada ao penhor de apólices de seguro de vida e de participações sociais. No primeiro caso e uma vez que o beneficiário adquire, desde a data da celebração do contrato de seguro, um direito directo contra o segurador, que se consolida com a aceitação, deve distinguir-se consoante o beneficiário tenha aceite (o que impede o subscritor de constituir um penhor de créditos sobre a apólice, uma vez que esse direito entrou definitivamente no património do beneficiário) ou não (caso em que o penhor de créditos será válido, mas implica a revogação do beneficiário sob condição resolutiva do pagamento do credor: em caso de morte do subscritor, o credor pignoratício poderá exercer os seus direitos sobre tal quantia, dado que tal capital fará parte do património do subscritor e, depois de pago o credor, o remanescente será atribuído ao beneficiário da apólice) a apólice.

<sup>3173</sup> Nomeadamente no que concerne à maior abertura face à dação em penhor de bens incorpóreos futuros, atenta a desnecessidade de existência e entrega material do bem a onerar e, por outro lado, a relativa facilidade em preencher o requisito da determinabilidade destes bens incorpóreos futuros (vide n.º 5.2 do Capítulo II).

<sup>3174</sup> Este desvio é particularmente importante naqueles ordenamentos que impõem, como condição para a outorga da preferência pignoratícia, a redução a escrito do contrato de penhor (contendo uma suficiente indicação do crédito garantido e do bem empenhado), a qual, é, por vezes, descartada ou aligeirada em alguns penhores de bens incorpóreos, como acontece, no direito francês, com o penhor de créditos profissionais (Loi Dailly), no penhor de créditos de mercados públicos e do penhor de contas de instrumentos financeiros - Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 115 e 116. Curiosamente, no direito português a regra tende a ser a oposta, ou seja, a não sujeição a forma escrita do penhor comum de coisas corpóreas e, pelo contrário, a necessidade de redução a escrito de (pelo menos) alguns penhores que incidam sobre bens incorpóreos - cfr., em especial, n.º 1.2.8 do Capítulo II.

<sup>3175</sup> Acerca da especial configuração do dever de conservação, que impede sobre o credor pignoratício, vide supra n.º 9.2.3 do Capítulo I.

<sup>3176</sup> Conforme se fez referência anteriormente no texto e no n.º 5.1 do Capítulo I.

<sup>3177</sup> Sobre o direito de retenção do credor pignoratício, vide supra n.º 9.2.1 do Capítulo I.

<sup>3178</sup> Acerca das modalidades de execução do penhor de créditos e da sua relação com a proibição do pacto comissório, vide supra n.º 8.3 do Capítulo I e n.º 4.3.4 do Capítulo II.

traços cardinais do penhor, tal significará, a nosso ver, a sua exclusão do âmbito do penhor, mas sem que isso prejudique o direito de preferência do credor (ou outras prerrogativas legalmente consagradas nesse regime especial), sendo a garantia enquadrável no seio de outra com cujo tipo legal não conflitue insuperavelmente (v.g., a hipoteca mobiliária) ou qualificável como penhor anômalo.

Relativamente às modificações contratuais, o panorama apresenta-se diverso, porquanto a não observância dos elementos essenciais do tipo implicará, não apenas a sua qualificação como atípica, mas, principalmente, a amputação da oponibilidade da garantia criada (art.º 1306.º, n.º 1, parte final) e, desse modo, a perda do intuito primordial que presidiu à sua criação (a sua invocação no âmbito do concurso de credores).

Uma última questão, conexas com a anterior, prende-se com a circunstância de as configurações que, embora se afastando de alguns aspectos laterais do tipo legal, reentram naquele instituto o farão *qua tale* ou, ao invés e atendendo a tais especificidades, deverem ser qualificados como penhores anômalos.

Em nosso juízo, as garantias que, não coincidindo integralmente com todas as características do tipo legal do penhor, ainda são nele enquadráveis (nos termos expostos), deverão ser apelidadas de penhor “*tout court*”, tanto mais que a recondução destas figuras à órbita pignoratícia implica, como regra e sem prejuízo da existência de regimes específicos, a respectiva sujeição ao regime geral do penhor (ao menos como direito subsidiário).

A nosso ver, as garantias que extravasem o tipo legal do penhor serão qualificáveis como atípicas, se criadas por convenção das partes (atendendo à ausência de regulamentação legal), ou anômalas, se criadas por lei (ainda que, em qualquer dos casos, sejam denominadas de “penhor”), pelo que para aquelas outras que, embora não inteiramente coincidentes com o tipo legal do penhor, ainda sejam nele enquadráveis, não merecerão qualquer qualificativo especial.

## Capítulo IV – Natureza jurídica do penhor

### 1 - Garantias reais e direitos reais de garantia

Depois de excluídas, pelas razões expostas, da órbita do penhor aquelas garantias que conflituem inapelavelmente com o tipo legal destes, importa determinar em que medida o penhor, mesmo com as variantes que não se coadunam integralmente com as características enumeradas no tipo legal (seja em razão do objecto, do modo de constituição ou de execução), deverá ser qualificado como garantia real e/ou como direito real de garantia.

Para o efeito, propomo-nos, nas páginas seguintes, sintetizar estes dois últimos conceitos, por forma a neles incluir (ou não) o instituto legalmente tipificado do penhor e, em seguida, averiguar em que medida aquelas figuras não integralmente coincidentes com o tipo legal deverão ou não ser qualificadas do mesmo modo.

Começando pela noção aproximada de garantia real, diremos que, do ponto de vista funcional, o objectivo principal de um credor que a procurar obter é o reforço da possibilidade de satisfação do seu direito, conferindo maior segurança à obrigação garantida,<sup>3179</sup> atendendo à maior probabilidade de satisfação com preferência sobre outros credores que não gozem de causas de preferência hierarquicamente superiores.

Todavia, subsistem incertezas quanto ao próprio conceito de garantia real (e mesmo quanto à noção de garantia em si mesma<sup>3180</sup>) contrapondo-se um entendimento mais formal que as identifica com as causas legais de preferência legalmente tipificadas (cfr. art.º 604, n.º 2), a outro que privilegia uma análise funcional, ou seja, conferindo uma maior importância ao resultado prático visado e obtido pelas partes (cujo expoente máximo logrou consagração no art.º 9.º do UCC norte-americano).<sup>3181</sup>

A adopção desta última perspectiva implica, naturalmente, um alargar do leque das figuras integrantes do conceito de garantia real, inclusivamente a outros institutos legalmente previstos noutras sedes, mas que sejam utilizados pelas partes com fins de garantia, como sejam a reserva de propriedade, a venda com pacto de resgate, o leasing financeiro ou, mais latamente, o uso do direito de propriedade com fins de garantia.<sup>3182</sup>

---

<sup>3179</sup> Neste sentido, Montel, *Garanzia* cit., pág. 744, acrescentando que “*La garanzia reale nulla aggiunge al contenuto del rapporto obbligatorio riguardo al quale assicura l’esecuzione: il creditore (...) non ha, riguardo alla prestazione dovutagli, maggiore o diversi diritti di un qualunque creditore chirografario*”.

<sup>3180</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 13 e segs., distingue, a este propósito, a garantia em sentido lato (a qual pode ser definida como “*o conjunto de meios sancionatórios a adoptar pelo estado, por intermédio dos seus tribunais, contra o sujeito do dever jurídico, quando ele não cumpre espontaneamente na observância do comportamento devido*”) e as garantias das obrigações (traduzida na concessão ao credor dos meios necessários para atingir os valores patrimoniais necessários ao cumprimento da obrigação), podendo estas últimas ser subdivididas na garantia geral (o património do devedor) e nas garantias especiais, englobando as reais e as pessoais.

<sup>3181</sup> Como salienta Veiga Copo, *La prenda de acciones* cit., pág. 42, a um conceito mais amplo de garantia (abrangendo “*mecanismos que en puridad se tratan más bien, ya de nuevas obligaciones que se añaden a las específicas y naturales de un contrato, ya de consecuencias que se derivan de la falta de realización de la prestación*”), contrapõe-se um outro mais restrito (nos termos do qual “*el sistema general de responsabilidad patrimonial se modifica en el sentido de aumentar la seguridad de que un acreedor verá satisfecho su interés (...) cuando al acreedor se le concede un derecho prelatorio sobre determinados bienes del deudor o eventualmente sobre bienes de un tercero*”).

<sup>3182</sup> Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 117 e segs., salienta “*a univocità funzionale nel risultato pratico perseguito tra pegno senza spossessamento e patto di riservato dominio*” e, em termos mais amplos, afiança que “*se, alle garanzie reali si vuole assegnare ancora oggi un ruolo preciso e qualificante come categoria dogmatica e concettuale, occorre ricomprendere e rappresentarle secondo un concetto più*

Contudo, este alargamento, porventura desmesurado, pode chocar com o princípio da tipicidade das causas legais de preferência – ou, pelo menos, dos direitos reais de garantia – conduzindo ao surgimento de garantias atípicas ou inominadas.<sup>3183</sup>

No seguimento do exposto anteriormente e da adopção de um entendimento mais lato, poder-se-á distinguir entre as garantias reais propriamente ditas (as tipificadas como tal) e aqueles outros institutos que, em vista da sua função, possam ser aqui enquadráveis (a que poderemos chamar garantias impróprias).<sup>3184</sup>

Por outro lado, importa salientar que os efeitos produzidos pelas garantias se manifestam em momento anterior à fase executiva (o mais relevante dos quais se projecta face ao proprietário do bem empenhado ou face a terceiros, tendo por objecto a abstenção de qualquer ingerência que possa comprometer a consistência da garantia),<sup>3185</sup> pelo que já antes desta data o crédito assistido de garantia tem um maior valor face a outro quirografário e, paralelamente, o valor do bem sobre o qual incide a garantia diminui em função do avolumar do crédito assegurado.<sup>3186</sup>

À dúvida inerente à própria noção de garantia real (e de direito real, conforme se analisará em seguida), associa-se outra respeitante à eventual distinção entre essa figura e a dos direitos reais de garantia, embora tais interrogações tendam a esbater-se relativamente ao penhor (e à hipoteca), tradicionalmente incluídos na órbita das garantias reais e, simultaneamente, dos direitos reais de garantia.<sup>3187</sup>

---

*ampio (...) arricchito con quelli strumenti e quelle tecniche contrattuali che, pur operando nel contesto degli schemi tradizionali, sappiano privilegiare, di questo tipo di garanzia, il profilo della funzione in concreto perseguita*”. Carlos De Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 42 e 43, contestam o entendimento daqueles que excluem da órbita das garantias reais as “*propriedades-garantia*” (com o argumento que, por permitirem ao seu beneficiário escapar ao concurso de credores – existindo uma incompatibilidade entre a exclusão do concurso e a noção de direito de preferência - não beneficiam do atributo da preferência), contrapondo este tipo de garantias desempenha a mesma função – assegurar o cumprimento de uma obrigação - das tradicionais.

<sup>3183</sup> Vide, a este respeito e por todos, Gabrielli, *Il pegno anomalo cit.*, pág. 124, mostra-se favorável à criação convencional de outras garantias reais além das previstas na lei, desde que não conflituem com princípios de ordem pública, enraizando tal conclusão no “*ampio potere creativo che l’ordinamento riconosce ai privati nel porre in essere regolamenti di interessi meritevoli di tutela*”.

<sup>3184</sup> Aflora esta questão, Lisanti-Kalczynsky, *ob. cit.*, págs. 12 e 13, destacando como, no direito francês, se aceita, de um modo geral, que figuras como o direito de retenção, a propriedade fiduciária e o direito de retenção constituam “*garanties*”, embora se duvide que as mesmas integrem o conceito mais restrito de “*sûreté*”, sendo que mesmo esta última noção é controvertida, opondo-se os partidários de uma perspectiva mais restrita (de acordo com a qual “*les sûretés sont des mécanismes qui ne peuvent être utilisées à d’autres fins*”), aos apoiantes de uma concepção funcional (que atende, primordialmente, à finalidade de garantia perseguida pelos diversos institutos), passando pela posição intermédia de alguns outros (sugerindo que a qualificação – ou não – como “*sûreté*” não será automática, devendo ser analisada caso a caso).

<sup>3185</sup> Segundo Montel, *Garanzia cit.*, págs. 744, haverá que distinguir uma fase substancial do penhor – que vai desde o seu surgimento até à eventual execução da garantia – e uma fase processual, que se traduz precisamente nessa execução. Ora, a obrigação de abstenção de terceiros existe desde a fase substancial e constitui “*il necessario e logico presupposto per il conseguimento degli effetti processuali che si ricollegano al rapporto di garanzia*”, até porque “*La dazione della cosa al creditore per sicurezza fa sì che su tale cosa il creditore abbia una sicurezza garantita, cioè un diritto che egli possa difendere erga omnes. E questo diritto egli l’ha nel periodo in cui la sicurezza ha ragione d’essere; una volta estinto il credito, si estingue anche il diritto di garanzia e la cosa deve essere restituita*”.

<sup>3186</sup> Assim, Montel, *Garanzia cit.*, págs. 744 e 745, concluindo que o penhor e a hipoteca “*implicano anzitutto un rapporto di diritto sostanziale; e che soltanto in un secondo momento alla posizione di soggetto attivo di siffatto rapporto si ricollegano i noti effetti processuali*”.

<sup>3187</sup> Por exemplo, para o direito espanhol, Candido Paz-Ares Rodriguez, *ob. cit.*, págs. 1858 e 1859, a respeito dos art.ºs 1857.º a 1862.º do CCE – comuns ao penhor e à hipoteca -, realça o reconhecimento unânime, doutrinal e jurisprudencialmente, destas figuras como garantias reais (entendidas estas como a sujeição de um bem concreto para assegurar o cumprimento de uma obrigação) e a inclusão de todas estas



A este respeito, advogamos que os conceitos de garantia real e direito real de garantia não são equipolentes, não sendo as expressões necessariamente sinónimas, uma vez que, embora ambas produzam como efeito o reforço da posição do seu titular (no sentido de lhe conferirem uma direito preferencial de satisfação sobre um determinado bem) – ou, caso se prefira, atribuam um direito de preferência – nalguns casos encontram-se ausentes alguns elementos que concorrem para a qualificação como direito real: quando assim for, restará a sua integração na noção, mais ampla, de garantia real.<sup>3188</sup>

De entre esses elementos, destacam-se a ausência de sequele e a especialidade do objecto do direito, normalmente ausentes nas garantias que recaem sobre bens fungíveis ou sobre um conjunto mais ou menos indeterminado de bens (como sucede com as garantias que incidam sobre universalidades ou com os privilégios creditórios gerais).<sup>3189</sup>

---

no âmbito dos direitos reais, manifestando-se a realidade pela inerência e consequente oponibilidade (independentemente do património em que o bem se encontre), pela concessão do *ius distrahendi* (mesmo contra a vontade do proprietário do bem onerado), pela preferência (entendida como excepção ao princípio da igualdade entre os credores) e pelas faculdades de que dispõe o seu titular para defender a integridade do seu direito na fase de segurança – prévia à execução – da garantia.

<sup>3188</sup> Salienta esta não identificação entre os dois conceitos Maiorca, ob. cit., págs. 206 e 207, (a respeito da hipoteca, mas com inteira aplicação ao penhor), clarificando que, tanto as garantias reais como os direitos reais, concedem aos seus titulares um direito de execução preferencial sobre determinados bens, mas apenas os segundos atribuem a salvaguardam a possibilidade de, em qualquer caso, a execução incidir sobre os precisos bens objecto da garantia. Por seu turno Cruz Moreno, ob. cit., pág. 1271, escreve que é *“mucho más aclaratorio hablar de garantías reales en sentido amplio para poder comprender dentro de ellas a las garantías que no constituyendo derechos reales no son garantías personales”*, apontando como exemplo o penhor de créditos.

<sup>3189</sup> Vide o nosso Dos privilégios cit., pág. 431 e segs. (no qual salientámos que, ao não incidirem sobre bens certos e determinados, os privilégios gerais não se conformam com o princípio da tipicidade dos direitos reais, não obstante a inequívoca preferência que conferem aos respectivos titulares, pelo que pertencerão às causas legais de preferência (garantias reais), mas não são integráveis no âmbito dos direitos reais de garantia), Orlando de Carvalho, ob. cit., págs. 220, 221 e 370, Penha Gonçalves, ob. cit., págs. 200 e 201 (argumentando que tal facto é confirmado pela inoponibilidade a terceiros adquirentes dos bens sobre os quais recaiam – cfr. art.º 749.º – e acrescentando que mesmo se passa com o penhor de créditos), Mota Pinto, ob. cit., pág. 76, Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 159 (fundando a sua posição na ausência da característica da inerência, uma vez que recaem sobre o património do devedor em geral e não, como os direitos reais, sobre bens certos e determinados) e Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 209. Particularmente enfático, a este respeito, se mostra Maiorca, ob. cit., págs. 206 e 207, apontando como exemplo de garantias reais que não são direitos reais os privilégios creditórios (uma vez que *“il diritto preferenziale privilegiato non porta con sè la certezza di trovare tra i beni del debitore quello su cui può esercitarsi l’esecuzione a preferenza di ogni altro creditore”* – enquanto o titular de um direito real *“non deve preoccuparsi se questa cosa sia o non sia al momento dell’esecuzione tra i beni del debitore o, in genere, nelle condizioni presupposte dalla legge per l’esercizio di ogni data esecuzione preferenziale. Il diritto reale (...) assicura la cosa all’eventuale diritto di esecuzione preferenziale del creditore che si è procurato tale diritto reale”*, considerações estas válidas para os privilégios gerais e, de acordo com o Autor, mesmo para os privilégios especiais para os quais a lei exija a existência ou manutenção de um determinadas situação – normalmente a posse pelo credor – porquanto aqui *“Non oggetti che si trovano in casa o in genere in possesso del creditore al momento dell’indampimento vengono colpiti dal diritto di esecuzione pignorativa, ma quegli oggetti che siano stati dati in garanzia e a questo titolo si trovano presso il creditore. Viceversa, nei privilegi vengono colpiti dal diritto di esecuzione non oggetti qualsiasi in quanto dati in garanzia, ma proprio alcuni speciali oggetti indicati dalla legge se ed in quanto si trovino in determinata collocazione, che può essere nella sfera del creditore, ma anche in quella del debitore o di un terzo”*: em suma, *“Nei diritti reali di garanzia v’è una previa situazione giuridica che nei privilegi manca. Sino al momento della esecuzione possono essere di fatto mutate le condizioni dell’esecuzione privilegiata”*) e o direito de retenção (no qual *“potrebbe rilevarsi una relazione con la cosa; ma da ciò a parlare di diritto reale, il passo non è breve, salvo ad ammettere che ogni rapporto tra un soggetto e una cosa sia un diritto reale, il che nessuno può ammettere (...) Poichè nei casi della c.d. ritenzione manca in linea di massima al possessore il diritto di*

Nesta conformidade, haverá institutos integráveis no âmbito mais lato das garantias reais (e que, por isso, atribuem ao respectivo titular uma posição de primazia no confronto com os demais credores do devedor) que não se enquadrem no conceito mais restrito de direitos reais de garantia, nomeadamente por não se traduzirem num poder directo e imediato sobre uma coisa e/ou por não incidirem sobre coisa certa e determinada, isto é, por não respeitarem o princípio da especialidade dos direitos reais (é o que sucede, pelo menos na opinião de alguns, com os privilégios creditórios gerais).<sup>3190</sup>

### 1.1 - O penhor como garantia real e direito real de garantia: a regra e os casos duvidosos

Ora, conforme já foi referido no CAPÍTULO I, numa primeira análise do regime do penhor parece resultar que o titular de semelhante direito se encontra munido dos atributos da sequela e da preferência.<sup>3191</sup>

Importa, aliás, salientar que alguns dos principais argumentos utilizados, noutros ordenamentos, para recusar a concessão da preferência ao titular do direito de penhor - a necessidade de observância de determinadas formalidades - não colhe em face do nosso ordenamento, pois tal exigência não obteve consagração legal, pelo menos no que tange ao regime geral do penhor.<sup>3192</sup>

---

*esecuzione sulla cosa, è perfettamente chiaro che nessuna situazione giuridica specialmente qualificata dal lato del possessore. In particolare, non sussiste quella difesa reale*”). No direito italiano, vide Leonardo Coviello, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, 2.<sup>a</sup> Edição, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, pág. 4 e segs., realçando como, uma vez que todos os credores - mesmo os quirografários - dispõem do poder de executar os bens que pertençam ao património do devedor, os traços distintivos dos direitos reais de garantia residem nos atributos de sequela e de preferência. Todavia, não se poderá identificar os direitos reais de garantia com os direitos que atribuem uma preferência, isto é, “*I diritti reali di prelazione possono essere conseguenza del diritto reale di garanzia, ma possono esistere indipendentemente da esso: possiamo cioè avere diritti di prelazione che non siano nello stesso tempo diritti reali di garanzia*”).

<sup>3190</sup> No caso daqueles institutos que podem ser utilizados com funções de garantia - *maxime* os que recorram ao uso do direito de propriedade com esse intuito - a exclusão dos direitos reais de garantia poderá assentar, desde logo, na circunstância de o *modus operandi* de tais figuras prescindir da atribuição da própria preferência - à qual é inerente um potencial concurso como outros credores, quirografários ou munidos de outras garantias, sobre os mesmos bens -, porquanto permitem ao seu titular furtar-se ao concurso de credores.

<sup>3191</sup> Mesmo aqueles Autores (como Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 51 e segs.) que recusam ser o atributo da preferência uma nota característica dos direitos reais (alegando que a preferência pressupõe concorrência e conflito e há inúmeras figuras de coincidência de direitos sobre a mesma coisa que não originam qualquer conflito e, ademais, que em caso de constituição de vários direitos incompatíveis entre si sobre o mesmo bem - v.g. a venda do mesmo bem a dois sujeitos - “*não há uma preferência constituída a favor de um direito; o que há é a resolução de um conflito entre duas situações diversas, um direito e um não direito (...). Ora, a primeira venda tirou logo eficácia a uma possível segunda venda, pois (...) a transmissão da propriedade da coisa se dá no próprio momento da celebração do contrato*”), reconhecem que o é nos direitos reais de garantia, conforme se alcança, em termos inequívocos, em caso de constituição de várias garantias sobre o mesmo bem a favor de sujeitos diversos.

<sup>3192</sup> Mesmo nestes ordenamentos, como o espanhol, Veiga Copo, *La prenda de acciones* cit., págs. 54 e 62 a 64, destaca como a presença dos atributos da preferência (embora recusando a identificação entre garantia e preferência, alegando o carácter instrumental e reforçante desta em relação àquela, sublinhando que a garantia assume relevância interna - na relação entre as partes - no negócio de constituição da garantia - , enquanto a prelação se projecta externamente, no que concerne ao “*regimén de la circulación de los derechos: oponibilidad del título, solución de los conflictos de intereses entre constituyente, acreedor y terceros*”) e da sequela contribuem para a inclusão do penhor na categoria das garantias reais. Todavia, o Autor salienta que para a qualificação como direito real importa ainda atender ao princípio da

Concorrentemente, a limitação (ou exclusão) do direito de sequela sobre bens móveis (ao menos sobre os corpóreos) decorrente do princípio da posse vale título – que origina, no direito francês, o adágio “*meubles n’ont pas de suite par hypothèque*”<sup>3193</sup> – não vale igualmente para o nosso direito, atento o não acolhimento de tal princípio entre nós.

Mesmo quanto à chamada imediação (entendida como relação directa entre o titular do seu direito e o respectivo objecto, sem intermediação de nenhum outro sujeito), dir-se-á que, de todas as garantias, o penhor é aquela em que a imediação melhor se manifesta, pois o credor, em regra e por força da necessidade de desapossamento do empenhante, encontra-se em contacto directo com o objecto do seu direito.

Com efeito, se à existência daqueles elementos associarmos o facto de, ao constituir uma afectação de determinados bens do devedor ou de terceiro ao pagamento preferencial de certos créditos,<sup>3194</sup> o penhor será enquadrável na categoria das garantias reais, e dos direitos reais de garantia.

Se, no decurso das considerações anteriores, à partida o penhor será integrável nas noções de direito real e de garantia real, cabe avaliar se, nomeadamente em razão da especificidade de alguns dos objectos da garantia, esta dupla qualificação não carecerá de ser reavaliada.

Assim, somos de parecer que os penhores sobre universalidades<sup>3195</sup> e sobre bens fungíveis, por força da ausência de identificação concreta dos bens sobre que incidem – e, pela mesma razão, da sequela sobre os concretos bens que, em cada momento,

---

especialidade, o qual limita os poderes do credor a certos e determinados bens. No mesmo sentido para o direito francês, Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 413 e segs., explicando que preferência e sequela são consequência da alienação do valor económico do bem empenhado operada aquando da constituição da garantia.

<sup>3193</sup> Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 420 e segs., dá conta da incerteza da qualificação do penhor como direito real, precisamente em razão desta mesma regra, relatando que a doutrina clássica apelida o penhor de “*direito real imperfeito*”, uma vez que o direito de sequela apenas poderá ser exercido contra um possuidor de má fé ou em caso de perda ou furto do bem empenhado. O Autor critica tal definição – desde logo contrapondo que o adágio citado no texto significa apenas a impossibilidade de as hipotecas recaírem sobre bens móveis – procurando demonstrar que, em caso de dissipação jurídica, a posição do credor pignoratício é equiparável à do hipotecário (podendo exercer o seu direito contra o terceiro adquirente, salvo em caso de venda executiva promovida por outros credores do devedor, caso em que o credor não terá outro remédio senão o de se fazer pagar, com preferência, pelo preço obtido) e, ainda, que em caso de dissipação física estará na mesma situação do proprietário de bens móveis, isto é, se a posse do bem houver passado para um terceiro, não poderá o credor promover a venda do bem, nem tão pouco reclamar a devolução da posse: pelo contrário, poderá exercer o direito de seguimento contra um possuidor de má fé (ou seja, que tivesse conhecimento do penhor no momento da aquisição do seu direito) e contra um de boa fé em caso de furto ou perda do bem e contra um simples detentor. Já Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 39, relata que, nas ditas ordens jurídicas onde vigore o princípio da posse vale título, se discute se o titular do direito preterido conserva o seu direito mas não dispõe de uma acção para o fazer valer ou se, pelo contrário, o tal direito se terá extinto)

<sup>3194</sup> E que correspondem, pelo menos, às causas de preferência legalmente enumeradas no n.º 2 do art.º 604.º, a saber, consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.

<sup>3195</sup> Simon Quincartlet, ob. cit., pág. 390 e segs., admite que as universalidades de facto compostas unicamente por coisas corpóreas possam ser objecto de direitos reais (caso contrário, a resposta será idêntica à dada a respeito da susceptibilidade de direitos reais sobre bens incorpóreos). Já relativamente às universalidades de direito – entendidas como patrimónios autónomos – e apesar de noticiar a existência de diversas vozes no mesmo sentido (seja concebendo uma relação de propriedade entre a pessoa e o património – embora, por vezes, sustentando que o único direito real que possa incidir sobre o património seja a propriedade –, seja sufragando a existência de direitos reais gerais sobre um conjunto de coisas e sobre conjuntos de direitos), o Autor mostra-se desfavorável à sua inclusão na órbita dos direitos reais, pelas mesmas razões que levam ao repúdio da tese dos direitos sobre direitos.

compõem a garantia<sup>3196</sup> -, se enquadrarão no seio das garantias reais, mas já não na categoria dos direitos reais de garantia<sup>3197</sup> (inversamente e não merecendo tal posição o nosso assentimento, não falta quem, precisamente a respeito do penhor, sustente o contrário, ou seja, o qualifique como direito real de garantia, mas negue a sua integração na órbita dos direitos reais).<sup>3198</sup>

Aliás, não é de excluir liminarmente o direito de sequela sobre as próprias universalidades, facultade esta atribuída expressamente em alguns diplomas estrangeiros que regulamentam as garantias sobre o estabelecimento comercial (admitindo, o que se nos afigura muito discutível, conforme se explanou anteriormente, que estas garantias configurem verdadeiros penhores).<sup>3199</sup>

Ou seja, o tipo legal de penhor carece, por força da grande amplitude de objectos que podem ser onerados, de uma conformação em razão das particularidades do *quid* empenhado, de modo que normalmente a figura se enquadrará no âmbito dos direitos reais (por recair sobre coisas certas e determinadas e, ademais, atribuir ao seu titular as facultades, *maxime* a sequela e a preferência, a estes inerentes), mas, excepcionalmente e quando aquelas especificidades não o consintam, ficará o penhor privado daqueles elementos incompatíveis com a natureza do objecto onerado.

Diga-se, aliás, que a integração ou exclusão de uma garantia da categoria dos direitos reais (de garantia) em função da natureza dos objectos onerados nem sequer é privativa do penhor, verificando-se igualmente, por exemplo, no âmbito dos privilégios creditórios, uma vez que a generalidade da doutrina reserva a qualificação de *ius in re* para os privilégios creditórios (mobiliários ou imobiliários) especiais, com exclusão dos gerais.<sup>3200</sup>

---

<sup>3196</sup> Realça este aspecto, Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 62, considerando serem estas garantias frágeis para o credor, por força da ausência do direito de sequela, ausente em razão de o *quid* onerado ser constituído por uma quantidade abstracta e flutuante de bens. Também Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 560, negam a atribuição de um direito de sequela (admitindo apenas a reivindicação contra terceiros cuja posse tivesse sido adquirida de má fé), pois, no que respeita ao penhor de universalidades, a possibilidade – ínsita neste tipo de garantia - de o constituinte alienar e substituir os bens que as compõem “*exclut un droit de suite sur chaque élément de l’universalité*” (embora não excluam o direito de reivindicação sobre a própria universalidade) e, no que concerne ao penhor de bens fungíveis, o direito do credor incide sobre “*une quantité abstraite de biens d’une qualité donnée*”, factor este que exclui igualmente qualquer direito de seguimento.

<sup>3197</sup> Quando muito, poderemos falar, parafraseando Cabrillac e Mouly, *Droit des sûretés* 2010 cit., pág. 560, de um direito real (não em sentido estrito, uma vez que este postula um objecto determinado, por força do princípio da especialidade) sob condição suspensiva (sendo a especificação do objecto da garantia o evento futuro e incerto), isto é, subordinado à execução da garantia (momento em que a especificação do objecto onerado se torna imperiosa, em virtude da necessidade de separar os elementos a alienar dos demais do mesmo género propriedade do executado), mas cuja oponibilidade retroage à data da constituição da garantia.

<sup>3198</sup> É o caso de Cunha Gonçalves, ob. cit., pág. 365 e segs. (a respeito da hipoteca, mas como o próprio reconhece, com considerandos extensíveis às demais garantias reais), para quem tal garantia não confere um verdadeiro poder sobre a coisa, apoiando-se nos seguintes argumentos: que o credor pignoratício não dispõe de nenhum direito sobre a coisa (apenas sobre o seu valor); que a alienação do bem onerado – em proporção do quantia garantida - em caso de incumprimento é inconciliável com o conceito de garantia (porque este último envolve a intenção de o devedor não querer alienar a coisa onerada); que a possibilidade de excutir um que bem se encontre em poder de terceiro se deve ao poder de sequela (e que este é o complemento natural do direito de preferência); finalmente, que a circunstância de o credor não poder penhorar outros bens enquanto não sejam excutidos os onerados se deve à proibição de o credor prejudicar o devedor e os outros credores (onerando bens desnecessários ao seu pagamento).

<sup>3199</sup> O que conduz até alguns a admitir que a natureza de coisa (composta) do estabelecimento comercial e a considerá-lo passível de qualquer direito real, incluindo de garantia – para mais desenvolvimentos, vide supra n.º 3.5 do Capítulo I.

<sup>3200</sup> Vide, por todos, o nosso *Dos privilégios* cit., pág. 431 e segs..

Em qualquer dos casos, mesmo quando o penhor incida sobre bens fungíveis ou universalidades, fica sempre a salvo a preferência atribuída ao credor pignoratício, a qual retroage à data da constituição da garantia, embora condicionada (salvo pacto de rotatividade ou outra convenção análoga) à manutenção de tais bens ou de outros análogos na disponibilidade do empenhante no momento da execução da garantia.<sup>3201</sup>

Aliás, como forma de compensar esta amputação do direito de sequela, a garantia passa a incidir sobre os bens que, entretanto, passem a fazer parte da universalidade (até mesmo na ausência de qualquer estipulação nesse sentido), revestindo-se a garantia de uma conotação predominantemente flutuante.<sup>3202</sup>

Analogamente, quanto aos bens fungíveis a sua substituíbilidade decorre da própria noção de fungibilidade, uma vez que o interesse das partes se dirige, não a um determinado bem, mas antes a uma determinada quantidade de um dado género de coisas, destarte consentindo que um bem seja comutado por outro sem prejuízo para os envolvidos no negócio (conquanto as partes possam, nomeadamente para segurança do credor, estipular a obrigatoriedade de manutenção de uma determinada quantidade destes bens).<sup>3203</sup>

As principais consequências práticas que decorrem desta diferenças são, por um lado, o facto de, nestes penhores, o credor não se poder opor aos actos de disposição (ou aos direitos de terceiros decorrentes desses actos), podendo apenas agir contra o empenhante, imputando-lhe responsabilidades pelos prejuízos causados (sobretudo quando a lei interdite a alienação sem o consentimento do credor); por outro lado e consequentemente, nestes penhores e em caso de execução, a garantia incidirá sobre os bens que, de dentre aqueles compreendidos no âmbito do penhor, se encontrarem no património do empenhante nessa data (não podendo, por isso, abarcar aqueles entretanto objecto de disposição, mas, ao invés, incidindo sobre outros entretanto reentrantes naquele património).

A menor relevância que os concretos bens onerados assumem, no âmbito das garantias sobre bens fungíveis, conduzem à sua qualificação como penhores irregulares, podendo a sua exclusão do âmbito dos direitos reais advir, sobretudo de uma perspectiva externa,<sup>3204</sup> da aproximação desta garantia aos negócios fiduciários e até a outros contratos,<sup>3205</sup> muito embora tal equiparação suscite algumas reticências.<sup>3206</sup>

---

<sup>3201</sup> Este é um aspecto em que o penhor, mesmo quando incida sobre universalidades e bens fungíveis (e, por isso, não seja qualificável como direito real, mas tão somente como garantia real), se afasta dos privilégios creditórios gerais, porquanto estes, nos termos do art.º 749.º, cedem perante qualquer causa legal de preferência constituída em momento anterior àquele em que o privilégio é invocado (o que significa, na prática, a cedência perante qualquer garantia real, com a eventual excepção da penhora). Ao invés, a preferência pignoratícia opera, conforme exposto no texto, com efeitos retroactivos sobre os bens onerados (ou sobre outros da mesma quantidade e espécie – no caso de bens fungíveis - ou aqueles que integram a actual configuração da universalidade empenhada, tratando-se de um penhor de universalidades). Esta diversidade de regimes pode explicar-se, em nosso entender, pela circunstância de o privilégio geral abarcar uma quantidade indeterminada (e indeterminável) de bens, enquanto o penhor, mesmo quando incida sobre bens fungíveis ou universalidades, possui um mínimo de determinabilidade quanto ao objecto onerado, destarte escapando ao rótulo de garantia genérica e que, por isso, deveria ser postergada por todas aquelas com um objecto ao menos determinável (acessoriamente, a diferença de regime também se pode ancorar na natureza totalmente oculta dos privilégios creditórios face à publicidade, imperfeita é certo, inerente à constituição do penhor).

<sup>3202</sup> Sobre este assunto, vide n.º 3.1 do Capítulo II.

<sup>3203</sup> Jean-François Riffard, ob. cit., pág. 62, relata mesmo que alguns regimes legais de garantias sobre bens fungíveis (como o *warrant* petrolífero) impõem essa necessidade de manutenção de um nível mínimo de bens onerados igual à quantidade acordada, sancionando o não cumprimento desta obrigação com a consumação do crime de descaminho de bens.

<sup>3204</sup> De acordo com Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 326 e segs., esta perspectiva externa é igualmente visível no penhor comum, no qual “*estamos perante uma situação em tudo análoga àquela que*

Esta posição parece sair reforçada pela expressa concessão ao credor pignoratício do direito de dispor, sob determinadas condições, dos bens onerados, como sucede no âmbito do regime do penhor financeiro,<sup>3207</sup> apesar de, mesmo nesse domínio, a doutrina não ser unânime quanto à qualificação a atribuir a semelhante garantia.<sup>3208</sup>

---

*encontramos no negócio fiduciário, já que se verifica, por via de regra, a entrega do bem empenhado ao credor pignoratício, o qual, perante terceiros, terá uma posição similar à do proprietário do bem, já que não existe forma indirecta de controlar a titularidade do bem, em virtude de não existir um sistema de publicidade capaz de informar sobre a situação do bem. Tal situação fica igualmente facilitada pelo facto de o regime legal do penhor, por via de regra, dispensar a redução a escrito do contrato, o que permite afirmar que, em algumas circunstâncias, o penhor surgirá como uma garantia oculta, em função de os restantes credores não poderem controlar as operações a que o bem está sujeito”.*

<sup>3205</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 338 e segs., recusa a identificação do penhor irregular com o mútuo (embora aceite que ambos partilham a transferência da propriedade, a função de garantia do penhor permite autonomizá-lo) e com o depósito irregular (dele se distinguindo pelo facto de neste apenas se pretender assegurar a custódia do bem, sem qualquer função de garantia). Todavia, frequentemente acontece que o depósito irregular bancário pré-existe relativamente à constituição do penhor irregular e, nestes casos, a função de custódia típica do depósito é suplantada pela função de garantia inerente ao penhor, de modo que o credor pignoratício poder-se-á satisfazer, em caso de incumprimento, através do mecanismo da compensação (ou seja, estaremos em presença de dois contratos justapostos – depósito e penhor irregulares – ligação esta que “fica obnubilada pela função de garantia perseguida pelo penhor irregular, na medida em que a transferência da propriedade das coisas dadas em garantia ocorre para possibilitar a realização da garantia, que fica sobremaneira facilitada pela legitimação para operar a dedução das quantias devidas, não estando obrigado a recorrer ao processo executivo de cariz judicial”).

<sup>3206</sup> Nega que o penhor irregular seja um negócio fiduciário Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 328, considerando que, no esquema contratual daquela figura, “a faculdade de apropriação – tendencialmente cristalizada e efectivada através da previsão de mecanismos de compensação – não passará de uma faculdade conferida ao credor, situação que, julgamos, impedirá a qualificação deste contrato como negócio fiduciário” (neste contexto, o Autor conclui que o penhor – e o penhor irregular também – é uma verdadeira garantia real, apresentando apenas uma analogia material com os negócios fiduciários).

<sup>3207</sup> Sobre este assunto, vide supra n.º 1.2.8.4 do Capítulo II.

<sup>3208</sup> Para Calvão da Silva, ob. cit., pág. 208, “a novel legislação considera regular o chamado penhor irregular, não raramente praticado: entrega em penhor de objectos fungíveis (dinheiro ou títulos de crédito), com o credor a adquirir a disponibilidade e tornar-se devedor da restituição do tantumdem”. Pelo contrário Diogo Macedo Graça, ob. cit., págs. 48 e 49, considera estarmos “na presença de um penhor irregular (...) que se consubstancia na entrega em penhor de dinheiro ou títulos de crédito e através do qual o credor adquire a disponibilidade e o poder de se tornar devedor de restituição do tantumdem. O titular da garantia pode alienar ou onerar o objecto dado em garantia, não obstante inexistir ainda uma qualquer situação de incumprimento”. Margarida Costa Andrade, ob. cit., pág. 20 e segs., questiona se, uma vez conferido ao credor pignoratício o direito de disposição dos bens onerados, não se estará, na realidade, a transferir a própria propriedade dos mesmos, respondendo negativamente, tendo em conta “a contraposição entre a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro ser feita pelo legislador em função de haver ou não transferência da propriedade com função de garantia: é característica do primeiro, mas não do segundo” (pelo que, se as partes pretenderem tal transferência, recorrerão à alienação em garantia e não ao penhor) e, por outro lado, porque “quando o legislador se refere ao poder de disposição do credor recorre à expressão “como se fosse proprietário”: ora, quem actua como se fosse não é proprietário” e, por último, “não há transferência da propriedade com a concessão do direito de disposição, logo porque, se o credor nunca o exercer, também o devedor se mantém proprietário ao longo de toda a vigência do contrato”. Todavia, em caso de exercício efectivo do direito de disposição, por parte do credor pignoratício, o panorama altera-se significativamente, podendo o devedor exigir do credor bens equivalentes aos alienados até ao momento do cumprimento da obrigação garantida, sendo entendido como proprietário dos valores mobiliários equivalentes desde o momento da constituição da garantia (art.º 10.º, n.º 3): em termos mais claros, uma vez exercido o direito de disposição, “o devedor pignoratício perde a propriedade e torna-se titular de um direito de crédito, só regressando à posição de proprietário com o cumprimento da obrigação do tantumdem (portanto, sobre bens diferentes daqueles que entregou ao credor (...)) o devedor perde a propriedade e, por isso, o poder de reivindicar junto do terceiro que tenha adquirido o bem empenhado ou que seja detentor por força de constituição de uma garantia pelo credor pignoratício financeiro, estando apenas habilitado a exigir do

As dúvidas acerca da natureza pignoratícia do penhor irregular advêm, precisamente, do direito de propriedade pretensamente adquirido pelo credor pignoratício relativamente aos bens empenhados, podendo utilizá-los como bem entenda, em claro contraste com as normas que regulam o penhor, as quais postulam a manutenção da propriedade dos bens empenhados no autor do penhor, embora a sua qualificação como garantia fiduciária não obste, inelutavelmente, à sua inclusão no âmbito das garantias reais, ao menos se a este conceito for atribuído um significado funcional, de maior amplitude.

Daí o surgimento de posições distintas,<sup>3209</sup> uma delas enquadrando o penhor irregular na órbita do instituto pignoratício, como um sub-tipo deste;<sup>3210</sup> uma outra,

---

*credor o cumprimento da obrigação de restituição do equivalente, sem poder, portanto, actuar junto de terceiro (...) de proprietário pleno e desonerado passa a proprietário não detentor onerado com um penhor, para depois passar (eventualmente, embora) a titular de um direito de crédito, junto do seu próprio credor e (ainda eventualmente) terminará como proprietário de pleno de instrumentos equivalentes como se do seu património nunca tivessem saído”. Em suma, esta Autora (pág. 26 e segs.), depois de negar que o penhor financeiro possa ser qualificado como um negócio em que o credor actua como representante do devedor (uma vez que, quando o credor pignoratício aliena ou onera o bem empenhado, fá-lo em nome próprio e por conta própria, isto é, “aliena ou onera, porque é titular de um direito de disposição sobre os instrumentos financeiros empenhados – o poder que exerce é seu, é exercido em seu próprio nome, para benefício próprio, nas condições que considerar mais indicadas para a sua actividade comercial”) ou como um vendedor numa relação de consignação (pois “enquanto no penhor financeiro o devedor pignoratício recebe capital logo no primeiro momento, na consignação o fornecedor só o recebe no momento final; e este capital é em forma de dinheiro, ao passo que o devedor pignoratício tem direito de exigir bens equivalentes aos onerados e só em caso de cumprimento da obrigação garantida”), ou ainda que estejamos perante um sub-penhor (uma vez que o credor pignoratício não é proprietário do bem empenhado) ou um penhor de bens perecíveis (não apenas porque os instrumentos financeiros não integram tal categoria, mas também tendo em conta que o regime ditado em alguns ordenamentos para a alienação deste tipo de bens não se coaduna com as especificidades dos instrumentos financeiros), esclarece que, apesar das similitudes (por serem ambos contratos reais quanto à constituição e quanto aos efeitos; por terem como objecto bens fungíveis, facilmente avaliáveis em dinheiro e passíveis de substituição por equivalente; e em razão de o garante se tornar titular de um direito de crédito à restituição de um objecto análogo ao originariamente empenhado), também não deverá ser qualificado com um penhor irregular (uma vez que, no penhor financeiro, se não produz a transferência da propriedade para o credor pignoratício, para além de esta garantia implicar a identificação do *quid* onerado – art.º 7.º, n.ºs 2 e 3 – “pelo que não pode haver qualquer confusão entre os bens que são empenhados e entregues ao credor pignoratício e os que no património deste já existissem eventualmente. Aliás, se assim não fosse, deitar-se-ia logo por terra a qualificação do penhor financeiro como direito real de garantia por violação do princípio da especificação (os direitos reais incidem sempre sobre coisas certas e determinadas, ainda que fungíveis). São, pois, perfeitamente identificados no património do beneficiário da garantia os valores mobiliários que são propriedade do devedor, não havendo, por isto, transmissão da propriedade por confusão”), sendo antes mais um penhor dotado de um regime especial (uma vez que, mesmo sendo pactada a concessão ao credor pignoratício do direito de disposição, “o devedor é proprietário de um bem certo e determinado (desde o momento da celebração do contrato de garantia financeira) e o credor é titular do direito de executar esse bem para ressarcir-se do incumprimento da obrigação garantida (desde a data da celebração do acordo de garantia financeira e mesmo que a coisa empenhada desde tal momento não tenha mais parado na detenção do devedor) (...). O facto de, antes do momento do vencimento, ter tido o poder de disposição em nada altera a natureza jurídica do direito – o que até é confirmado pela obrigação de restituição. E tal conclusão não mudará se houver pacto comissório, pois este é apenas um modo contratualmente previsto pelas partes para a execução – extrajudicial – da garantia”).*

<sup>3209</sup> Para uma resenha das diversas posições existentes, a este respeito, no direito francês, vide, por todos, Stéphane Piedelièvre, ob. cit., págs. 190 a 192. Em face do direito italiano, Realmonte, Il pegno cit., pág. 645 e segs. e Gabrielli, Il pegno cit., págs. 169 e 170, dão conta de posições que vão desde a qualificação do penhor irregular como uma garantia atípica, até ao seu enquadramento no âmbito dos negócios fiduciários, passando pela sua integração no penhor de créditos ou das alienações em garantia (mais concretamente, produzindo o mesmo resultado da execução forçada e dispensando o credor do recurso a esta, uma vez que o próprio *modus operandi* do penhor irregular propicia a obtenção do mesmo resultado,

argumentando tratar-se de uma figura distinta, que extravasa do âmbito do penhor e que reentrará, ora na órbita daqueles institutos que recorrem ao direito de propriedade com função de garantia,<sup>3211</sup> ora na das garantias atípicas.<sup>3212</sup>

---

com inegáveis vantagens em termos de custos e de tempo), por último, não sem que alguns neguem mesmo a produção do efeito translativo da propriedade.

<sup>3210</sup> Inclina-se para esta alternativa Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 175 (tendo, sobretudo, em conta a causa comum de garantia), assegurando ainda que a posição da jurisprudência dominante vai no sentido de configurar o contrato de penhor irregular como “*schema negoziale di portata generale ed assimilabile al pegno regolare, sia per il profilo strutturale della natura reale, sostenuta dalla attrazione della consegna nel suo momento perfezionativo, sia per il profilo funzionale della causa di garanzia che condivide con il tipo regolare*” (quanto ao diferente modo de manifestação do efeito real, este traduz-se, no penhor regular na criação de um *ius in re aliena*, oponível universalmente, enquanto no penhor irregular se concretiza na transferência da propriedade do objecto da garantia, obtendo o credor a satisfação do seu direito através do mecanismo da compensação – apenas surgindo dúvidas quando as obrigações a compensar decorram de um único negócio e estejam entre si ligadas por um vínculo de correspectividade que lhes exclua a autonomia, pois tal significaria afectar a própria eficácia do negócio, paralisando os seus efeitos). Por seu turno, Realmonte, *Il pegno* cit., pág. 649, alega ser a causa do penhor irregular a mesma do penhor regular (realçando que o “*per spiegare il meccanismo dell’incameramento delle cose date in pegno e la regola dei conguagli non è necessario riferirsi alla compensazione derivando essi dai principi generali che regolano il pegno ordinario*”). No mesmo sentido, entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 231 e segs., considerando que os tipos legais correspondem “*à normalidade das coisas*”, de modo que “*desde que seja mantida a imagem global de um determinado tipo, a especificação ou complexificação de alguns dos seus elementos identificativos não confrontará o intérprete com um tipo a se, dado que operará um fenómeno de recondução ao tipo global, pois existe apenas uma variabilidade de efeito – a transferência da propriedade – já que, no caso dos negócios irregulares, estamos perante situações em que os negócios têm por objecto coisas consumíveis ou fungíveis*”: partindo destes pressupostos, remata que “*o penhor irregular é um subtipo do contrato de penhor, pois consideramos que os negócios irregulares satisfazem as mesmas necessidades sociais dos respectivos negócios regulares*”.

<sup>3211</sup> Assim, Rubino, *Il pegno* cit., pág. 214, afirmando que o contrato de penhor irregular é um negócio fiduciário e “*rimane un tipo contrattuale a se stante*” face ao penhor. No direito espanhol, vide Jordano Fraga, ob. cit., págs. 308 e 309, destacando como o penhor irregular tem uma natureza transmissiva, uma vez que “*el acreedor garantizado se convierte en propietario del dinero o cosas fungibles que se le entregan, desde ese mismo momento de la recepción, pero, al mismo tiempo, asume la obligación (eventual) de restituir el tantumdem eiusdem generis de lo recibido, para el caso de que el deudor satisfaga, a su vencimiento, el crédito garantizado. En caso de incumplimiento de tal crédito, por el contrario, el acreedor garantizado imputará a su cobro el valor del dinero o de las cosas fungibles recibidas y apropiadas*”: nesta conformidade, conclui que o instituto “*es incompatible con un derecho real de garantía sobre cosa ajena a favor de éste: ni hay contrato de prenda, ni derecho real de prenda, ni preferencia crediticia que derive de éste*”, até porque a circunstância de o penhor irregular deter uma função de garantia não basta para o incluir na órbita dos direitos reais de garantia. Em termos coincidentes, Paz-Ares Rodríguez, ob. cit., pág. 1877, para quem a passagem da propriedade dos bens empenhados para o credor e a possibilidade de, em caso de incumprimento, o credor se apropriar dos bens recebidos em garantia, impede a integração desta figura no âmbito do penhor, concluindo, em conformidade, que “*malamente puede continuar llamándose prenda, al medio de garantía que no participa de dos de los elementos esenciales de tal derecho, pues el deudor pierde la propiedad de la suma de dinero que ha entregado en garantía y solo adquiere el derecho a reclamar la devolución de otro tanto de la suma entregada, mientras que el acreedor adquiere la propiedad de la suma entregada y se convierte en deudor de la devolución de otro tanto en caso de cumplimiento; estructura de garantía que en nada participa del derecho de prenda*” (para além disso, o Autor tem o cuidado de destacar a vantagem desta garantia face ao penhor, traduzida no evitar da alienação do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação principal), também Medina de Lemus, ob. cit., pág. 147 (escrevendo que “*en la prenda irregular no hay derecho real de prenda porque el acreedor adquiere no un derecho real limitado sino la propiedad misma. Y a su vez el constituyente o deudor adquiere frente al acreedor garantizado un contracrédito para la devolución de otro tanto igual a lo entregado*”), López, Montés e Roca, ob. cit., pág. 446 (“*Realmente no se trata de una modalidad de prenda, sino de un contrato de aseguramiento distinto, pues se transfiere al acreedor la propiedad del dinero o de otro objeto fungible, para que pueda satisfacer con ello su interés en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada*”), Guillarte Zapatero, *Comentario cit.*, pág. 508 (argumentando que o instituto não pode ser qualificado como uma modalidade do penhor, uma vez que apenas apresenta em comum com este uma



Mesmo para quem defenda o enquadramento do penhor irregular no seio das garantias pignoratícia, não é pacífico se constituirá um penhor de coisas ou de créditos,<sup>3213</sup> sugerindo até alguns uma dupla classificação em função do momento da

---

função de garantia, embora essa função seja alcançada de um modo radicalmente diverso – “*a través de un procedimiento más tosco: se alteran las respectivas situaciones de acreedor y deudor, atribuyéndose a éste la condición de aquél y viceversa*” -, não se criando nenhum direito real limitado, “*manteniéndose, por tanto, las relaciones entre los interesados en el ámbito de las puramente personales y sin eficacia frente a los terceros (...) como se pone de manifiesto, por ejemplo, por la falta de preferencia del presunto pignorante para recuperar las cantidades entregadas al acreedor, que si hicieron propias de éste, satisfecha la obligación asegurada*”), Albaladejo, Derecho civil III cit., pág. 723 (assegurando que “*Lo que constituye, pues, no un derecho real (del acreedor pignoraticio) en cosa ajena (del pignorante), sino un derecho de propiedad de aquél (que hizo suya la cosa al recibirla), con el simultáneo nacimiento de un derecho de crédito (del pignorante) a la devolución de otro tanto de lo mismo. Así pues, no se puede decir que jurídicamente haya prenda, si el llamado titular de este derecho, lo que recibe es realmente la propiedad de la cosa entregada, convirtiéndose en deudor de una obligación genérica, hacia el pignorante. Habrá si se quiere una prenda en sentido económico. Pero en sentido rigurosamente jurídico no hay prenda (derecho real en cosa ajena), sino una situación que en la práctica satisface también, a veces, los fines de aquélla, pues tratándose de asegurar el cumplimiento de una deuda, el aseguramiento se consigue, asimismo, si el acreedor recibe algo que hace suyo y que no se verá obligado a devolver en la cuantía en que el deudor incumpla la obligación asegurada*”) e Serrano Alonso, ob. cit., pág. 264 (escrevendo que “*no es una verdadera prenda porque en realidad el acreedor adquiere la propiedad del dinero recibido y se compromete a devolver en su día una cantidad igual que la que recibió*”, acrescentando ainda que nem sequer existe retenção sobre o bem onerado, nem tão pouco devolução deste, concluindo que o regime aplicável a esta garantia será o que for delineado pelas partes). No direito francês, Henri Mazeaud, ob. cit., pág. 172, embora com dúvidas, inclina-se também neste sentido, ao escrever que “*le créancier en devient propriétaire à charge de restitution. Le propriétaire dispose alors d’un droit exclusif sur lesdits biens: on se rapproche davantage de la cession fiduciaire que du gage à proprement parler*”. Qualificando o penhor irregular como uma cessão fiduciária, Aynés e Crocq, ob. cit., pág. 202, por entenderem que se produz uma transmissão da propriedade do bem empenhado Opta também por esta posição Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 301 e segs., alegando que a tal qualificação não obsta o facto de o objecto da garantia passar a integrar o património do credor, sendo o penhor uma garantia que incide sobre bens alheios, concluindo que “*O negócio é funcionalmente semelhante ao penhor, mas é estruturalmente, como se vê, diverso: tem por base uma transmissão em garantia (...) consiste num negócio fiduciário em garantia, que tem a particularidade de ter por objecto bens fungíveis*” (porém, o Autor ressalva aqueles casos em que o devedor já tenha depositado a quantia junto do credor – normalmente um banco – e a garantia passa a incidir sobre o crédito à restituição dessa quantia de que o devedor depositante é credor – ou seja, “*o banco torna-se dessa forma titular de um direito de penhor sobre um crédito a uma prestação de que é ele próprio devedor*” - figura, esta que não configura um verdadeiro penhor irregular).

<sup>3212</sup> Negando que o penhor irregular possa ser considerado como uma modalidade do contrato de penhor, considerando antes tratar-se de um contrato atípico, vide Barrada Orellana, ob. cit., págs. 218 e 219 (quando muito admite poder falar-se de penhor em sentido económico – devido à idêntica finalidade de garantia prosseguida pelos penhores regular e irregular – mas não jurídico, tendo em conta o diverso modo de funcionamento de cada um deles).

<sup>3213</sup> Neste sentido, já Salinas Adelantado, El régimen cit., pág. 257 e segs., para quem “*la prenda irregular es la prenda del crédito a la restitución del tantum contra el acreedor pignoraticio o en tercero depositario. Es decir, la prenda del crédito que tiene el sujeto que entregó el dinero para pedir la devolución de una cantidad equivalente a la persona que la recibió*”. A particularidade deste penhor face aos demais penhores de créditos reside no seu objecto, dado que “*al ser éste un crédito a la restitución de una cantidad de una cosa fungible, que es dinero o tiene un precio de mercado, la valoración del crédito en el momento de la ejecución de la garantía será mucho más fácil*”. Mais concretamente, como estamos perante um depósito irregular, o depositante pode pedir a restituição a qualquer momento: simplesmente, com a constituição do penhor essa faculdade passa a competir ao credor pignoratício que, contudo, apenas a poderá exercer em caso de incumprimento do devedor e se, como normalmente acontece, o credor pignoratício for também o devedor do crédito de restituição pode dar-se a compensação (embora o Autor alerte que se trata de uma compensação muito especial, porquanto “*la posibilidad que se concede al acreedor pignoraticio de cobrar el crédito objeto de la garantía no le convierte en acreedor de dicho crédito, como en el caso de que el objeto de la prenda fuesen bienes muebles la facultad que tiene de vender la cosa no le transforme en titular de ésta*”). De entre as figuras mais comuns de penhor irregular,

transmissão da propriedade do bem onerado,<sup>3214</sup> ou consoante o bem onerado seja entregue ao credor ou a terceiro.<sup>3215</sup>

---

o Autor destaca o penhor de saldos de depósitos bancários (com a particularidade de a compensação apenas se aplicar aos depósitos à ordem, uma vez que para os depósitos a prazo é necessário aguardar pelo seu vencimento ou, eventualmente, vender esse crédito; por outro lado, o penhor de um depósito em conta corrente implicará a imobilização do saldo do mesmo na data da constituição da garantia, a menos que as partes convençionem que o devedor pode retirar o excedente relativamente ao necessário para garantir as dívidas que tenha no momento do levantamento) e de carteiras de valores mobiliários objecto de um contrato de gestão (resultando o dinheiro da venda e do vencimento dos referidos valores – devendo subentender-se que as partes autorizam o gestor a reinvestir tais quantias na compra de novos valores, não se transformando esse dinheiro em objecto de um penhor irregular - e sobre os rendimentos que aqueles produzam – mas apenas desde que exista um pacto expreso no sentido de sujeitar tais rendimentos ao penhor, pois, caso contrário, operará o pacto anticrético e o credor pignoratício terá o direito a fazer seus tais quantias; de qualquer modo, deverão constituir-se dois penhores, um sobre os valores, outro sobre o saldo monetário, qualquer deles sujeito a limites quantitativos). Afina pelo mesmo diapasão Manzaneres Secades, ob. cit., pág. 1391 e segs., considerando que o depósito de dinheiro numa instituição bancária corresponde a um depósito irregular – “*en cuya virtud el Banco se convierte en propietario del dinero, ostentando el cliente un derecho de crédito frente al Banco para la restitución de la misma*” – pelo que a única forma que o depositante tem de dar esse bem em garantia é empenhando o seu crédito à restituição do *tantundem* da quantia depositada (mais especificamente, o dinheiro depositado pertence ao Banco “*ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el Banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. Lo único que a mi me queda es un crédito frente al Banco para la restitución de la suma entregada (...) Mi dominio se ha transformado en un crédito nacido de un contrato de depósito o de préstamo, y que obliga al depositario o prestatario a la restitución de la suma debida*”). Entre nós, vide a posição supra citada de Neves Oliveira, ob. cit., pág. 32 e segs. e também de Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 203 (realçando este último que “*por força da singularidade do bem empenhado, não pode ser dotado de natureza real – e, por conseguinte, não disporá da característica da sequela – pelo que se reduzirá, em princípio, a um simples direito de crédito, dirigido pela necessidade de restituição do tantundem*”), muito embora o Autor manifeste algumas dúvidas a este respeito, nomeadamente porque tal construção jurídica enfrenta o obstáculo decorrente do direito de disposição que assiste ao credor pignoratício (ob. cit., pág. 208). Esta qualificação do penhor irregular como penhor de créditos é sustentada, porventura com maior acuidade, nos casos em que o bem se encontrava previamente depositado nas mãos do futuro credor pignoratício, alegando-se que a transmissão da propriedade se operou com o depósito irregular anteriormente efectuado, sendo o objecto da garantia o crédito do empenhante à restituição do *tantundem*.

<sup>3214</sup> De acordo com Jordano Fraga, ob. cit., pág. 316 e segs., também no penhor irregular (à imagem do que sucede no penhor regular) o bem – e, neste caso, a sua propriedade - poderia estar em poder do credor em momento anterior ao da constituição do penhor (por exemplo, por força de um depósito irregular ou de um mútuo), produzindo-se uma novação do contrato original com a correspondente alteração do título da obrigação de restituição do bem (isto é, “*lo que antes era una restitución necesaria (...) se convierte ahora, tras la novación, en una restitución eventual, sólo para el caso de que el deudor cumpla la obligación garantizada*”). Todavia, as partes no contrato inicial restitutivo inicial (depósito irregular ou mútuo) podem ter pretendido assegurar um crédito de um modo alternativo ao penhor irregular, isto é, através de um penhor de créditos – *rectius*, cessão de um crédito em garantia de outro - em que “*ceder el tradens su crédito, por el tantundem, contra el accipiens, en garantía de un crédito de éste contra el primero*”, residindo a diferença face ao penhor irregular no facto de neste o vencimento (e incumprimento) do crédito garantido determinar a imediata e necessária imputação do crédito pela restituição do *tantundem* (através de um mecanismo de compensação imprópria), enquanto no penhor de créditos o crédito garantido e o cedido em garantia conservam a sua autonomia quanto ao respectivo vencimento (saber se quando, num determinado caso concreto, nos encontramos perante uma ou outra figura é questão que deve ser avaliada de acordo com a interpretação das declarações negociais das partes).

<sup>3215</sup> Na primeira hipótese, contrapõem-se os que qualificam a *fattispecie* como penhor – pese embora as adaptações ao regime deste impostas pela natureza fungível e consumível do *quid* onerado - e os que, pelo contrário, se inclinam para a sua equiparação a uma cessão fiduciária: o Autor adere a esta última posição, uma vez que “*L’opération entraîne, sans contestation possible, un transfert de la propriété qui est impossible en matière de gage*”. No caso de bem ser entregue a terceiro, alguns debate-se se estaremos perante um penhor de coisa ou um penhor de créditos (o Autor inclina-se para a primeira alternativa,

Em nosso entender, afigura-se inquestionável que o credor pignoratício, nas chamadas garantias irregulares, adquire (salvo convenção em contrário, caso em que o objecto da garantia deixa de ser fungível) a possibilidade de disposição do bem onerado, mas tal não será bastante para incluir a garantia em questão na categoria das garantias fiduciárias, pois tal possibilidade é uma mera consequência natural da fungibilidade do objecto da garantia, à qual é inerente a faculdade de substituição (nomeadamente em razão da disposição dos inicialmente onerados) do quid originário.

Advogamos, por isso, que a garantia pignoratícia pode abraçar mesmo os apelidados penhores irregulares, nos quais a faculdade de disposição dos bens onerados decorre da especificidade do objecto onerado, sobretudo atendendo ao equivalente desígnio funcional entre esta modalidade de penhor e aquela outra em que a garantia verse sobre bens não fungíveis.

De uma determinada perspectiva e em confronto com outras garantias cuja natureza pignoratícia é discutida, o penhor irregular assume um carácter ainda mais marcadamente pignoratício, porquanto, ao contrário de outras (por exemplo, as garantias sobre o estabelecimento comercial), retira inegavelmente ao empenhante o poder de disposição sobre os (concretos) objectos originariamente empenhados, destarte preenchendo um dos elementos do tipo legal desta garantia.

É esta mesma particularidade do objecto da garantia (encarado como parte de um género e não como bem em si) e não tanto uma aparente transferência da propriedade, que justifica a relativização da proibição do credor usar ou dispor do bem onerado (art.º 671.º, alínea b)).

Embora seja corrente que também o penhor irregular pressupõe a entrega do bem ao credor,<sup>3216</sup> é hipoteticamente concebível uma garantia mobiliária não possessória sobre bens fungíveis e, nessa hipótese, o empenhante não ficaria privado da faculdade de dispor, ao menos em sentido material, do bem empenhado (sendo até legítimo indagar em que medida uma garantia sobre uma universalidade homogénea não se encaixa nesta categoria).<sup>3217</sup>

Pelo contrário, não se nos afigura existirem obstáculos insuperáveis à inclusão na categoria dos direitos reais do penhor que incida sobre coisas incorpóreas,<sup>3218</sup> apesar das dúvidas, desde logo, decorrentes da ausência de um suporte físico relativamente ao qual o titular do direito possa exercer o seu direito e, depois, do facto de o próprio

---

alegando a existência de uma verdadeira tradição do bem para o terceiro) – sobre este assunto, Stéphane Piedelièvre, ob. cit., págs. 190 a 192.

<sup>3216</sup> Jordano Fraga, ob. cit., pág. 310, incluindo, por isso, o penhor irregular no seio dos contratos reais *quoad constitutionem* (vide também supra n.º 3.2 do Capítulo I).

<sup>3217</sup> Simplesmente neste caso - e à imagem do que vimos para as outras garantias que não pressupõem a privação do poder de disposição do constituinte da garantia – poderá duvidar-se de inclusão da garantia no âmbito do penhor.

<sup>3218</sup> A própria noção de “bem” é controvertida, oscilando entre uma acepção mais estrita (como coisas materialmente úteis ao Homem, susceptíveis de ser apropriadas e objecto de direitos reais) e outra mais ampla (abarcando todas as coisas que possuam um valor económico). Ora, segundo Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 109 e segs., na primeira acepção, todos os bens são corpóreos, o mesmo não sucedendo de acordo com a segunda, na qual reentram bens incorpóreos sobre os quais a lei admite a constituição de penhor: ora, segundo o Autor, não se tratará de um autêntico direito real, uma vez que a qualificação de tais bens como móveis representa apenas uma ficção (além de a distinção entre bens móveis e imóveis “*ne peut se comprendre que des choses matérielles et des droits dont elles font l’object (...) sans application rationnelle aux obligations de faire, aux droits intellectuels, etc...*”).

Código Civil estabelecer que o regime por si delineado para o direito de propriedade só é aplicável às coisas corpóreas (art.º 1302.º).<sup>3219</sup>

A adensar as reticências, deparamo-nos com a estrutura complexa destes direitos, nomeadamente da propriedade industrial e dos direitos de autor, que incluem, não apenas o direito à patente ou à obra em si mesmo, mas igualmente outros direitos derivados destes, como sejam as licenças,<sup>3220</sup> complicando ainda mais a resposta a dar à interrogação respeitante à natureza jurídica de um penhor com este objecto mesmo.<sup>3221</sup>

Por outro lado, importa ainda determinar se o beneficiário de um penhor com semelhante objecto fica ou não investido de um direito absoluto, no sentido de o poder

---

<sup>3219</sup> Pese embora o art.º 1303.º acrescentar que os direitos de autor e de propriedade industrial se encontram sujeitos a legislação especial (n.º 1), embora lhes seja subsidiariamente aplicável o regime do Código, desde que compatível com a natureza daqueles direitos e se for contrário ao dito regime especial.

<sup>3220</sup> Sobre este assunto vide Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 260 e segs..

<sup>3221</sup> Relativamente a este último aspecto Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 274 e segs., elenca as principais teorias que se perfilam, começando pela teoria do monopólio (inicialmente sustentada a propósito dos privilégios de impressão atribuídos aos editores), passando pela da propriedade (configurando este direito como um poder exclusivo, da mesma natureza que o direito de propriedade, constituindo uma subespécie desta) e pela do direito de personalidade (centrando a análise deste direito como forma de defesa da personalidade do autor e reputando como secundárias as faculdades de carácter patrimonial que eventualmente se consagrem) e terminando naquela que o configura como um direito *sui generis* (tendo em conta a especificidade do objecto deste direito). Tomando partido e depois de criticar as restantes posições (particularmente a do direito de propriedade – uma vez que as restantes parecem ter sido abandonadas – considerando que “*desconhece a essência do bem a que o direito de autor se refere – a obra intelectual. Esta, uma vez divulgada, comunica-se por natureza a todos os que dela participarem. Não pode estar submetida ao domínio exclusivo de um só. Quem recita um poema ou fixa numa folha de papel os contornos de uma obra de artes plásticas, está a fazer as utilizações a que a obra por natureza se destina*”), o Autor adere à primeira delas, afirmando que estes direitos não são reconduzíveis aos direitos subjectivos pessoais, reais ou obrigacionais (considerando esta solução válida igualmente para os direitos de propriedade intelectual, até por maioria de razão, uma vez que tais direitos estão sujeitos à prática de um acto administrativo de concessão de licença, relegando para segundo plano a invenção e tornando mais difícil ainda aludir a uma propriedade com estes contornos). Todavia, importa não esquecer que da conjugação dos art.ºs 1302.º (ao estabelecer que apenas as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade regulado no Código, implicitamente parece abrir a porta a outros direitos de propriedade sobre bens incorpóreos) e 1303.º, n.ºs 1 e 2 (ao determinar que os direitos de autor e de propriedade intelectual são regulados em lei especial e, por outro lado, ao mandar aplicar subsidiariamente a estes últimos o regime da lei civil geral), parece decorrer um argumento a favor da tese do direito de propriedade. Em termos análogos e em face do direito francês, Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., págs. 264 a 269, depois de refutar as reticências à aceitação de um direito de propriedade sobre este tipo de bens - quer no que toca ao seu carácter temporário (sublinhando a existência de diversas propriedades temporárias, mesmo sobre coisas corpóreas, até porque o direito sobre estes bens incorpóreos dura enquanto durar o seu objecto, isto é, enquanto existir o monopólio de exploração atribuído ao seu titular: em suma, perpetuidade significa “*durée maximale de la chose, telle qu’elle résulte de sa nature particulière (...) pas une éternité du droit, mais plutôt toute permanence possible*”), quer relativamente à existência de um direito moral que o excluiria da órbita patrimonial (contrapondo a Autor que o direito moral está directamente ligado à outorga de um monopólio de exploração, sendo “*secondaire par rapport au droit de propriété et ne fait que contrarier le régime habituel du droit de propriété*”) e que leva ao surgimento de uma nova categoria de direitos patrimoniais -, opta pela qualificação como direito de propriedade (alegando que as especificidades deste direito não justificam a criação de uma categoria autónoma de propriedade), não só porque estabelecem uma ligação directa entre o titular do direito e o seu objecto (sem intromissão de qualquer outro sujeito), mas também porque os poderes atribuídos ao seu titular se aproximam dos conferidos ao titular de um direito de propriedade comum (como sejam a exclusividade – podendo impedir outrem de perturbar o seu direito e conferindo ao seu titular o direito de uso e disposição do bem - e a natureza absoluta, que lhe permite usufruir, de forma ilimitada, das faculdades conferidas pelo monopólio de exploração exclusivo).

opor a todo e qualquer sujeito que perturbe, especialmente quando se trate de um direito derivado.<sup>3222</sup>

Não surpreende, por isso, que tradicionalmente enfrente grande resistência a admissibilidade de direitos reais sobre direitos de propriedade intelectual<sup>3223</sup> (sendo a teoria dos direitos sobre direitos uma das vias seguidas para enfrentar tais obstáculos),<sup>3224</sup> acantonando os direitos reais ao domínio das coisas corpóreas<sup>3225</sup>

Em nosso entender, o reconhecimento normativo da admissibilidade de propriedade e de outros direitos reais sobre bens incorpóreos (*maxime* propriedade intelectual, industrial e/ou direitos de autor) é bastante para a inclusão de um garantia

---

<sup>3222</sup> Oliveira Ascensão, A tipicidade cit., pág. 266 e segs., entende ser necessário distinguir, em face da legislação vigente à época, entre os direitos de propriedade intelectual (os quais, mesmo que derivados, gozam de carácter absoluto) e os direitos de autor (caso em que apenas os negócios de transmissão, mas já não os de autorização, possuem tal característica).

<sup>3223</sup> A doutrina clássica ou tradicional dos direitos reais – que configura estes como conferindo ao seu titular um poder directo e imediato sobre um determinado bem – pressupõe como objecto destes direitos bens corpóreos, considerando que os bens imateriais – e, particularmente, os direitos de natureza intelectual – não são destinados a apropriação, não podendo as ideias ser objecto de um direito de propriedade (ou de outro direito real), pois esta pressupõe uma posse exclusiva (Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 385). Posteriormente, alguns Autores vieram admitir a constituição de direitos reais sobre coisas incorpóreas de natureza intelectual, ora distinguindo entre o direito de personalidade e o direito real (sendo este último passível de cessão, alienação e oneração), ora afirmando que o direito de propriedade industrial também impõe um dever geral de abstenção (e, por isso, apenas diferindo da propriedade sobre bens materiais pela natureza do respectivo objecto).

<sup>3224</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 386 e segs., alegando que, segundo esta teoria, os direitos reais sobre outros direitos resultam da atribuição a um determinado sujeito de um direito pertencente a outrem, assemelhando-se aos direitos sobre coisas materiais no que respeita à sua construção dogmática, mas destes se distinguindo quanto ao seu conteúdo, quanto às prerrogativas que concedem ao seu titular (alguns Autores chegam mesmo a distinguir entre uma propriedade material – tendo como objectivo proteger o direito de usar e consumir os bens, garantindo a respectiva posse – e uma propriedade jurídica – conferindo ao seu titular direitos de disposição e de administração e recaindo sobre a propriedade material – sendo um direito sobre outro direito, conferindo ao seu titular o gozo jurídico do bem e surgindo os chamados direitos reais menores como desmembramentos desta propriedade jurídica). Contudo, o Autor refuta tal concepção, alegando que os direitos reais “*ne peuvent être considérés comme des biens incorporels parce que la notion de bien suppose nécessairement la prise en considération de l’objet du droit: envisagés en tant que biens, unis à leur objet, tous les droits réels sans distinction constituent des biens parce qu’ils ont pour objet des choses matérielles et les utilités de celles-ci*” (para além disso, se o direito real consiste na retirada das utilidades do bem, “*si cette chose peut être un autre droit, comme tout droit procure à son titulaire certains avantages, ce seront ces avantages qui feront l’objet du droit supérieur, et on aboutit alors à la confusion du droit supérieur et du droit inférieur*”).

<sup>3225</sup> Vide, por todos, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 407 e segs., escrevendo, a propósito dos direitos intelectuais, que, apesar de a ideia se materializar em determinados bens corpóreos e ser susceptível de utilização privativa, o facto de a ideia apenas poder ser economicamente explorada se concretizada num símbolo exterior demonstra a impossibilidade da sua assimilação aos bens corpóreos (e, *a fortiori*, a sua inclusão no âmbito dos direitos reais). Com efeito e segundo o mesmo Autor (ob. cit., pág. 437 e segs.), não estaremos perante uma afectação directa e especial de um bem em benefício do credor, uma vez que os direitos intelectuais “*ne constituent pas par eux-mêmes des richesses et n’ont pas pour objet des richesses mais des services ou des oeuvres intellectuelles, c’est-à-dire idées ayant une valeur soit esthétique ou littéraire, soit industrielle ou commerciale et susceptible d’exploitation parce que concrétisées dans un symbole extérieur*”: ainda assim, o Autor admite que tais bens possam ser objecto de avaliação e afectos ao pagamento de um crédito, qualificando os direitos que recaiam sobre tais bens como direitos de segundo grau “*ayant pour objet la valeur pécuniaire de l’objet (...) du droit intellectuelle*” (ou seja, estaremos perante um desmembramento do direito intelectual - do mesmo modo que o penhor de bens corpóreos constitui um desmembramento do direito de propriedade – de forma que “*en transférant à son propre créancier le droit de faire vendre (...) l’oeuvre intellectuelle pour se faire payer sur le prix, le titulaire du droit (...) démembre son droit, en ne conservant sur le service ou l’oeuvre qui fait objet du gage, qu’un droit qui n’envisage plus ce bien que dans son individualité, et non en tant qu’il représente une certaine valeur pécuniaire*”).

com objecto similar no âmbito dos direitos reais de garantia, tanto mais que o credor pignoratício goza de prerrogativas (preferência e sequela) em tudo análogas às outorgadas ao titular de um direito desta natureza.

A questão que, no nosso juízo, se deve colocar é a de saber se essas garantias (ou esses direitos reais de garantia), serão incluíveis na órbita do penhor ou, ao invés, da hipoteca: ora, atendendo a que uma das características essenciais e distintivas do penhor é a perda, por parte do constituinte, do poder de disposição do bem onerado, não poderão ser consideradas como penhor todas as garantias mobiliárias sobre bens incorpóreos em que o constituinte não perca as utilidades decorrentes do bem empenhado, como acontece quando o *quid* onerado seja um “bem de exploração”, relativamente ao qual e não obstante a constituição de um ónus, o devedor mantém o direito de uso – é o que sucede com a generalidade dos direitos de propriedade intelectual e industrial e com o estabelecimento comercial.<sup>3226</sup>

De entre os bens incorpóreos, merece especial referência o penhor de créditos, cuja natureza jurídica é amplamente discutida, contrapondo-se várias teorias,<sup>3227</sup> mas,

---

<sup>3226</sup> Para mais desenvolvimentos sobre estas garantias e os poderes de que o credor pignoratício dispõe, vide supra n.º 3.5 do Capítulo I e n.º 1.2.8 do Capítulo II.

<sup>3227</sup> Atendendo às proporções que esta discussão atingiu, limitamo-nos, nesta sede, a reenviar, acerca esta matéria, para alguns Autores que traçam um panorama geral a este respeito, como sejam Lisanti-Kalczynsky, ob. cit., pág. 92 e segs., Cano Martínez de Velasco, ob. cit., págs. 85 a 87 e, em termos mais abrangentes, Pace, ob. cit., pág. 60 e segs.. Este último Autor, distingue quatro teorias essenciais, uma primeira que qualifica o penhor de créditos, tal qual o penhor em geral, como um direito real (tendo como objecto o próprio crédito empenhado, pois se a noção de coisa – entendida como tudo aquilo que pode ser objecto de direitos – engloba os direitos, nenhum obstáculo se ergue a que estes últimos sejam objecto de direitos –, destarte configurando a figura dos chamados direitos sobre direitos; para além disso, socorrem-se os partidários deste entendimento da regulamentação legal conjunta do penhor de coisas e do penhor de créditos); uma outra que o analisa como um mero direito de natureza obrigacional; uma terceira perspectiva que separa claramente o penhor de coisas do penhor de créditos, vislumbrando neste último uma cessão de créditos condicionada (de modo a precaver um eventual incumprimento da obrigação garantida); e um último entendimento, com diversas versões, que afirma a identidade de conteúdo económico, mas a diversidade de estrutura jurídica entre o penhor de coisas e o penhor de créditos. Numa perspectiva diversa, podemos distinguir as teorias respeitantes à natureza do penhor de créditos analisado separadamente a da sucessão constitutiva (para a qual o direito do credor pignoratício é o resultado do desmembramento das faculdades que compõem o direito de crédito, tendo um conteúdo mais restrito que este, mas comungando da mesma natureza de direito de crédito, ou seja, tendo carácter pessoal e não real); da cessão com fins de garantia (tendo em conta a identidade de requisitos formais para a cessão e o penhor de créditos, assumindo a finalidade diversa relevância unicamente para a diversidade de alguns efeitos produzidos pelos dois negócios) ou de uma cessão limitada à finalidade de garantia (de acordo com a qual o credor pignoratício só é cessionário do crédito empenhado na medida necessária para a garantia do seu crédito, nomeadamente conferindo-lhe legitimidade exclusiva para cobrar o crédito empenhado, negando ao constituinte da garantia o direito de dispor novamente do crédito onerado); ou do penhor antecipado da coisa objecto do crédito (que concebe como objecto desta garantia, não o crédito em si, mas o objecto de tal crédito e, com este ainda não se encontra no património do empenhante, apenas se poderá constituir um direito eventual de penhor, que se perfeccionará apenas no momento em aquele se torne proprietário, atribuindo-se ao credor pignoratício o direito de cobrança de tal crédito). Também Salvatore Romano, ob. cit., pág. 19 e segs., procede a um exame detalhado das várias teorias que negam a natureza real do penhor de créditos, quase todas elas enquadrando-o no âmbito da cessão de créditos, ora condicionada ao não cumprimento da obrigação garantida, ora limitada a determinados poderes relativamente ao crédito cedido, ora cooptativa (segundo a qual coexistem a titularidade do empenhante e do credor pignoratício, os quais e transformam em credores solidários do terceiro devedor do crédito empenhado), ora constitutiva (em que o direito do cedente se mantém, mas nascendo um direito menor que é transmitido), ora translativa (em que o direito passa, totalmente ou numa das suas quotas, para o outro sujeito): o Autor que as limitações aos efeitos naturais da cessão, nomeadamente à transmissão plena da titularidade do crédito, apenas servem para justificar a diversidade de efeitos e a impossibilidade de recondução do penhor à cessão de créditos.

essencialmente, os que incluem<sup>3228</sup> e os que excluem<sup>3229</sup> semelhante garantia do domínio dos direitos reais,<sup>3230</sup> não faltando, porém, quem relativize a importância desta querela.<sup>3231</sup>

<sup>3228</sup> Vide, por todos, Cruz Moreno, ob. cit., pág. 1279, qualificando o penhor de créditos como um verdadeiro penhor e, por isso, como um autêntico direito real (entendido este como “*la sujeción directa e inmediata de una cosa determinada al poder del titular de aquél, sujeción que tiene eficacia erga omnes y que se ha de entender referida a los fines perseguidos por el derecho real*”, até porque não há razão para limitar tal categoria apenas aos direitos que conferem uma faculdade de uso de um bem e, pelo contrário, “*la facultad de instar su ejecución, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre, y el derecho de cobro preferente sobre el producto obtenido suponen una sujeción directa de esta al cumplimiento de una obligación (...) sujeción real, de manera que pueda crearse una situación en la que se garantiza plenamente al acreedor pignoratício la efectividad de su derecho, sin privar al titular del objeto dado en garantía del suyo*”), partindo da unidade conceptual do penhor e configurando o seu objecto como o “*valor patrimonial del bien en cuestión*” (até porque o conceito de coisas – como tudo o que pode ser objecto de direitos, pelo menos de carácter patrimonial – não se restringe às coisas corpóreas e o direito de crédito “*además de tener un valor en el patrimonio de su titular tiene un valor en cambio, permitiéndose su coisificación*”), concluindo pela aplicação do regime legal do penhor (“*La falta de regulación de la figura no impide considerarla como tal, arguyendo que en nuestro Derecho rige la regla del numerus clausus respecto a los derechos reales de garantía, pues considero que se trata de la misma figura que está en nuestro Código Civil, cuyas normas deben, simplemente, ser objeto de una interpretación adaptadora*”), embora com especificidades ditadas pela natureza do *quid* onerado (nomeadamente ao nível da constituição e da execução da garantia).

<sup>3229</sup> Neste sentido, vide, por todos, Pace, ob. cit., pág. 60 e segs., rejeitando a qualificação do penhor de créditos como direito real, especialmente se fundada na tese dos direitos sobre direitos (alegando que uma coisa tem existência independente, enquanto um direito “*è una posizione rispetto alla cosa e non è concepibile senza riferimento all’individuo, come oggetto isolato nem mondo esterno*”, o que, no caso do penhor de créditos, “*non significa che il credito è oggetto di un diritto, ma che il credito deve subire la concorrenza di un diritto, da esso derivato, sullo stesso oggetto. Non di diritti su diritti, quindi, si dovrebbe parlare, ma di diritti da diritti*”: nesta conformidade, não compreende como o titular de um direito obrigacional possa criar um direito de natureza real – pois ninguém pode transmitir mais direitos do que aqueles que possui – e, para mais, quando a execução desse pretensão direito real requer o concurso do devedor principal. Mesmo alguns ajustamentos feitos a este teoria dos direitos sobre direitos – nomeadamente distinguindo o aspecto subjectivo do direito, como um poder inerente ao seu titular e respeitante às relações entre as partes na relação de garantia, do aspecto objectivo, traduzido na sua objectivação ou codificação nas relações com terceiros – não alteram a posição do Autor, porquanto “*se nu diritto deriva da un altro, non può che dirigersi nella stessa direzione del diritto progenitore e, se ha come fonte quest’ultimo, non può averlo contemporaneamente ad oggetto*”), contestando igualmente a tese da cessão condicionada (uma vez que “*La cessione implica trasferimento della titolarità del credito dal cedente al cessionario; il pegno, invece, implica garanzia, cioè destinazione del diritto ad uno scopo, pur rimanendo nel patrimonio del debitore*” e, por outro lado, que a aquisição da propriedade, embora sob condição, por parte do credor pignoratício significaria que este poderia dispor do crédito recebido em garantia, o que a lei proíbe), a da cessão *pro solvendo* (ao equiparar este negócio ao penhor de créditos, esquece a natureza translativa da propriedade daquele), da cessão concorrente, que apresenta a especificidade de, face às duas anteriores, de realçar que o empenhante não perde a titularidade do crédito empenhado, de maneira que “*Il creditore pignoratizio rimane titolare del credito, ma subisce una limitazione nell’esercizio del suo diritto dal diritto dal creditore pignoratizio, che ha uguale natura e contenuto dal suo: ambedue sono contitolari solidali del credito di fronte al terzo debitore*” (pois a solidariedade entre o empenhante e o credor pignoratício contrasta com a impossibilidade de o terceiro devedor do crédito empenhado pagar ao primeiro), da cessão limitada (que concebe o penhor como uma particular espécie de cessão, em que os poderes do cessionário são limitados à finalidade do penhor, antecipando o penhor a aquisição do objecto da prestação do crédito onerado: esta posição é criticada, desde logo, por não se poder falar da atribuição ao credor pignoratício do direito de exigir o crédito empenhado como um direito próprio deste – pois não dispõe de nenhum direito relativamente ao devedor do crédito cedido – e, por outro lado, por resultar vazio de conteúdo um crédito desprovido do direito de exigir o seu cumprimento e, finalmente, porque não explica como, uma vez extinta a garantia, a titularidade do crédito regresse ao empenhante sem que ocorra um posterior acto de retransferência de tal direito), da sucessão constitutiva (teoria de âmbito mais geral, comum aos diversos direitos reais – entendidos como um direito que supõe um outro mais extenso, funcionando aqueles como um ónus deste, limitando as faculdades de exercício deste último, comungando ambos da mesma natureza – embora com

---

adaptações específicas ao penhor de créditos, ora concebendo este como o direito do credor a uma prestação positiva por parte do terceiro devedor do crédito onerado; ora, um dever negativo de não pagar ao empenhante, mas, em qualquer caso, negando a natureza real deste. O Autor, apesar de reconhecer ao credor pignoratício a faculdade de conservar o crédito empenhado – podendo até proceder à respectiva cobrança, quando o crédito empenhado se vença antes do garantido ou, vencendo-se depois, tenha por objecto uma coisa diversa do dinheiro, pois neste último caso, deverá aguardar pelo vencimento do crédito onerado – advoga não ser verdade, ao contrário do sustentado pelos partidários desta doutrina, que nas relações entre o credor pignoratício e o empenhante, à limitação do direito deste último corresponda o surgimento de um direito por parte do primeiro e tão pouco que, nas relações entre o credor pignoratício e o terceiro devedor do crédito empenhado, aquele tenha um direito à prestação e este um dever de nada fazer que pudesse prejudicar o penhor: com efeito, não explica como o terceiro devedor pode ficar obrigado para com o credor pignoratício se este não foi parte no contrato de garantia; por outro lado, se a atribuição a um sujeito do direito de exigir um determinado crédito equivale a atribuir-lhe o próprio crédito, não faz sentido falar de titularidade quando o direito de cobrar foi atribuído a outrem; finalmente, porque se o terceiro deve pagar ao credor pignoratício, isso não altera a circunstância de o seu devedor ser o empenhante, sendo esta relação obrigacional que aquele pretende extinguir, mesmo quando paga ao credor pignoratício), do exercício de um direito alheio (na medida em que o credor pignoratício, quando cobra o crédito onerado, apenas faz valer indirectamente a sua garantia, mas actua sobretudo no exercício dos poderes conferidos ao empenhante: este tese é criticada por não explicar como um sujeito possa exercer contemporaneamente um direito próprio e um direito alheio relativamente ao um mesmo destinatário e, ainda, por não permitir compreender como o exercício de um direito não implica directamente o exercício do direito principal), concluindo que o penhor de créditos não é um direito real, nem a sua constituição origina uma cessão de créditos, embora do ponto de vista funcional (escopo de garantia), possa ser equiparado ao penhor de coisas. Já Chironi, ob. cit., pág. 487 e segs., qualifica o penhor de créditos como uma cessão em garantia – não podendo ser considerado um direito de garantia por incidir sobre um crédito – com a especificidade, face à cessão comum, de o fim de garantia não implicar a transferência da titularidade do crédito para o cessionário (assim consentindo ao empenhante constituir plúrimas garantias sobre o mesmo crédito, até porque o especial modo de constituição do penhor de créditos, dispensando a entrega do bem ao credor, não requer a posse efectiva do bem). Garcia Vicente, *La prenda cit.*, pág. 25 e segs., partindo da inadmissibilidade de cessões fiduciárias plenas de créditos (ou, pelo menos, da impossibilidade de as mesmas poderem operar uma transferência plena dos créditos cedidos, o que impõe a requalificação da garantia de modo a sujeitá-la às regras próprias destas últimas), qualifica o penhor de créditos como uma cessão limitada ou parcial de créditos, com o consequente desmembramento das faculdades inerentes ao quid onerado entre cedente e cessionário, mas sem que tal impeça a aplicação de diversas normas do regime geral do penhor (como a da acessoriedade e da exigência de titularidade do bem a onerar por parte do constituinte da garantia), porventura com algumas adaptações (por exemplo, admitindo a constituição do penhor por acto unilateral de um dos vários devedores solidários – de acordo com o art.º 1141.º do CCE, nos termos do qual “*Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos*” e com o art.º 1143.º, que dispõe que “*La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación (...). El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación*”). Por seu turno Aranda Rodríguez, ob. cit., pág. 67 e segs, baseando-se na rejeição da existência de posse sobre um crédito e na impossibilidade de conceber o direito de crédito como objecto do direito real de penhor (considerando que os direitos não são coisas – sendo a sua inclusão no âmbito das coisas incorpóreas uma ficção legal, destinada a aplicar aos direitos o regime dos bens móveis ou imóveis, até porque “*Si los bienes son muebles o inmuebles por el criterio de su movilidad, basado en la naturaleza física de las cosas corporales, es una contradicción incluir en ella los derechos que de por sí no tienen consistencia física*” e, por outro lado, “*Los derechos reales se consideran bienes inmuebles en atención a las cosas sobre las que recaen. Por contra, todos los derechos de crédito son considerados bienes muebles. En ellos no se atiende al objeto sobre el que recaen (conducta), ni al objeto de la prestación (cosa mueble, inmueble, servicio, conducta omissiva)*”), pelo que a sua integração na noção de coisa radica no facto de os direitos de crédito fortalecerem o património do respectivo titular – e que mesmo o alargamento do significado de “coisa” de modo a abranger tudo o que pode ser objecto de relações jurídicas não permite concluir que “*todos los derechos pueden ser objeto de otro derecho, ni que el derecho de crédito es una cosa mueble incorporal que tiene un valor económico y puede ser objeto de las mismas relaciones que las cosas corporales*”, repudiando assim a teoria dos direitos sobre direitos e constatando que o objecto dos direitos



de crédito é a conduta do devedor, a qual pertence ao lado passivo do património deste e, por isso, “*La satisfacción del acreedor depende totalmente de la realización de dicha conducta. Hasta el término pactado para el cumplimiento, el acreedor no tiene más que una serie de facultades para evitar el incumplimiento del deudor*”), traduz-se na qualificação do direito do titular de um penhor de créditos como um mero direito pessoal, entendendo tratar-se de um negócio jurídico de cessão (definido este como uma categoria de contratos com diferentes causas, tendo como pano de fundo comum a circunstância de incidirem sobre um crédito) com causa de garantia, mas limitada (uma vez que a causa de garantia impede a transmissão plena do crédito), gerando uma situação de titularidade concorrente (porquanto “*el pignorante-cedente no quiere transmitir la titularidad del derecho al acreedor pignoraticio-cesionario, sino únicamente, como ocurre en los casos de prenda, transmitirle una serie de facultades que le permitan actuar sobre el tercero-deudor, como lo haría el pignorante-cedente en determinados supuestos en que podría peligrar la garantía*”), negando natureza real ao direito do credor pignoraticio em razão da ausência da característica da imediação (uma vez que o credor “*no tiene un poder directo e inmediato sobre el crédito, sino que necesita la colaboración tanto del pignorante como del mismo deudor cedido*”) e qualificando-o antes como um direito obrigacional com efeitos reais (obrigacional no que concerne à relação entre o credor pignoraticio e o devedor do crédito cedido e real nas relações com o seu devedor e com terceiros – especialmente os credores daquele –, ou seja, “*un derecho sobre la situación jurídica que ostenta el pignorante derivada de la titularidad del derecho de crédito. Esse derecho consiste respecto del deudor del crédito afectado en garantía en el poder del acreedor pignoraticio de exigir y cobrar el crédito; respecto del pignorante, en la limitación de sus facultades de administración y conservación del derecho, así como de su libre disposición; y respecto a los terceros (sucesivos adquirentes o acreedores del pignorante), porque han de soportar la carga que sobre el crédito implica el derecho del acreedor pignoraticio*”). A amplitude das facultades outorgadas a cada um dos contitulares do crédito empenhado - e, em particular, ao credor pignoraticio - depende das vicissitudes do objecto do respectivo direito, variando consoante ainda não se tenham vencido os créditos empenhado e garantido (embora o empenhante mantenha o poder de disposição sobre o crédito empenhado, tal facultade encontra-se restringida por força da garantia e, caso a disposição ocorra antes do vencimento do crédito onerado, deverá o empenhante dar conhecimento da projectada cessão ao credor pignoraticio, informando-o igualmente da identidade do cessionário; para além disso, assiste ao credor pignoraticio o direito de cobrar os juros do crédito empenhado, devendo, para o efeito, notificar antecipadamente o devedor do crédito onerado; pelo contrário, ao empenhante cabe realizar todos os actos convenientes para evitar a extinção do crédito onerado ou, no limite, informar o credor pignoraticio da necessidade de realização de tais actos – v.g., interromper a prescrição), se tenha vencido apenas o primeiro, mas não o segundo (sendo a principal dívida, a este respeito, a relativa à legitimidade para exigir o cumprimento do crédito onerado: o Autor sustenta ser ao credor pignoraticio que compete tal acto – por sobre ele recair o dever de conservação e administração do *quid* onerado e tal exigência de cumprimento traduz-se na conservação da sua garantia –, embora advirta que para receber a dita prestação apenas assiste legitimidade a ambos, conjuntamente: uma vez efectuada a cobrança, se a prestação correspondente ao crédito onerado era dinheiro, a garantia transforma-se num penhor irregular, adquirindo o credor pignoraticio a sua propriedade, mas com a obrigação (eventual) de a restituir em caso de cumprimento da obrigação garantida, no momento do vencimento desta; pelo contrário, se o objecto for a prestação de um coisa diversa, modifica-se o objecto da garantia, passando esta a incidir sobre tal bem) ou se dê a situação inversa (nesta hipótese - ou seja, vencido o crédito garantido mas não o onerado -, o Autor distingue consoante o crédito onerado tenha por objecto dinheiro – caso em que atribui ao credor pignoraticio o poder de cobrar e imputar, por via de compensação, o valor cobrado à satisfação do seu crédito, sem que tal viole a proibição do pacto comissório, uma vez que o *quid* empenhado “*tiene un valor nominal y no puede subestimarse en detrimento del pignorante*”e, por isso, se enquadra nas convenções marcianas - ou outro bem diverso, caso em que o credor pignoraticio deverá proceder à respectiva alienação, atenta a vigência da proibição do pacto comissório).

<sup>3230</sup> Entre nós, Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 55, nota 146, traçando um panorama da doutrina nacional, distinguindo entre os que excluem o penhor de créditos da órbita dos direitos reais de garantia (invocando ser o seu objecto uma prestação), os que o incluem nessa categoria (seja defendendo a figura dos direitos sobre direitos, seja aludindo à identidade de função com o penhor de coisas e à consagração legal de um modelo unitário do penhor aplicável independentemente do objecto, seja concluindo tratar-se de uma afectação, embora *sui generis*, com o mesmo objectivo do penhor de assegurar o pagamento preferencial de um crédito).

<sup>3231</sup> Desvaloriza a questão respeitante à natureza jurídica do penhor de créditos Finez Ratón, ob. cit., págs. 154 e 155, entendendo que as discussões à volta desta questão redundam num mero ciclo vicioso, uma vez que “*Se parte de una supuesta naturaleza jurídica para atribuirle un régimen y consecuencias*

A esta questão não é alheia a delimitação do objecto de semelhante garantia, debatendo-se se será o próprio crédito ou, pelo contrário, a prestação que dele resulta.<sup>3232</sup>

À primeira vista, poder-se-ia pensar que, à imagem do defendido a respeito das universalidades e dos bens fungíveis, o penhor de créditos constituiria uma garantia real das obrigações e não um direito real, porquanto apesar de conferir ao seu titular um direito de preferência, não lhe atribui o poder de sequela (não tanto por não incidir sobre um bem certo e determinado, mas antes por recair sobre um direito de crédito).<sup>3233</sup>

---

*jurídicas aplicables*”, sustentando um método diametralmente oposto que passa por “*observar en concreto las intenciones de las partes y los específicos efectos del negocio*”: partindo desta premissa, o Autor alvitra que o penhor de créditos, ao implicar uma transmissão parcial do crédito onerado (ou uma contitularidade do mesmo entre o credor pignoratício e constituinte da garantia), deverá reger-se, essencialmente, pelas normas respeitantes ao penhor e à cessão de créditos, mas sem identificar o negócio com esta última (uma vez que na cessão, ao contrário do penhor, o credor garantido adquire a titularidade plena do crédito recebido em garantia). Também Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1569 e segs., aderem a esta perspectiva de relativização do interesse da discussão acerca da natureza jurídica do penhor de direitos em geral (incluindo os créditos), entendendo ser pacífico que no penhor de créditos há um direitos que é objecto de outro (desde que se dissocie as competências atribuídas pelo direito onerado ao seu titular e ao credor pignoratício, em necessidade de “*indagar en el objeto y naturaleza del derecho gravado para explicar el derecho de prenda que nace. Esa adscripción o atribución de competencias realizada por medio del derecho de prenda tiene eficacia absoluta, como toda adscripción. Que el derecho cuyas facultades se disocian actúe a veces sólo frente al deudor, y otras frente a cualquiera es algo que dependerá de que el derecho sea real o de crédito, pero no del derecho de prenda*”), sendo apenas discutida a natureza real ou obrigacional de tal direito: a este respeito, os Autores entendem que o penhor, como os demais direitos limitados, terá a natureza do direito do qual se desmembram, pelo que o penhor de créditos terá forçosamente carácter obrigacional, sem efeitos relativamente a terceiros (porém, os próprios admitem que o BGB depõe em sentido contrário, ao qualificar o penhor de créditos como direito real limitado, produzindo efeitos, tanto contra o titular do crédito onerado, como frente aos credores deste, de forma que não é afectado por concurso de credores do titular do crédito empenhado, bem por um terceiro que execute o crédito onerado).

<sup>3232</sup> Limitando-nos à doutrina nacional, podemos citar, no primeiro sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., Vol. I, pág. 703 e, sobretudo, Vaz Serra, Pegno cit. in BMJ n.º 59, págs. 178, nota 1 e 212. O entendimento oposto é defendido por Colaço Canário, ob. cit., pág. 61, para quem “*Quando se refere penhor de créditos, créditos não é objecto sobre que incide o penhor, mas sim a fonte donde o penhor deriva (...) A prestação é o objecto próprio dos direitos de crédito, logo o objecto do penhor de crédito terá de ser a prestação*”, Neves de Oliveira, ob. cit., pág. 12 (“*o objecto imediato do penhor de créditos consiste no direito de crédito, maxime, no direito a uma prestação*”). Em termos mesclados, Hugo Ramos Alves, ob. cit., págs. 144 e 145, sustenta que o penhor de créditos “*refere-se ao direito de crédito, e, assim, incide indirectamente sobre a prestação objecto do direito de crédito*”.

<sup>3233</sup> Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 335 e segs., qualifica o penhor de créditos como uma garantia (cumprindo uma função análoga à do penhor de coisas – “*dado que o credor pignoratício adquire um poder directo e imediato sobre o direito de crédito, destinado a permitir a actuação da preferência e, posteriormente à do crédito, a satisfação sobre o objecto do mesmo em termos em tudo análogos aos do penhor de coisas*” – ob. cit., pág. 335), mas descartando a sua natureza real (embora com reticências, pois começa por declarar que “*o penhor de créditos é dotado de eficácia real, dado que é conferida ao credor pignoratício a faculdade de opor a terceiros o seu direito de penhor, mesmo nos casos em que tenha ocorrido a transmissão do crédito por parte do empenhador*” – ob. cit., pág. 335 - , para depois concluir que “*a sua natureza creditícia impede a sua qualificação como direito real, mas não impede que seja considerado como realidade funcionalmente análoga em relação ao penhor de coisas*” – ob. cit., pág. 336): em nosso entender, o que o Autor pretendeu dizer é que, na sua óptica, o penhor de créditos constitui uma garantia real das obrigações, mas não um direito real de garantia. Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, ob. cit., pág. 181, nota 439, parecem inclinar-se no mesmo sentido, ao declararem, depois de excluírem a sua qualificação como direito real, que o penhor de créditos “*confere uma situação preferencial ao credor, na medida em que lhe são transferidos parte dos poderes que o credor (autor do penhor) tem sobre terceiros*”. Ainda que socorrendo-se de diversa terminologia, parece chegar a conclusões análogas Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 283, ao excluir o penhor de créditos da órbita dos direitos reais, afirmando “*não existir no penhor de créditos qualquer garantia real, pelo que a figura*

Todavia, do regime legal – de cuja análise deverá partir qualquer tentativa de enquadramento dogmático da figura - do penhor de créditos retira-se a outorga ao credor pignoratício de um direito de sequela, no sentido em que, após a notificação ao terceiro devedor do crédito empenhado (formalidade requerida para o surgimento da garantia – cfr. art.º 681.º, n.º 2),<sup>3234</sup> este apenas poderá efectuar o seu pagamento ao credor pignoratício - e, se o não fizer, sujeita-se a ter que pagar novamente ao credor pignoratício (art.ºs 681.º, n.º 3 e 583.º, n.º 2).<sup>3235</sup>

Adicionalmente, o cumprimento daquela formalidade torna o direito do credor pignoratício oponível a terceiros adquirentes (ou credores pignoratícios) do crédito previamente empenhado a seu favor, desde que, naturalmente, estes terceiros, não houvessem notificado anteriormente a constituição do seu direito.

Conclui-se, por isso, que a sequela opera de modo distinto no penhor de coisas e de créditos, mas tal resulta da especificidade do objecto desta última garantia, traduzida, principalmente, no seu específico modo de constituição e de oponibilidade.

Ora, a atribuição dos direitos de preferência e sequela basta, a nosso ver e abstraindo de considerações de natureza meramente teórica ou conceptual, para qualificar o penhor de créditos como verdadeiro direito real,<sup>3236</sup> sobretudo atendendo à idêntica finalidade garantística do instituto pignoratício, à qual é alheia a natureza corpórea, incorpórea ou creditícia do *quid* onerado.

---

*deverá ser incluída entre as garantias especiais sobre direitos*”. Parece ser esta a posição igualmente defendida, no direito espanhol, por Gil Rodríguez, ob. cit., págs. 339 a 345, notando que o penhor de créditos não é uma garantia pessoal (por não envolver a responsabilidade pessoal de um terceiro), traduzindo-se antes na colocação ao dispor do credor pignoratício “*de un específico valor patrimonial, que se sujeta directa, individualizada y especialmente al cumplimiento de la obligación*”, mas recusando a sua natureza real, concluindo que “*la prenda de derechos será real, cuando su derecho progenitor también lo sea; y derecho obligacional, cuando tenga esta naturaleza el derecho de que el gravamen deriva*”.

<sup>3234</sup> Se, em alternativa, o penhor se encontrar sujeito a registo (art.º 681.º, n.º 2, 2.ª parte), o direito de sequela torna-se ainda mais notório, porquanto a publicidade conferida por este torna a garantia do conhecimento e oponível a todos os interessados.

<sup>3235</sup> Como bem nota Salvatore Romano, ob. cit., pág. 88 e segs., quando se dá em penhor um crédito, o seu titular perde a plena capacidade de dele dispor (o Autor explica este fenómeno sugerindo que “*Il credito che, nei rapporti fra creditore e debitore, si risolve nella pretese dell’uno verso l’altro, quando è pignorato, diventa un bene, un oggetto, una cosa, su cui il creditore pignoratizio ha un potere immediato, che si fa valere così verso il debitore originario, come verso il creditore pignorante, come anche verso i terzi: un potere quindi assoluto e reale*”.

<sup>3236</sup> Comunga desta opinião, entre nós, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 249, nota 700, afirmando que “*o penhor de direitos goza das características da preferência e de sequela que estão ligadas aos direitos reais*”, assegurando ainda que as disposições legais (que merecem o aplauso do Autor) que excluem os privilégios gerais daquela noção “*não fazem no seio das garantias reais qualquer distinção entre as garantias sobre coisas e sobre direitos*” (exemplificando com o art.º 47.º, n.º 4, alínea a), do CIRE). Admite igualmente a existência de direitos reais sobre direitos (apontando exemplos de consagração legal como o usufruto de créditos e a hipoteca de usufruto) e sobre créditos em especial, Paulo Cunha, ob., cit., pág. 228 e segs., realçando que o direito de crédito se torna o verdadeiro objecto do direito real (em harmonia com a noção legal de coisa, que abarca os direitos, mobiliários ou imobiliários), de modo que a notificação ao terceiro devedor do crédito onerado produz o desapossamento do crédito relativamente ao seu titular, ou seja, quando o titular de um crédito o empenha constitui a favor do credor um penhor sobre esse crédito, desapossa-se desse mesmo crédito, passando a posse do direito real pignoratício para o credor (razão pela qual, após tal notificação, o empenhante não pode exigir o pagamento do seu crédito ao seu devedor) – assim sendo, conclui o Autor, é possível manter a unidade conceptual do instituto do penhor, pois “*uma vez que se aceita a tese de que sobre direitos, embora de crédito, de podem constituir direitos reais, nós estamos aptos a poder explicar o fenómeno do penhor em créditos e a encontrar uma explicação que o põe em pé de homogeneidade com todo o regime normal do penhor constituído sobre cousas, encontrando nêle do mesmo modo como um traço característico, a idéia do desapossamento da cousa*”.

No que especialmente respeita à preferência e de um ponto de vista estrutural, a função de garantia (adição de uma preferência sobre um bem específico à responsabilidade geral do devedor) encontra-se igualmente presente no penhor de créditos.<sup>3237</sup>

## 1.2 - Noção de direito real e inclusão dos direitos reais de garantia no seu âmbito

No entanto e recuando um pouco, as conclusões acabadas de expor podem ser colocadas em causa por força da ausência de unanimidade quanto à própria noção de direito real, que não se apresenta consensual,<sup>3238</sup> do mesmo modo que não é pacífica a inclusão no seu seio da categoria dos direitos reais de garantia, cumprindo, por isso, dissecar mais detalhadamente esta matéria.

Começando por este segundo aspecto, a resposta não se nos afigura possa deixar de ser afirmativa,<sup>3239</sup> ainda que, para o efeito, se imponha uma distinção face aos demais *iure in rem*, designadamente aos direitos reais de gozo,<sup>3240</sup> assim como uma análise separada do lado passivo e do lado activo criado pela constituição de um direito dessa natureza<sup>3241</sup> ou até uma especificação do seu conteúdo face aos demais.<sup>3242</sup>

---

<sup>3237</sup> A este respeito, são elucidativas as palavras de Salvatore Romano, ob. cit., págs. 98 e 99, antes da constituição do penhor de créditos, coexistem dois créditos (e, por isso, duas responsabilidades pessoais): ora, com o nascimento desta garantia, surge uma responsabilidade objectiva – do crédito onerado – e modifica-se a responsabilidade do devedor do crédito empenhado, a qual deixa de ser para com o seu credor e passa a ser para com o credor pignoratício (embora não se trate propriamente do surgimento de uma nova responsabilidade, mas apenas de uma modificação do seu titular activo), pelo que “*Ciò che dunque caratterizza anche il rapporto di pegno di crediti e gli imprime il carattere reale che ha il pegno di cose materiale, è la responsabilità di cosa, cioè del credito*”.

<sup>3238</sup> Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 11 e segs., destaca como, na versão inicial do Código de Seabra, nem sequer existia qualquer secção dedicada aos direitos reais, nem tal expressão era utilizada uma única vez (no plano de direito comparado, este Autor atribui a Savigny o mérito de ter celebrado as relações jurídicas dos direitos reais, no seu trabalho “Sistema de Direito Romano”).

<sup>3239</sup> Oliveira Ascensão, Direitos Reais, ob. cit., pág. 186, porém, dá conta de uma posição que nega o carácter real dos direitos reais de garantia com base no seu carácter acessório relativamente à obrigação cujo cumprimento visam assegurar (posição esta que o Autor rebate, escrevendo que “*O direito real de garantia está subordinado ao direito de crédito, de modo a permitir o resultado útil que com este se pretende obter. Esta subordinação funcional não impede porém que o direito de garantia tenha todas as características de um verdadeiro direito real*”).

<sup>3240</sup> Maiorca, ob. cit., pág. 151 e segs., recusa que a distinção possa assentar na suposta ausência de gozo do bem por parte do titular de um direito real de garantia, não retirando daí qualquer utilidade (nem tão pouco na diferenciação entre valor de uso – para os direitos de gozo - e valor de troca – para os direitos de garantia), contrapondo que “*in ogni caso l’attribuzione ha a suo fondamento (economico) una utilità della cosa o, più precisamente, del regime giuridico stabilito relativamente a una cosa*” e, em termos jurídicos, “*Il rapporto di un soggetto con un dato oggetto materiale può essere per un vantaggio (o utilità che dir si voglia) consistente in quello che la legge chiama godimento; oppure in un vantaggio (utilità) consistente nella garanzia o sicurezza*”. Mais concretamente, nos direitos de garantia “*la vendita non realizza affatto, per il creditore, il valore di scambio della cosa vincolata, bensì il valore d’uso del denaro ricavabile dalla vendita forzata (...). La garanzia presenta una utilità per il titolare in quanto la cosa vincolata ha un valore di mercato; in quanto, cioè, ci sia possibilità di venderla ricavando una data somma (...). L’utilità del vincolamento (cioè del diritto reale di garanzia) consiste nella circostanza che la cosa possa avere – ove sia il caso – compratori: sia, cioè, bene apprezzato in mercato. Ciò non significa che oggetto dell’ipoteca sia il valore di mercato della cosa! Oggetto è il vincolamento a scopo di sicurezza*”.

<sup>3241</sup> Pasquale di Pace, ob. cit., pág. 6 e segs., a natureza real dos direitos de garantia apenas é apreensível analisando separadamente o lado passivo e o lado activo da relação criada com a respectiva constituição. Quanto ao primeiro aspecto, o constituinte da garantia, apesar de permanecer proprietário do bem onerado (e de poder dele dispor, caso em que o novo adquirente se torna proprietário do bem, mas com o ónus do penhor: todavia, no caso do penhor de créditos, o Autor entende que o empenhante, podendo embora dispor do bem onerado através de cessão, não poderá realizar actos de renúncia ao crédito empenhado – como a remissão ou a renúncia – sob pena de “*porre il creditore alla mercè del proprio debitore, che*

Com efeito, como já resulta da exposição anterior e melhor se verá em seguida, os direitos reais de garantia comungam das prerrogativas normalmente enumeradas

---

*potrebbe, con atto unilaterale, distruggere la garanzia*”), fica privado da prática de actos que possam lesar os direitos do credor pignoratício (o que, no caso específico do penhor, é mais improvável por força do desapossamento do constituinte, mas ou até por esse facto, “*non basti la indisponibilità della cosa, ma occorra che il debitore si spossessi materialmente ed effettivamente della cosa, perchè questa sia assoggettata al potere immediato del creditore pignoratizio. In altri termini, dei due aspetti nei quali si presenta il rapporto di pegno – aspetto negativo, pratica indisponibilità materiale; aspetto positivo, effettivo potere del creditore sulla cosa, - è quest’ultimo che ha la prevalenza, in modo che il primo aspetto è elemento necesario, ma non sufficiente a costituire il rapporto (...). Il che significa che la funzione della consegna e della trasmissione del possesso consiste nell’assoggettare la cosa al potere del creditore. La pratica indisponibilità del diritto del debitore pignorante è una conseguenza, ma non è lo scopo, essendo invalida una costituzione di pegno nella quale sia raggiunta la indisponibilità senza l’attribuzione del possesso al creditore*”). Relativamente ao lado activo, o credor adquire um direito que assume relevância substantiva (“*nel rapporto che sorge, per effetto della costituzione della garanzia, fra il titolare di essa e tutti gli altri terzi, i quali sono tenuti a non compiere alcun atto di ingerenza sulla cosa data in pegno; il che costituisce il contenuto del diritto reale del creditore pignoratizio (pretesa erga omnes alla non ingerenza)*”) e processual (que lhe permite “*chiedere la vendita forzata e perseguir ela cosa anche nelle mani dei terzi acquirenti (c.d. diritto de seguito)*”) e também “*nel privilegio che el creditore ha, in sede di graduazione, che gli consente di soddisfarsi sul ricavato della vendita dell’oggetto del pegno con preferenza su ogni altro creditore in grado posteriore o chirografario*”: ou seja, “*Il diritto di far vendere e il potere di escludere i terzi creditori dal concorso non sono che fenomeni processuali; essi costituiscono el lato più appariscente della garanzia, senza però esaurirne el contenuto, qualora il debito non sia stato volontariamente soddisfatto, ed occorra realizzare il diritto di credito attraverso l’esecuzione forzata*”), embora esclarecendo que o vínculo existe e perdura antes e independentemente da acção executiva, por força, precisamente, da vertente substantiva do direito (da qual decorrem uma profusão de faculdades e deveres para as partes, como sejam os de conservação do bem onerado, da possibilidade de requerer a venda antecipada ou o direito de retenção do credor pignoratício sobre o bem onerado), até porque em caso de cumprimento da obrigação garantida não será necessário invocar a acção executiva (isto é, o aspecto processual do penhor) “*nessuno, credo, si sentirebbe di affermare che, in tal caso, il pegno non abbia esplicato egualmente la sua funzione di garanzia*”, podendo até existir casos em que o credor seja titular de um direito real de penhor, mas não o possa executar, por exemplo por carência de objecto (é o que sucede no penhor de créditos, quando “*el credito dato in pegno ha per oggetto delle cose diverse dal denaro e il credito garantito non sia stato soddisfatto, il creditore non ha ancora l’azione esecutiva sul credito, ma dovrà attendere la scadenza di esso per procedere successivamente a l’esecuzione sulla cosa prestata*”). Ainda relativamente à dimensão substantiva do direito do credor pignoratício, o Autor realça que a posição do credor importa um enfraquecimento do direito de propriedade do constituinte, sobretudo por via da limitação do direito de uso, em razão do seu desapossamento (no entanto, quando seja constituído um segundo penhor sobre o mesmo bem, o credor pignoratício posterior, mantendo embora o direito de exigir a abstenção de comportamentos de terceiros que possam lesar o seu direito, não o pode fazer relativamente àqueles que lesem unicamente a posse, pois esta pertence ao primeiro credor pignoratício). Para Henrique Mesquita, Obrigações reais e ónus reais, Almedina, 1990, pág. 54 e segs., a soberania do seu titular traduz-se, nos direitos reais de garantia, na faculdade de, mediante um acto de disposição da coisa onerada e sem necessidade de cooperação do proprietário da mesma, realizar o valor do crédito garantido pela *res* (por último, o Autor esclarece que nem mesmo nos direitos reais limitados se estabelece uma relação inter subjectiva, nem entre os titulares desses direitos e os proprietários dos respectivos bens, nem em caso de concurso entre os diversos titulares de direitos limitados pois, neste último caso, “*Cada um desses titulares encontra-se, perante os demais, na mesma situação em que se encontra qualquer terceiro: tem de respeitar a esfera jurídica dos outros, não por virtude de uma relação jurídica especial que entre eles se estabeleça (relação intersubjectiva), mas, pura e simplesmente, em obediência ao dever genérico que a todos veda a interferência ou intromissão na esfera protegida por um direito real*”).

<sup>3242</sup> Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 50 e segs., nota como o penhor e os direitos reais de garantia em particular, possuem uma característica específica face aos demais, uma vez que se extinguem pelo exercício, isto é, “*enquanto não se exercem têm uma mera potencialidade, mas logo que se exerçam extingue-se o direito. O direito do credor pignoratício de se fazer pagar pelo preço da coisa, logo que se exerce, extingue esse seu direito*”.

como definidoras da categoria dos direitos reais, quais sejam a preferência e a sequência.<sup>3243</sup>

Nem se pretenda que a exclusão dos direitos de garantia do âmbito dos direitos reais possa advir da concepção deste como um mero desmembramento do direito de propriedade (considerando que os *iure in res aliena* como uma faculdade destacada da propriedade), alegando que a constituição de uma garantia em nada limitaria as faculdades do proprietário do bem onerado:<sup>3244</sup> com efeito, parece mais curial conceber os direitos reais sobre bens alheios como simples limitações do direito de propriedade.

Quanto à noção de direito real propriamente dita,<sup>3245</sup> a doutrina tradicional ou clássica,<sup>3246</sup> com raízes no direito romano,<sup>3247</sup> configura-os como aqueles que atribuem

---

<sup>3243</sup> Como bem nota Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 61e 62, a propósito da inerência, esta “*não significa também o mesmo que poder directo (...). Poder directo, sobretudo se entendido em sentido material, envolve a ideia de uma actuação sobre a própria coisa e, em certo sentido, até a detenção da mesma. A inerência não exige nada disso (...). A afectação jurídica da coisa, em termos de assegurar a satisfação do interesse do sujeito do direito real à sua custa, pode assumir várias feições, sendo a do poder directo apenas uma delas. Assim, nos direitos reais de garantia, o que mais interessa ao credor é que o valor da coisa seja primariamente afectado ao pagamento do seu crédito*”. Por outro lado, a inerência não se confunde com a imediação (entendida esta como o possibilidade de o titular do direito realizar o seu interesse às custas das utilidades da coisa, sem depender de qualquer conduta de outrem), uma vez que “*o direito real não deixaria de ser inerente se, hoc sensu, for mediato*”, razão pela qual “*não perdem, só por isso, a natureza de direitos reais situações jurídicas em que a satisfação do interesse do seu titular exija uma intervenção ou colaboração de terceiros, como ocorre nos direitos reais de garantia*”.

<sup>3244</sup> A este propósito Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 18, nota 16, nota que tal concepção (ancorada na ideia dos direitos reais menores como desmembramentos do direito de propriedade – como uma faculdade compreendida neste último e que dele é destacada – desmembramento este que não se verificaria nos direitos de garantia, uma vez que este não corresponde a nenhuma faculdade de que o proprietário gozasse antes da constituição da garantia, continuando o proprietário a gozar do bem como antes: esta fundamentação é especialmente utilizada a respeito da hipoteca – garantia não possessória - e, relativamente ao penhor, depara-se com o obstáculo de o proprietário empenhante perder, após a constituição da garantia e por força do desapossamento, algumas faculdades inerentes ao seu direito de propriedade), deve ser rejeitada tendo em conta “*l’impossibilità di costruirsi il diritto reale minore come il prodotto dello smembramento del diritto di proprietà (...) la proprietà non è una somma di diritti, ma un diritto unitario e semplice che non si può in alcuno modo smembrare, rimanendo tale anche quando sulla cosa vi siano oneri o pesi, sí che i singoli diritti reali su cosa altrui non sono facoltà staccate del diritto di proprietà, ma limitazioni del potere piú esteso che si conosca, quale il diritto del proprietário*”. Por seu turno Rubino, *Il pegno* cit., pág. 187, destaca que “*I diritti reali di garanzia limitano anch’essi la facoltà di godimento del proprietario (...) ma si tratta di limitazioni secondarie, perchè non derivano da quello che è il contenuto principale del diritto di garanzia e possono anche mancare, mentre altre sono semplici effetti riflessi della esigenza di conservare il diritto reale (come avviene per il possesso della cosa da parte del creditore pignoratizio, che necessariamente impedisce o limita l’uso e il godimento della cosa da parte del proprietario). La principale limitazione (...) consiste nella possibilità di perdere il diritto se il creditore procede all’espropriazione*”.

<sup>3245</sup> Limitamo-nos, sobre este assunto e uma vez que a vastidão do tema não se compadece com o objecto principal do presente trabalho, a enumerar, quase exclusivamente, os principais contributos da doutrina nacional.

<sup>3246</sup> Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 14 e segs., alude a uma outra teoria, precursora em termos temporais da teoria clássica, que tem como principal arauto Ziebarth, de acordo com a qual “*são direitos reais todos os direitos subjectivos que atribuem ao seu titular o poder ou a faculdade de, mediante a coacção ou a execução real, lançar mão da coisa objecto do direito*”, tomando assim como característica diferenciadora desta categoria a coercibilidade. Ora, segundo o Autor, esta posição enferma de dois vícios decisivos, porquanto, por um lado, desconhece que “*há relações do direito privado que são nitidamente de carácter obrigacional*” (nomeadamente as obrigações para prestação de coisa) e, por outro, que “*o momento da execução do direito é uma fase patológica, anormal, e, sendo assim, é errado ir buscar para caracterizar um grupo de direitos um momento excepcional, quando é o próprio conteúdo normal do direito que deve servir de característica para o direito*”.

ao seu titular um poder directo e imediato sobre uma coisa certa e determinada,<sup>3248</sup> atendendo “à relação homem-coisa”:<sup>3249</sup> esta posição encontrou grande acolhimento

<sup>3247</sup> Mota Pinto, ob. cit., pág. 28 e segs., assegura que distinção entre direitos de crédito e direitos reais e, indirectamente, a noção destes últimos era moldada na oposição, que remonta ao direito romano, entre *acito in rem* (dirigida contra todos e, por isso mesmo, a fórmula em que era concedida não mencionava o nome do réu) e *actio in personam* (dirigida contra pessoa certa, a qual era identificada no procedimento). Realça igualmente as raízes romanas desta concepção Henrique Mesquita, Obrigações reais cit., Almedina, Coimbra, 1990, pág. 42 e segs., escrevendo que na *acito in rem* “o demandante reclamava de um terceiro o respeito do seu direito sobre uma coisa (...). Mas o terceiro não estava ligado ao autor da acção por nenhuma espécie de obrigação (...). A *actio in rem* destinava-se, pois, pelo menos no comum dos casos, a fazer valer direitos que incidam directa e imediatamente sobre as coisas, independentemente de toda a ideia de obrigação”. Contudo, Menezes Leitão, Direitos reais cit., págs. 34 a 36, relata como o papel a atribuir ao tipo de acção ao dispor do seu titular para a delimitação da noção de direito real originou uma acesa polémica no Século XIX entre os que aceitavam tal perspectiva (como Thibaut, para quem “o direito real seria aquele que era tutelado por uma *actio in rem* (...). O que caracterizaria assim o direito real seria apenas o facto de ser tutelado pela acção de reivindicação”, assim concedendo o direito real como direito absoluto, por ser tutelado por uma acção absoluta) e aqueles que a ela se opunham (como Feuerbach, segundo o qual “o direito real seria um direito sobre determinado objecto, que teria validade contra todas as pessoas, mediante o qual o seu titular poderia ser considerado em relação como todos os outros seres humanos. O direito real estabeleceria assim exigências jurídicas em relação a sujeitos indeterminados: qualquer pessoa teria o dever de reconhecer esse direito, não perturbar o seu titular”, sendo esta a razão da existência de uma acção para tutela dos direitos reais diversa da outorgada aos titulares de direitos meramente obrigacionais). Todavia, a noção de direito real, com os contornos que hoje conhecemos, deve-se aos Glosadores (atribuem aos Glosadores o mérito de terem formulado uma primeira noção de direito real Henrique Mesquita, ult. ob. e loc. cit. e Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 3 e segs.), porquanto a distinção romana assentava em bases adjectivas (o meio processual para defender as pretensões reais) e não substantivas (o conteúdo dos direitos reais), até porque “*attraverso le acciones in rem venivano protette situazioni varie, non tutte riconducibili a figure di diritti reali*” – Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 5 (embora este Autor reconheça que os romanos faziam repousar a distinção entre os direitos reais e obrigacionais na oponibilidade dos primeiros e não dos segundos, conforme emerge da noção de direito real fornecida por Gaio).

<sup>3248</sup> Mota Pinto, ob. cit., pág. 28 e segs., salienta como esta concepção assentava na distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito (entendidos estes como poder de exigir de outrem uma determinada prestação), podendo ser resumida na leitura no direito real como “uma relação entre uma pessoa e uma coisa, um poder directo que liga a pessoa a uma coisa”. Por seu turno Penha Gonçalves, ob. cit., pág. 40 e segs., salienta que o carácter directo e imediato significa “que ninguém se interpõe entre o titular do poder e a coisa que é dele objecto”, embora esclareça que “O conteúdo do poder em que o direito real se traduz pode ser pleno ou limitado, actuando por isso, em toda a extensão das utilidades proporcionadas pela coisa sobre que recai, ou limitado a uma parte maior ou menor dessas utilidades”, enquanto Carvalho Fernandes, ob. cit., págs. 38 e 39, destaca como “nesta concepção realça-se a particular posição da coisa como objecto do direito, chegando por vezes este ponto a ser formulado em termos que sugerem uma relação entre o titular do direito e a coisa” (alertando, porém, para a discussão acerca da natureza material ou jurídica do poder que o titular do direito exerce sobre os bens objecto desse mesmo direito) e Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 6 (aludindo a “*un poter diretto e immediato su una cosa, a differenza dall’obbligazione, che nel diritto romano, e anche successivamente verrà concepita come un potere verso una persona*”). De acordo com Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 360 e segs., para a doutrina clássica o direito real é aquele que “*porte directement et immédiatement sur une chose individuellement déterminée dont il permet de retirer sans emprunter l’intermédiaire d’une personne obligée, l’utilité légale, totale ou partielle, et exigeant de tous un respect égal mais purement passif*”.

<sup>3249</sup> A expressão é de Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 110, para quem os principais defensores desta teoria (citados na nota 17) caracterizam o direito real de acordo com uma perspectiva simples ou linear e não inter-subjectiva (por contraponto com os direitos das obrigações, que obedeceriam a uma estrutura complexa ou triangular e inter-subjectiva), correspondendo “à intuição mais ostensiva ou mais empírica do fenómeno: à sensação que a dominialidade imediatamente nos dá e que é da fruição, sem intermediários, de um objecto”. Caracterizam igualmente esta teoria em termos similares, Menezes Leitão, Direitos reais cit., págs. 31 e 32 (apontando com seu expoente máximo Grotius, para o qual “o direito real estruturava-se na relação entre a pessoa e a coisa, através da qual esta era afectada ao sujeito, o que implicava que a mesma fosse tutelada pela *actio in rem*, a qual poderia ser dirigida contra qualquer pessoa, bastando que se encontrasse na posse da coisa”), Menezes Cordeiro, Direitos reais cit.,

internacional e mesmo entre muros,<sup>3250</sup> podendo até detectar-se um fenómeno recente de retorno à tese clássica.<sup>3251</sup>

pág. 224 e segs. (esclarecendo que a existência de um poder directo e imediato sobre uma coisa é apontada “*como derivando directamente do conhecimento empírico que as pessoas têm da matéria. Verifica-se que o sujeito beneficiário de um direito real tem, pura e simplesmente, o senhorio de uma coisa: é a lição da experiência. De facto, o que há de mais característico no direito real é a existência de apenas dois elementos: o titular e a coisa. Para que esta possa ser aproveitada não é necessária qualquer colaboração de terceiros, ao contrário do que sucede nos direitos pessoais ou de crédito*”).

<sup>3250</sup> De acordo com Menezes Leitão, *Direitos reais cit.*, pág. 36 e segs., esta posição encontrou especial acolhimento na pandectística alemã (especialmente Wätscher e Dernburg), sendo mesmo expressamente mencionada nos trabalhos preparatórios do BGB, nos quais se pode ler que “*Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache*”. Entre nós, o Autor indica como aderentes a esta posição Guilherme Moreira, José Tavares, José Gabriel Pinto Coelho, Luís Pinto Coelho e Fernando Pessoa Jorge.

<sup>3251</sup> Aludem a este fenómeno Alessandro Natucci, *ob. cit.*, pág. 11 e Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 225 e segs. (apontando como justificações para este retorno “*O fracasso da formulação moderna, o falhanço das teses mistas, o cepticismo cada vez mais generalizado quanto à possibilidade de construção científica do direito real, conduzem os autores à utilização didáctica do bom senso: direitos reais são direitos sobre coisas*”, embora o Autor saliente que, por vezes, a invocação da teoria clássica é mesclada de elementos mistos), sendo o mesmo confirmado pelas posições, muito similares aliás, de Luís Pinto Coelho, *ob. cit.*, pág. 24 e segs. e Guilherme Moreira, *ob. cit.*, pág. 2 e segs.: qualquer deles nega que os clássicos ignorassem que o direito real implicasse uma relação entre pessoas e que a alusão ao poder directo e imediato sobre a coisa é figurativa e que aquilo que verdadeiramente distingue o direito real dos demais direitos é o seu conteúdo e esse não é senão o poder sobre a coisa objecto do direito e a forma como esse poder se exerce, para além de ressaltarem que a obrigação que impende sobre os demais sujeitos está implícita na noção clássica do direito real, porquanto as faculdades de que as pessoas dispõem relativamente às coisas são reconhecidas por lei e devem ser respeitadas por todos (o primeiro dos Autores citados socorre-se ainda de diversos preceitos legais para reforçar a posição que “*tanto se pode encontrar o lado externo como o lado interno do direito, mas é mais frequente e mais evidente o lado interno, ou seja, o poder sobre as coisas, justamente porque é esse o mais importante sob o ponto de vista prático (...). E, assim, podemos aceitar o conceito de direitos reais que nos dá a doutrina clássica*”: de entre esses preceitos, o Autor menciona expressamente as normas relativas ao penhor, para delas concluir que “*o direito que o credor pignoratício exerce sobre a coisa não só é um poder imediato e directo, mas é também um poder que se exerce contra todos – até contra o próprio dono*”). Também Penha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 64 e segs., afina pelo mesmo diapasão, afirmando que o poder jurídico do titular do direito real é directo e imediato significa que “*como não há, entre o titular daquele direito e a coisa qualquer intermediário (...) a realização do concreto interesse substancial tutela do pelo direito real, é alcançada de modo autónomo pelo respectivo titular, sem mediação de vontade alheia*”, constatando ainda que esta concepção “*contém virtualidades para dela se concluir que o direito real, é, por sua natureza, um direito necessariamente absoluto, isto é oponível a todos*”, uma vez que, ao considerar como direitos reais os que criam uma relação directa e imediata entre uma coisa e o titular desse direito “*são por isso mesmo susceptíveis de ser exercidos não só contra certa pessoa determinada mas para com e contra todos*” (definindo, a final, direito real como “*situação activa de vantagem que, tendo por seu núcleo um poder jurídico inerente a certa coisa, faculta ao respectivo titular o aproveitamento, directo e exclusivo, das suas utilidades*”, embora fornecendo quatro indicações adicionais: o conteúdo do direito real pode ser complexo, apresentando, além do núcleo essencial, outras realidades, como direitos potestativos, ónus, etc.; funcionalmente, o direito real assegura ao seu titular o aproveitamento das utilidades, totais ou parciais, proporcionadas pela coisa em termos directos e exclusivos - directos, porquanto o interesse subjacente ao direito real pode ser alcançado sem intermediação de qualquer outro sujeito, e exclusivos porquanto a situação de privilégio pode ser oposta aos demais sujeitos). Finalmente, Henrique Mesquita, *Obrigações reais cit.*, pág. 54 e segs., depois de criticar a tese personalista - argumentando que a mesma esquece os deveres de conteúdo positivo que, não raras vezes, impendem sobre o titular de um direito real e, por outro lado, não compreender que a resolução dos conflitos entre os Homens não tem necessariamente que ser alcançada através de relações inter-subjectivas (podendo fazer-se, em alternativa e como sucede nos direitos reais, “*pela via da ordenação directa dos bens – da sua imediata subordinação aos sujeitos a quem a ordem jurídica reconhece, verificados certos pressupostos, legitimidade para deles tirar proveito ou para praticar certos actos que os tenham por objecto*” (...)) *através de uma relação jurídica estabelecida, recta via, entre o sujeito do direito e o objecto sobre que este incide*”) - conclui que o cerne de qualquer relação real é o



Segundo esta perspectiva, o direito real comportaria três prerrogativas que o caracterizam, quais sejam a imediação (entendida como a possibilidade de o credor pignoratício obter a satisfação do seu direito sem necessidade de cooperação do devedor), a “*absoluteza*” (traduzido, nomeadamente, no direito de preferência) e a inerência (da qual decorre o poder de seqüela) ou até, mais simplesmente, os traços diferenciadores do direito real seriam o facto de ter como objecto uma coisa certa e determinada e de ser absoluto, no sentido em que conferem ao seu titular o direito de preferência e de seqüela.<sup>3252</sup>

Porém, não existe unanimidade quanto à natureza desse poder directo e imediato sobre a coisa objecto do direito, sendo vários os ensaios levados a cabo para o efeito.<sup>3253</sup>

Esta posição, todavia, está longe de ser unânime, erguendo-se várias vezes contestando o acerto do entendimento clássico, embora os argumentos invocados e os resultados obtidos por cada uma delas não sejam uniformes.<sup>3254</sup>

---

domínio ou soberania de uma pessoa sobre uma coisa (nas suas palavras, “*Na expressão vulgar isto é meu (res mea est) está compreendida, pelo menos no plano fenomenológico, toda a essência do domínio*”), domínio esse que implica um dever de não ingerência a todos os demais sujeitos, isto é, a soberania implícita nos direitos reais possui uma dimensão positiva (sujeição de uma coisa ao domínio do titular do direito) e outra negativa (a exclusão de terceiros relativamente a essa esfera de soberania), de modo que “*O dever geral de abstenção surge, reflexamente, como um efeito da atribuição ou reconhecimento da soberania (...) não visa relacionar o titular do direito real com as demais pessoas. Visa precisamente o contrário: criar uma situação de total separação ou afastamento*” (considerando que o calcanhar de Aquiles da teoria clássica, na sua pureza, residia na ausência de fundamentação jurídica para o poder directo e imediato sobre a coisa que assiste ao titular do direito real, fundamento esse que radica na relação de domínio ou de soberania entre o titular do direito e o objecto do mesmo, surgindo aquele poder “*como consequência ou corolário desta relação, revestindo a natureza de um poder autónomo ou independente, isto é, de um poder que tem a sua fonte ou matriz na própria relação de soberania e que, por conseguinte, não pressupõe a cooperação de quem quer que seja, não depende de ninguém*”).

<sup>3252</sup> Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 361 e segs., alertando para o facto de o objecto do direito real, para a teoria clássica, tender a identificar-se com coisas corpóreas, muito embora alguns dos seus partidários admitam que também os bens incorpóreos – como os direitos – podem ser objecto de um direito real (posição da qual o Autor se mostra crítico, repudiando a teoria dos direitos sobre direitos).

<sup>3253</sup> De acordo com Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 226 e segs., a definição do direito real como um direito sobre uma coisa redundaria numa noção demasiado genérica (abarcando direitos cuja natureza pessoal tem sido aceite, pese embora sejam, de algum modo, direitos sobre coisas, como os direitos do depositário e do comodatário), pelo que se delimitou o direito real a um poder directo e imediato sobre uma coisa: contudo, não existe unanimidade relativamente à natureza desse poder (uns aludindo a um poder material; outros preferindo falar de um poder jurídico): o Autor sustenta que o poder directo e imediato é aquele que “*atinge a coisa pela simples vontade do seu titular, independentemente de qualquer colaboração de terceiros*”, alegando que “*a designação directo e imediato atribuída ao poder em que consiste o direito real é una: os dois atributos apenas visam reforçar a mesma realidade. Quando muito, podemos subtilmente dizer que o poder é directo porquanto atinge a coisa e imediato na medida em que prescindir, para isso, da colaboração de terceiros*”. Também Oliveira Ascensão, ob. cit., págs. 602 a 605, alude a esta indefinição do conteúdo do poder que assiste ao titular do direito real, qualificado por uns como um poder material, traduzido em actos materiais ou de gozo sobre a coisa detida pelo titular do direito real (posição criticada pelo Autor por não ser suficiente – por haver direitos não reais cujo poder se exterioriza através da posse, como o comodato e o depósito – nem tão pouco necessária, porquanto quase todos os direitos reais de garantia não proporcionam a posse do bem a que respeitam), outra apontando para um poder imediato, traduzido na “*possibilidade de o titular exercer o direito e alcançar o seu efeito útil, sem a intervenção de outrem*” (embora reconhecendo alguma pertinência nesta constatação, o Autor nota que alguns direitos reais exigem, para a produção do seu efeito útil, uma colaboração de outrem – v.g. alguns ónus reais –, pelo que apenas aceita que a imediação seja característica dos direitos reais em termos negativos, isto é, no sentido de “*ausência de um sujeito em relação*”) e uma última referindo-se a um poder jurídico (que enfrenta a crítica de não conseguir explicar “*como pode uma realidade normativa atingir directamente uma entidade fáctica*”, uma vez demonstrado que não há poder sem relação).

<sup>3254</sup> A este respeito, seguimos de perto Montel, *Garanzia cit.*, pág. 745 e segs. e, entre nós, Henrique Mesquita, *Direitos reais Coimbra*, 1967, pág. 47 e segs.. Também Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 393 e

Desde logo, a concepção clássica dos direitos reais, ao configurar uma relação directa entre uma pessoa e uma coisa, não se furta à crítica que todo o direito pressupõe uma relação entre dois ou mais sujeitos.<sup>3255</sup>

Para além da ser por muitos considerada como essencialmente descritiva, a tese clássica pode também ser censurada por não atender à circunstância de nem todos os direitos reais implicarem a existência de poderes materiais sobre o bem objecto do direito, como sucede com alguns direitos reais de garantia e, em especial, com a hipoteca.<sup>3256</sup>

---

segs., embora salientando a correcção da distinção entre direitos reais e direitos de crédito, censura a teoria clássica por esta se alhear dos dados económicos e sociais (sendo puramente técnica), por não indicar em termos precisos qual o objecto dos direitos reais (como se comprova pelas discussões acerca da idoneidade dos bens imateriais para fazer parte dessa categoria), por não atender ao facto de alguns direitos de crédito poderem ser oponíveis a terceiros (apontando como exemplo o direito de retenção) e, finalmente, por não estabelecer em termos esclarecedores a distinção entre as várias categorias de direitos reais.

<sup>3255</sup> Como salienta Mota Pinto, ob. cit., pág. 31 e segs., “*O poder directo e imediato sobre uma coisa não é uma realidade originária ou primária, mas uma consequência jurídica do poder de impor aos outros uma abstenção e uma não ingerência na coisa que é objecto do direito. É porque existe, do lado contrário àquele em que se situa o titular activo do direito real, um dever geral de abstenção, que fica reservado para aquele o monopólio do uso exclusivo da coisa e surge o tal poder directo e imediato sobre ela*”: neste contexto, o Autor conclui ser impensável falar de relações entre uma pessoa e uma coisa (fazendo desta o sujeito passivo da relação). Em termos análogos Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 112 e segs., nota que “*Todo o direito pressupõe alteridade ou intersubjectividade, só em sentido figurado ou analógico se podendo falar de uma relação homem-res. Esta tem sempre que ser uma relação homem-homem, e o que, quando muito, poderá acontecer é, como no direito das coisas, um desconhecimento (ou uma obnubilação) do sujeito passivo, desconhecimento que leva então a pensar numa relação pura e simples com o homem*” e, do mesmo modo, Menezes Leitão, Direitos reais cit., págs. 32 a 34, salientando que, de acordo com Puffendorf, um dos seus principais mentores, “*quer as relações jurídicas, quer mesmo os direitos subjectivos, não se poderiam estabelecer pessoas e coisas, antes se estabelecendo necessariamente entre pessoas*” e, em termos análogos, o próprio Kant escreveu que “*embora nos direitos reais parecesse existir uma relação da pessoa com a coisa, na verdade o que existia efectivamente era uma vinculação dos outros para com o proprietário da coisa, na medida que este, através da vindictio, poderia exigir a qualquer possuidor dela que procedesse à entrega*”. Também Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 18 (reforçando ter sido Windscheid a, pela primeira vez, levantar esta objecção - concluindo que “*O direito representa o poder de uma vontade sobre outra vontade*”), Penha Gonçalves, ob. cit., pág. 41 (salientando como esta crítica denuncia que “*se entre uma pessoa e uma coisa pode haver uma relação material ou de facto, a relação jurídica só se pode estabelecer entre pessoas*”), Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 39 (alertando que “*Não faz sentido pensar em termos de direito de propriedade o uso que alguém inteiramente isolado, à semelhança de Robinson Crusóe na sua ilha, faça das coisas. Os direitos reais, como todos os direitos subjectivos, envolvem uma relação entre pessoas, não com uma coisa*”) e Henrique Mesquita, Obrigações reais cit., pág. 47 e segs. (dando conta que esta objecção foi inicialmente inspirada pelo pensamento kantiano e pela ideia que “*a intersubjectividade é um elemento essencial a toda a relação jurídica e, por conseguinte, o direito real não pode deixar de traduzir-se num vínculo entre pessoas. O núcleo do direito subjectivo seria sempre uma pretensão (Anspruch) necessariamente dirigida a um comportamento humano*”) aludem a esta crítica.

<sup>3256</sup> Alude a estas duas críticas Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 228 e segs. e, no que se refere à última, reforça como “*mesmo nos direitos reais de gozo em que o exercício de poderes materiais parece ser o traço dominante, pode suceder que, concretamente, não haja hipótese de actuação prática. Assim, a nua-propriedade, onerada por usufruto*” (o Autor relativiza outra crítica dirigida à tese tradicional, de acordo com a qual não seria possível explicar de que forma um poder, uma entidade normativa, se relaciona directamente com uma coisa, uma entidade fáctica – contrapondo que “*Se concluirmos que a realidade normativa não pode tocar a realidade fáctica, então teremos de desistir do direito para regular relações sociais*”), objecção esta retomada por Penha Gonçalves, ob. cit., pág. 44 e segs., (assinalando que a sua formulação se ficou a dever a Giorgianni, o qual identificou situações como exemplos de direito real sem que se constate um poder directo e material e, inversamente, por haver situações não qualificadas por esta doutrina como direitos reais e nas quais se revela a presença de um poder directo do titular sobre a coisa, como sucede com o locatário e o comodatário) e por Henrique Mesquita, Obrigações reais cit., pág. 48, nota 17 (afirmando que o poder directo e imediato – pelo menos no sentido de poder material –

Uma objecção, especialmente dirigida ao penhor, realça como, mesmo nos casos em que o poder directo e imediato sobre uma coisa seja detectável, nem sempre constitui o instrumento através do qual o titular do direito real obtém a satisfação do seu interesse.<sup>3257</sup>

Noutra ordem de considerações, também se poderá duvidar que, nos direitos reais limitados, exista um poder directo e imediato sobre uma coisa que postula a exclusão de todos os demais sujeitos, tendo em conta a relação específica que existe entre o titular do direito real limitado e o proprietário.<sup>3258</sup>

Pelo contrário, não merecem grande acolhimento os reparos daqueles que procuram equiparar os direitos reais e os direitos de crédito (exagerando a analogia entre a garantia e a obrigação garantida), de modo a incluir ambas na mesma categoria, porquanto, ao raciocinar assim, esquece-se a impossibilidade de falar em obrigação de coisa (porque só as pessoas podem ser sujeitos de uma relação jurídica) e, por outro lado, a pretensão a um valor específico em que o direito real se traduz, ao passo que o direito obrigacional apenas tem como conteúdo a faculdade de exigir um valor genérico.<sup>3259</sup>

---

não pode ser considerado como o traço distintivo da realidade, precisamente por haver direitos reais que não conferem esse tipo de poderes ao seu titular, assinalando ainda que, inversamente, direitos não reais há – como os direitos pessoais de gozo - que atribuem “*o poder de agir directa e autonomamente sobre uma coisa, possibilitando em tudo uma actuação jurídica em tudo idêntica à que ocorre nos direitos reais*”).

<sup>3257</sup> Neste sentido, Henrique Mesquita, *Obrigações reais cit.*, pág. 48, nota 17, alegando que, quando assim é, o poder directo e imediato desempenha apenas uma função acessória ou instrumental relativamente à finalidade do direito real, apontando como exemplo o penhor “*que implica, em regra, a entrega da coisa ao credor, mas tão-somente para dar publicidade à garantia e tornar mais segura a posição do respectivo titular*” (em termos análogos, Alessandro Natucci, *ob. cit.*, pág. 29, entendendo que, no penhor, o desapossamento do devedor tem um valor instrumental, não final como nos direitos reais de gozo).

<sup>3258</sup> Alessandro Natucci, *ob. cit.*, pág. 8.

<sup>3259</sup> As teorias que propõem uma equiparação entre os direitos reais e os direitos de crédito baseiam-se, segundo Mota Pinto, *ob. cit.*, págs. 35 e 36, na identificação, também nestes últimos, de uma obrigação passiva universal, defendendo Demogue, um dos seus principais arautos, que “*também nos direitos de crédito, envolvendo uma espécie de casca exterior, o poder que o credor tem de exigir a prestação do devedor, existe uma obrigação – a que todos se encontram adstritos – de respeitar o direito de crédito, de tal forma que qualquer consociado pode ser responsável perante o credor por ter impedido o cumprimento da obrigação*”: sendo assim, a diferença entre ambos os direitos seria mais quantitativa, “*uma vez que, havendo em ambos essa obrigação passiva universal, esta é o elemento fundamental dos direitos reais, enquanto nos direitos de crédito consiste na imposição erga omnes, pelo credor, do seu direito à prestação do devedor*” (todavia Mota Pinto refuta esta concepção, porquanto assenta no pretense efeito externo das obrigações, infirmado pelo direito pátrio positivo). Mais longe ainda vão aqueles que pretendem reconduzir os direitos de crédito e os direitos reais a uma unidade, com base na ideia que o direito de crédito se traduz, afinal, num direito sobre o património do devedor (posição também esta contestada pelo Autor, constatando que “*à posição do credor faltam notas típicas dos direitos reais, nomeadamente os direitos de sequela e de preferência*”). De entre estas teorias monistas, podemos distinguir as que pretendem englobar os direitos de crédito como uma modalidade de direitos reais, enquanto direitos sobre um bem (isto é, configurando o direito pessoal como um direito, não sobre uma pessoa, mas sobre bens, com a única diferença – face aos direitos reais – de recair, não sobre uma coisa determinada, mas sobre um património inteiro, o património do devedor: em suma, esta teoria parte de uma concepção objectiva do património, encarando-o como uma massa de bens afecto a um determinado fim e abstraindo da personalidade do respectivo titular) e, por outro lado, as que pretendem enquadrar os direitos reais no âmbito dos direitos de crédito, sendo o seu objecto uma obrigação especial de abstenção (rejeitando a existência de uma relação entre um sujeito e uma coisa – excepto no caso específico da posse, que seria uma relação de facto e não jurídica - e concluindo que a relação que se estabelece entre o titular do direito real e os demais - impondo a estes uma obrigação passiva universal – é de natureza obrigacional. Nesta conformidade, a distinção face às relações jurídicas reais passa pelo número de sujeitos passivos, pela circunstância de, nos direitos obrigacionais, ao sujeito passivo não ser exigida

Já se afigura mais merecedora de crédito a posição daqueles que criticam a tese tradicional por assentar o conceito de direito real na existência de um poder de expropriação e de preferência oponíveis *erga omnes*.<sup>3260</sup>

No seguimento de toda esta contestação à teoria clássica – que concebe o direito real como uma relação imediata entre o seu titular e a coisa objecto do seu direito – surge a chamada doutrina personalista<sup>3261</sup>, moderna ou absoluta,<sup>3262</sup> segundo a qual o

---

apenas uma abstenção, mas também um comportamento activo de cumprimento da prestação devida e, finalmente, pelo facto de o direito real ter de recair sobre uma coisa certa e determinada, ao passo que os direitos de crédito podem incidir sobre coisas não concretamente identificadas, designadas unicamente pelo género e quantidade) – acerca destas teorias monistas vide Simon Quincardet, ob. cit., pág. 375 e segs., criticando a primeira por esconder a diferença entre a estrutura interna e as funções dos direitos reais e de crédito, nomeadamente por ser impossível conceber como a obrigação se poderia executar sem a existência de um sujeito passivo (até porque não é possível “*expliquer qu’une personne qui n’a pas de biens actuels puisse être obligée, si l’obligation est un droit sur les biens*”) e, noutra plano, contestando a segunda por esta confundir a obrigação em sentido estrito com o dever jurídico imposto a todos (ignorando que “*toute obligation proprement dite doit nécessairement figurer dans le patrimoine du débiteur sous forme d’un élément passif, d’une dette dont il est tenu et qui limite ses facultés naturelles ou légales, ce qui n’est pas le cas pour l’abstention universelle que le droit réel impose à autrui*”) e, por outro lado, por eliminar os bens do campo dos direitos reais, concebendo as relações jurídicas reais em termos artificiais.

<sup>3260</sup> Estas críticas são disparadas por Maiorca, ob. cit., pág. 104 e segs.. Relativamente ao *ius distrahendi*, ressalva que “*l’esercizio del potere di difesa non è certo esso stesso un diritto reale: ma presuppone un diritto reale e, precisamente, la lesione di un diritto reale*” e, sendo certo que o direito real pode ser violado por qualquer um, não é menos certo que “*Quando è avvenuta l’offesa, il potere attuale di difesa o di ristaurazione si rivolge, non certo verso tutti, ma proprio verso un solo soggetto: l’offensore*”: em suma, o direito de defesa do direito real não é o próprio direito real, pelo que “*Il diritto reale è potenzialmente (...) difeso adversus omnes. Il potere di difesa in atto, verificandosi il presupposto di esercizio, è adversus personam. Allo stesso modo è adversus personam (...) l’esercizio del ius distrahendi (...) il potere di vendere presso quel soggetto ove si trova nel momento in cui si verifica il presupposto dell’esercizio*” (nesta conformidade, o direito de sequela deve ser entendido como uma faculdade atribuída ao credor pignoratício enquanto este mantenha a posse do bem empenhado, inerente à coisa e que a segue em todas as suas vicissitudes e que não se confunde com o *ius distrahendi*, até porque a sequela opera mesmo em momento anterior ao vencimento da obrigação garantida, ao contrário do *ius distrahendi*). Já no que concerne à preferência ou prelação, realça que “*Un diritto può valere contro un soggetto, se prevale contro il medesimo: tale è il concetto della proposizione menzionata! Ciò che solo sussiste – è chiaro – è che il diritto di credito garantito prevale, nei riguardi della soddisfazione coattiva, a un diritto non garantito. Ma il diritto di credito si fa valere, in ogni caso, verso il debitore e non verso gli altri creditori. Così il diritto accessorio di garanzia sussiste e si fa valere sulla cosa vincolata (presso il debitore e presso terzi) e non certo verso gli altri creditori*” (por outro lado, o Autor acentua a diferença entre o penhor como direito real e o direito de se fazer pagar preferencialmente sobre o objecto da garantia – mesmo que este pressuponha aquele – de modo que “*il pegno come rapporto tra un soggetto e una cosa a fine di sicurezza, pone la sua definizione, pone la sua definizione di diritto reale (...) previamente e indipendentemente dal successivo ed eventuale diritto di esecuzione sul bene, diritto condizionato (...) all’inadempimento dell’obbligazione*”, surgindo o direito real de penhor com o empossamento do credor e extinguindo-se com a perda da posse ou com a extinção da obrigação garantida - cfr. ob. cit., pág. 147).

<sup>3261</sup> Acerca da teoria personalista, vide Mota Pinto, ob. cit., pág. 34 e segs. (noticiando que, para os seus partidários, o direito real “*é um poder de compelir os outros indivíduos a absterem-se de qualquer acto que possa prejudicar o titular do direito real*”), Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 113 e segs. (destacando que esta posição coloca em relevo a relação do homem com o homem que se esconde por trás da aparente relação entre o titular do direito real e a coisa e, sobretudo, evidencia como a obrigação passiva universal contrapõe ao titular do direito real a um número indeterminado de sujeitos – qualquer sujeito conflituante ou virtualmente conflituante – ao invés dos direitos de crédito em que a relação une o titular do direito real a um sujeito determinado – o devedor encarregue de efectuar a prestação), Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 39 e segs., (para este Autor, os principais mentores desta tese são Windscheid - que, depois de realçar que as relações jurídicas só podem estabelecer-se entre pessoas, evidencia que “*o conteúdo do direito real só poderia ser negativo, valendo para outras pessoas como obrigação de não impedir a actuação do titular do direito. O direito real não estabeleceria por isso poderes, mas apenas atribuiria*

direito real cria uma relação entre, por um lado, o seu titular e, por outro, todos os demais, impendendo sobre estes últimos uma obrigação passiva universal.

Porém, esta tese (à semelhança, aliás, do que sucede com a anterior), tende, numa derivação mais radical, a desvalorizar a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito.<sup>3263</sup>

À imagem do que sucede com aquela cuja contestação motivou o seu surgimento, também esta tese não está imune a reparos,<sup>3264</sup> alguns dos quais porventura excessivos e passíveis de ser rebatidos.<sup>3265</sup>

---

*deveres de abstenção a terceiros, determinando-os a respeitar o gozo da coisa por parte do seu titular*” – Thon – para quem “*nos direitos reais não existem faculdades, mas apenas proibições, sendo imposta pela ordem jurídica a todos os sujeitos, menos ao titular do direito, uma proibição de ingerência nas coisas que constituem o objecto do direito*”: entre nós, a esta tese terão aderido Caeiro da Matta e, embora com reservas, Manuel de Andrade), Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 231 e segs. (que a apelida de teoria moderna e a sintetiza na frase “*o direito real é um poder absoluto que obriga todos*”, citando diversos Autores alemães e franceses que aderiram a esta teoria e noticiando a divergência quanto à natureza do poder absoluto: para alguns, a relação absoluta teria como sujeitos o titular do direito real e todos os outros; diversamente, outros limitam esta ideia, considerando antes que o poder absoluto é o que se pode opor a todos, tendo como sujeitos passivos todos os que se encontrassem na situação de poder interferir com o direito do titular), Luís Pinto Coelho, *ob. cit.*, pág. 19 e segs. (considerando igualmente Windscheid como seu principal mentor e apontando para uma definição do direito real como “*um feixe de proibições, isto é, o titular tem a faculdade de impedir toda a colectividade de se imiscuir no exercício desse direito (...). Deste modo, todas as outras pessoas são obrigados a não praticar qualquer acção ou determinada acção sobre a coisa, têm de se abster absolutamente de qualquer acção sobre a coisa, e não podem impedir que o titular do direito exerça qualquer ou determinada acção sobre a coisa*”), Henrique Mesquita, *Obrigações reais cit.*, pág. 52 (esclarecendo que a obrigação passiva universal exclui todas as demais pessoas de qualquer ingerência na coisa que constitui o seu objecto, “*sempre que essa ingerência seja incompatível com o conteúdo do direito*”) e Alessandro Natucci, *ob. cit.*, pág. 7 e segs. (aludindo à distinção que esta teoria estabelece, no seio dos direitos subjectivos, entre direitos relativos – que têm como contraparte sujeitos determinados – e direitos absolutos, nos quais se incluem os direitos reais, que se impõem à generalidade dos sujeitos).

<sup>3262</sup> A denominação absoluta deriva de esta teoria, ao conceber o direito real como *oponível erga omnes*, o qualificar como direito subjectivo absoluto (cfr. Penha Gonçalves, *ob. cit.*, pág. 36 e segs.). Também Luís Pinto Coelho, *ob. cit.*, pág. 19 e segs., reconhece que a melhor expressão para demonstrar este efeito dos direitos reais é a palavra italiana “*assolutezza*”.

<sup>3263</sup> Como bem salienta Orlando Carvalho, *ob. cit.*, pág. 116 e segs., qualquer das teorias mais puras (a clássica ou realista e a personalista), quando levada ao extremo, conduz ao esbatimento desta distinção. De facto, a teoria personalista pode, na esteira de Demogue, reduzir a diferença a uma questão de grau ou qualitativa (os direitos de créditos seriam direitos fracos – pois a relação se estabelece directamente apenas com alguns - e os direitos reais seriam direitos fortes, pois a relação une o titular do direito real a todos os demais sujeitos). Ao invés, a teoria realista no seu expoente máximo tende a reduzir o crédito a um direito sobre as coisas, se não mesmo uma relação entre dois patrimónios. Ora, na opinião do Autor, estas posições extremas são de descartar, uma vez que a primeira esquece que “*a simples relação homem-homem esvazia de sentido a ligação densa e íntima, esse peso dos bens, que é a contra-senha do direito sobre as coisas*” (desconhecendo o conteúdo do direito e sobrevaloriza o momento sancionatório), enquanto a teoria realista “*é manifestamente uma visão empírica que sobrevaloriza o conteúdo do direito com menosprezo do momento da sanção*”.

<sup>3264</sup> Nomeadamente ao esquecer a relação que se estabelece entre o titular e o objecto do seu direito, pois, como escreve Orlando Carvalho, *ob. cit.*, págs. 136 e 137, todo o direito contém uma componente de facto ou empírica e um lado jurídico, decorrendo o primeiro da circunstância de aquilo que se prossegue “*é sempre o poder sobre um determinado bem, não sendo possível separar-se a protecção jurídica dessa fruição empírica que a determina e condiciona (...). O elemento de poder, o elemento empírico, é tão caracterizador como o elemento de protecção, como o elemento jurídico, não devendo esquecer-se que o elemento empírico é que é o elemento conformante e dos próprios termos da protectio do Direito – que há uma primazia funcional do conteúdo sobre a sanção, na medida em que para esse empírico conteúdo é que a sanção tecnicamente se criou e se talhou*”. Mais assertivo nas críticas à doutrina personalista ou moderna é Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 236 e segs., afirmando que falar de relação absoluta é um absurdo jurídico (“*Uma relação estabelece-se entre dois pólos predeterminados. Ora a tal relação absoluta estabelece-se entre um pólo predeterminado e determina ela própria o segundo pólo. Há aqui*

---

uma petição de princípios: a relação absoluta obriga toda a gente e toda a gente é quem é obrigado pela relação absoluta”), ainda que se considere que o poder absoluto implícito nos direitos reais pode ser oposto a todos os que surgissem em posição de poder efectivamente violar o direito (asseverando que “o dizer-se que o direito real pode ser oposto a todos em vez de é oposto a todos, isto é, que é oponível e não oposto erga omnes nada adianta: como todos os sujeitos surgem em posição de poder efectivamente violar o direito, caso este fosse caracterizado intrinsecamente por se poder opor a todos, opor-se-ia desde logo a todos”) e, finalmente, pela circunstância de a obrigação passiva universal ser comum a todos os direitos (escrevendo que “todos os direitos, porque direitos, devem ser respeitados por todos, razão por que não se pode progredir nesta via para autonomizar quaisquer direitos”). Luís Pinto Coelho, ob. cit., pág. 19 e segs., retoma algumas destas críticas, designadamente o facto de a “asblouteza” não ser privativa dos direitos reais (sendo comum, por exemplo, aos direitos de personalidade), enquanto Penha Gonçalves, ob. cit., pág. 42 destaca o excessivo formalismo conceitualista e o esvaziamento da dimensão sócio-económica do conteúdo do direito real que esta perspectiva encerra. Já Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 40, realça como existem, dentro desta concepção, entendimentos mais moderados que reduzem o dever geral de abstenção às pessoas que se encontrem em posição de interferir com o exercício do direito por parte do seu titular, ou seja, preferem falar em oponibilidade do direito real entendida como a possibilidade de o invocar contra quem, de facto, interfira ou ameace interferir no seu exercício, enquanto Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 606 e segs., coloca o acento tónico na inadmissibilidade da concepção da relação entre o titular do direito real e todas as outras pessoas, alegando que “Toda a relação é a ordenação dum ente a outro ente (...). Supõe necessariamente a prévia fixação dos entes em presença”, pelo que se afigura “indispensável a prévia determinação dos sujeitos entre os quais a relação se processa. Não há relações entre sujeitos indeterminados” (na opinião do Autor, a posição dos terceiros face ao direito real é a seguinte: “sobre todos os outros recai o dever genérico de se absterem de actividades que invadam a esfera reservada ao titular. O dever genérico não está por natureza integrado numa relação. Mas note-se que, desde que surja a possibilidade de violação por quaisquer meios – materiais ou jurídicos – dum determinado direito alheio, nasce um dever específico, a cargo do sujeito, de respeitar aquele bem juridicamente a outrem. A inobservância desse dever constitui o violador em responsabilidade e origina uma verdadeira relação jurídica”), ou seja, “Há direitos a que não corresponde qualquer dever”, sendo que a atribuição das coisas aos sujeitos decorrente dos direitos reais “não se faz relacionando entre si um número determinado de sujeitos, a quem se outorgam posições correlativas. Faz-se atribuindo a um sujeito ou a sujeitos dados um domínio reservado de actuação, que todos têm de respeitar. Neste caso a posição do sujeito é independente de quaisquer outros sujeitos, pois ele pode validamente fazer triunfar a sua situação sobre todas as oposições. Tem uma posição independente, um poder no seio da ordem jurídica”. Por último, para Alessandro Natucci, ob. cit., págs. 11 e 12, as críticas assentam na rejeição da construção das situações jurídicas na base de uma relação entre sujeitos, nomeadamente uma relação erga omnes (argumentando que uma relação apenas pode ser instituída entre sujeitos determinados) e que “dal punto di vista dell’interesse tutelato, nel diritto reale il vantaggio per il titolare non è assicurato come vorrebbe la teoria personalista, dall’adempimento dei consociati, ma dalla relazione di utilità con la cosa” (indo até alguns ao ponto de equiparar, quanto ao seu carácter absoluto, os direitos reais e os direitos de crédito “perché tutti i diritti sarebbero egualmente assoluti, dal punto di vista della protezione che l’ordinamento concede loro in caso di lesione, come vuole la teoria della c.d. tutela aquiliana del credito”).

<sup>3265</sup> Assim, contra a objecção que o direito real não estabelece nenhuma obrigação passiva para toda a humanidade, poder-se-á analisar essa relação “não um entrar em relação material, mas um entrar em relação de possível interferência, de possível turbção, juridicamente relevante: o que só sucede quando se entre no espaço da ordem jurídica que arbitra o poder sobre a coisa (...) É que este entrar em relação com a coisa (...) confunde o interesse na imediação (ou imediação jurídica), que fundamenta o direito das coisas (...) com o interesse na aproximação (ou imediação física), que não o fundamenta e, conseqüentemente, deforma o correlativo dever de abstenção, reduzindo-o a uma possibilidade de contacto físico ou jurídico-empírico” – Orlando Carvalho, ob. cit., págs. 122 e 123, em especial nota 30. O mesmo Autor contesta ainda que possa não haver ninguém, em dado momento, em relação com o objecto do direito real e, por isso, que a esse direito não corresponda nenhum dever (afirmando que “Há sempre alguém subordinado à ordem jurídica que arbitra o poder sobre a coisa, há sempre alguém para lá do detentor do direito, sob pena de não existir ordem jurídica nenhuma – e, obviamente, nenhum direito que se encontre em discussão”), que a obrigação que impende sobre os demais sujeitos se identifique com a obrigação passiva universal despidida de qualquer conteúdo patrimonial que impende sobre todos relativamente ao respeito pelos direitos de personalidade (contrapondo que a obrigação inerente a estes últimos é uma obrigação de respeito, enquanto no caso dos direitos reais comporta “apenas uma abstenção de intervir na disponibilidade que a lei confere relativamente a um objecto; e,

Num esforço de sublimação dos dois entendimentos acabados de expor e adoptando uma perspectiva integradora,<sup>3266</sup> procurou distinguir-se o lado interno e o lado externo dos direitos reais, destarte originando o surgimento das chamadas teorias mistas,<sup>3267</sup> que privilegiam uma perspectiva funcional,<sup>3268</sup> as quais, contudo, também se não furtam a diversas críticas.<sup>3269</sup>

---

*sobretudo, diferenciar-se-á daquela na medida em que tem por escopo defender, não a liberdade de actuação da pessoa ou o direito de autodisposição da pessoa (...), mas simplesmente o direito à atribuição de tal coisa, a reserva que a lei faz a alguém dessa coisa*” – para além disso, esta obrigação assume um valor patrimonial, desde logo porque “*o facto de um dever não se inserir no património não significa, só por si, que seja patrimonialmente coisa nenhuma (...)* Nos direitos reais o bem inscreve-se, é uma cifra do activo patrimonial do indivíduo: logo, não pode inscrever-se o valor representativo, sob pena de uma patente duplicação de valores (...) Enquanto a agressão não se efectiva, o valor patrimonial do dever jurídico identifica-se com o valor do bem, não necessita de uma representação ou sucedâneo, tem o seu critério e o seu limite nesse bem (...) Só quando, agredindo-se o bem, o bem perece ou diminui, é que, à medida dessa diminuição ou privação, se inscreve o valor patrimonial correspondente”). Também Luís Pinto Coelho, ob. cit., págs. 21 e 22, desvaloriza a crítica segundo a qual imaginar uma relação jurídica entre o titular do direito e as demais pessoas seria demasiado vago (replicando existirem muitas normas legais aludindo a generalidades ou colectividades, de que é exemplo a cláusula geral do bom pai de família e, por outro lado, que “*quando nesta doutrina se fala da colectividade, tem-se em vista aquela a que o direito pode interessar e não evidentemente, toda a Humanidade*”) - no pólo oposto, o mesmo Autor realça como alguns dos reparos dirigidos à teoria clássica serão igualmente desmesurados (nomeadamente no que se refere à objecção segundo a qual se o direito real atribui um poder de uma pessoa sobre uma coisa, então o único direito real seria a posse, o Autor contrapõe – além da discutível natureza real da posse – que “*quando os clássicos falam no poder imediato sobre a coisa, referem-se a um poder jurídico e não apenas a um poder material*”).

<sup>3266</sup> Realça este aspecto Luís Pinto Coelho, ob. cit., págs. 22 a 24, alertando para a circunstância de a teoria clássica colocar em relevo o poder directo e imediato sobre a coisa objecto do direito, mas esquecer que não se pode analisar um direito senão como relação entre pessoas, ao passo que a teoria personalista olhava unicamente a este lado externo, obnubilando o poder ou faculdade que o titular do direito possui sobre a coisa: se assim é, para os partidários desta posição “*nada mais havia a fazer senão juntar os dois aspectos e ter em vista sempre o lado interno e o lado externo do direito real. O lado externo é este: porque a pessoa tem o poder directo e imediato sobre a coisa, resulta imediatamente como consequência que toda a colectividade tem de respeitar esse direito: mas também, porque toda a colectividade tem de respeitar aquele direito, do lado interno surge o poder directo e imediato sobre a coisa*”.

<sup>3267</sup> Defendida, entre outros, por Mota Pinto, ob. cit., pág. 37 e segs., para quem o direito real pode ser definido como “*o poder de exigir de todos os outros indivíduos uma atitude de respeito pelo exercício de determinados poderes sobre uma coisa ou, por outras palavras, o poder de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização da coisa em certos termos por parte do titular activo*” que variam em função da amplitude de cada direito real. Há, assim, que distinguir o lado externo (o poder de exigir dos outros a obrigação passiva universal, o aspecto inter-subjectivo) e o lado interno (o tipo de poderes exercitáveis sobre a coisa objecto do direito) do direito real, sendo aliás este último que permite distinguir entre si os diversos direitos reais. Também Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 138 e segs., alude à necessidade de “*atender, no direito real, à sanção e ao conteúdo, à protectio e ao licere, ao lado externo e ao lado interno, ou, com mais precisão, ao seu lado instrumental e ao seu lado essencial (...) quanto ao lado externo, fala-se, no direito real, de uma eficácia absoluta ou erga omnes (...) e, quanto ao lado interno, fala-se (...) de um poder de usar, de fruir, ou de dispor de uma coisa, de um domínio parcial ou total dessa coisa, que só reflexamente vincula o comportamento de outras pessoas (obrigando-as, no fundo, a um comportamento negativo e, se este se viola, a determinadas prestações)*” e considera ser esta a doutrina dominante no espectro nacional e europeu, embora com uma ou outra voz mais inclinada para a tese realista ou personalista (em termos concordantes Menezes Leitão, Direitos reais cit., pág. 42 e segs., elencando como partidários deste entendimento, a nível nacional, Jaime de Gouveia, Pires de Lima, e Santos Justo, além dos já citados), sendo atribuído a Bekker o mérito de ter exposto com nitidez pela primeira vez a distinção entre as faces internas e externas do direito real (cfr. Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 240 e segs. e Penha Gonçalves, ob. cit., pág. 43). Aderem igualmente a esta posição Antunes Varela, Das obrigações cit., págs. 182 a 184, Rui Pinto Duarte, ob. cit., pág. 19 (este Autor mostra-se particularmente céptico relativamente relativamente à definição de direito real - uma vez que a mesma pressuporia o próprio conceito de direito subjectivo e este é tudo menos unânime – considerando-a mesmo inútil, mas, ainda assim, opta por “*tomar como instrumento de trabalho a concepção eclética,*

Seguindo este trilho e aceitando que a essência do direito real apenas pode ser captada de acordo com uma perspectiva funcional, tomando em conta os interesses subjacentes a esta categoria de direitos, estes podem ser definidos como o “*poder directo e immediato sobre uma coisa, impondo-se à generalidade dos membros da comunidade jurídica e constituindo uma aproximação, derivação ou expressão da forma plena de domínio sobre os bens – com vista a organizar solidamente as infra-estruturas sócio-económicas dadas*”<sup>3270</sup>.

Para além das teses clássica, personalista e mista, há ainda quem, sem tomar directamente partido por nenhuma destas posições, reconheça na oponibilidade a terceiros o sinal distintivo dos direitos reais, entendendo ser esse o traço comum àquelas três teorias.<sup>3271</sup>

---

*que, como dissemos, é dominante (...) os chamados lado interno e lado externo do direito real são incidíveis: os poderes sobre a coisa (lado interno) só têm a chamada natureza real na medida em que a sua oponibilidade a terceiros (lado externo) também seja protegido pelo Direito*)” e Dias Marques, ob. cit., págs. 7 a 11 (depois de assegurar que os dois elementos diferenciadores dos direitos reais são, cumulativamente, o seu carácter absoluto e patrimonial – “*não só, por um lado, os direitos reais são os únicos direitos patrimoniais e absolutos como que, por outro, também todos os direitos que sejam patrimoniais e absolutos são direitos reais*” – completados com a circunstância de incidirem sobre uma coisa – embora o Autor não repute este elemento de indispensável, admitindo mesmo direitos reais sobre coisas incorpóreas e sobre direitos, com sucede com o penhor de créditos – e de incidirem directa e imediatamente sobre essa coisa, o Autor define o direito real “*como todo o direito patrimonial absoluto que recai directamente sobre coisas ou realidades a elas juridicamente assimiladas*”, declarando-se expressamente aderente à posição eclética, por considerar que as teorias clássicas e personalistas “*são duas faces de uma mesma realidade. Isto é, o direito real é absoluto porque é um poder immediato e é um poder immediato porque é absoluto, de tal modo que não poderia possuir uma destas características sem a outra*”).

<sup>3268</sup> De acordo com Henrique Mesquita, Obrigações reais cit., pág. 53, esta teoria analisa os direitos reais do ponto de vista não apenas estrutural (como relações inter-pessoais), mas também funcionalmente, concluindo que os direitos reais “*são direitos que colocam uma coisa à disposição do respectivo titular, legitimando-o a utilizá-la de modo exclusivo, na medida dos poderes (poderes jurídicos e não meramente factuais) que sobre ela lhe conferem*”.

<sup>3269</sup> Alguns deles enumerados por Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., págs. 244 e 245, nomeadamente o facto de englobarem duas teses que são, elas próprias, inexactas e, além disso, porque a harmonização que procura alcançar é meramente aparente.

<sup>3270</sup> É a posição sustentada por Orlando Carvalho, ob. cit., pág. 140 e segs., para quem o direito das coisas “*vem a responder, essencialmente, a dois interesses basilares: ao interesse que chamaremos de imediação – o interesse na satisfação das necessidades sem intervenção ou mediação de outra pessoa -, o qual preside ao seu licere ou ao conteúdo do direito; e ao interesse que chamaremos de estabilização – o interesse numa maior estabilidade ou segurança, o qual preside à protecção ou à sanção que o acompanha*”, salientando que tal imediação deve ser entendida em termos jurídicos e não físicos (o prescindir de qualquer mediação ou intervenção do que fruir fisicamente de uma maior aproximação) e, relativamente à segurança, esta significa que o direito pode ser oposto, hipoteticamente pelo menos, à generalidade dos cidadãos (com os limites decorrentes do funcionamento do registo e da usucapião). Porém, o Autor não deixa de destacar que as notas normalmente associadas aos direitos reais – a conservação ou dominação dos bens, isto é, a chamada estática jurídica e patrimonial e, por outro lado, o interesse do seu titular de exclusão ou de não perturbação – servem, sobretudo, para caracterizar o direito de propriedade (e não tanto os direitos reais menores) e, mesmo quanto a esta, parecem mais consentâneos com a propriedade fundiária.

<sup>3271</sup> Alessandro Natucci, ob. cit., pág. 9, concretizando que “*Per la teoria classica l’opponibilità è vista come conseguenza del potere immediato sulla cosa, mentre per la teoria personalistica l’opponibilità, l’efficacia erga omnes, è il connotato essenziale del diritto reale come diritto assoluto, che impone ai terzi un obbligo di astensione e che ha come conseguenza la facoltà di sfruttamento, il potere sulla cosa*”, oponibilidade essa da qual o direito de sequela seria uma especificação. Noutros termos, “*L’assolutezza, intesa come obbligo di rispetto o di astensione, è l’efficacia considerata da un punto di vista statico, attuale, e riguarda prevalentemente la difesa del diritto*” e é atribuída primeiramente ao direito de propriedade (por ser este um direito sem relação directa com outros e, por isso, o problema da eficácia face a terceiros apenas se coloca em caso de violação do direito), enquanto a oponibilidade, em sentido



Não surpreende, em face deste panorama, o surgimento das mais variadas noções de direitos reais, ora concebendo-o como a situação resultante da afectação de um bem a um fim<sup>3272</sup> ou, em alternativa, como “*um direito absoluto e inerente a uma coisa corpórea, que permite ao seu titular determinada forma de aproveitamento jurídico desta*”<sup>3273</sup> ou como “*o produto da permissão normativa centrada na coisa corpórea, no âmbito privado, a favor do seu destinatário*”<sup>3274</sup> ou, ainda, como “*o poder jurídico absoluto, atribuído a uma pessoa determinada para a realização de interesses jurídico-privados, mediante o aproveitamento imediato de utilidades de uma coisa corpórea*”<sup>3275</sup> ou, finalmente, como “*direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito*”.<sup>3276</sup>

---

estrito, “*è propria dei diritti reali limitati, attiene più che alla tutela, all’efficacia positiva del diritto, alla sua realizzazione. È quindi l’efficacia, considerata in senso dinamico, ossia avendo necessariamente riguardo ad un mutamento di titolarità sulla cosa gravata dal diritto reale limitato*”. Todavia, “*Assolutezza e opponibilità sono però di natura omogenea. Sono due modi di considerare l’efficacia del diritto, la loro realizzazione e tutela nei confronti dei terzi*”.

<sup>3272</sup> Gomes da Silva (*apud* Menezes Leitão, Direitos reais cit., pág. 44), para quem o direito real cria a afectação de um bem a um fim, não se confundindo com o poder: deste modo, esta definição assenta no objecto do direito, a própria coisa (também Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 253, alude a esta posição, reconhecendo-lhe o mérito de ter reformulado o conceito de direito real, libertando-o das querelas entre as doutrinas tradicional e personalista, embora aderindo à primeira, “*na medida em que repudia a ideia do direito subjectivo entendido como poder, acaba por se colocar em horizontes distantes dos do poder directo e imediato*”).

<sup>3273</sup> É a definição proposta por Menezes Leitão, Direitos reais cit., págs. 46 e 47, acrescentando que o direito real é absoluto (sendo oponível a qualquer pessoa) e inerente (incidindo imediatamente sobre uma coisa corpórea), mas não se encontra indissociavelmente ligado à acção de reivindicação “*dado que a realidade também existe nos direitos reais de garantia e nos direitos reais de aquisição, os quais não se exercem através da reivindicação, mas antes respectivamente através da acção executiva ou de uma acção atípica*” (o Autor esclarece ainda que o aproveitamento que o direito real proporciona ao seu titular pode ser material – como nos direitos reais de gozo – ou meramente jurídico – como acontece com os direitos reais de garantia e de aquisição).

<sup>3274</sup> Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 255 (que, em alternativa, define o direito real como “*a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea aos fins de pessoas individualmente consideradas*”). O Autor, porém, veio a reformular esta noção in Direitos reais, Sumários, AAFDL, 2000, pág. 59 (*apud* Menezes Leitão, Garantias cit., pág. 45, nota 97), passando a definir o direito real como “*uma permissão normativa específica de aproveitamento de uma coisa corpórea*”.

<sup>3275</sup> É a definição proposta por Carvalho Fernandes, ob. cit., pág. 48 (ou, em alternativa, como “*um direito absoluto e inerente a uma coisa corpórea, afectada à realização de interesses jurídico-privados de uma pessoa determinada*”), esclarecendo que afectação funcional de uma coisa não permite qualificar um direito como real – uma vez que também se encontra presente nos direitos pessoais de gozo – residindo antes os elementos relevantes a considerar na “*assolutezza*” e na inerência: o primeiro, traduz-se na exclusão de terceiros, relativamente aos quais o direito é oponível (implicando “*uma potencialidade de defesa contra agressões ou ameaças de agressão alheias (...) mas ainda a oposição, em concreto, do direito contra quem impedir ou perturbar o seu exercício*”, dele decorrendo a preferência e a sequelas); a inerência consiste na “*efectiva afectação das suas utilidades à realização dos interesses do respectivo titular*”. Sempre de acordo com este Autor, a distinção dos direitos reais face aos obrigacionais deve fundar-se na análise da presença destes elementos nos primeiros e da sua ausência nos segundos (os quais não são oponíveis a terceiros, pois será de descartar a eficácia externa das obrigações; e não serão igualmente inerentes pois recaem sobre o património do devedor em geral e não, como os direitos reais, sobre bens certos e determinados).

<sup>3276</sup> Oliveira Ascensão, Direitos reais cit., pág. 44, para quem a distinção entre os direitos reais e os demais direitos subjectivos terá que assentar no conteúdo do direito e não no seu objecto (como fazem alguns, erroneamente da posição do Autor, identificando os direitos reais como os que afectam coisas e os direitos de crédito os que afectam prestações). Para este Autor, as notas desta definição são a absolutidade, com o significado de os direitos reais são independentes de uma relação (isto é, “*Os seus titulares têm uma posição absoluta, porque é garantida pela ordem jurídica, independentemente de qualquer relação particular. Por isso, são válidos erga omnes – no sentido de que podem ser feitos valer potencialmente contra qualquer um. A relação surgirá acessoriamente na vida destes direitos, mas não é*

Independentemente da adesão a uma ou outra destas teses, no que toca à concepção de direito real, parecem não restar dúvidas relativamente à integração do penhor nessa categoria – pelo menos quando incida sobre coisas corpóreas certas e determinadas -,<sup>3277</sup> a menos que dela se pretendam excluir a globalidade dos direitos de garantia (o que parece de excluir, como vimos), sendo esta a posição maioritariamente aceite entre nós<sup>3278</sup> e noutros ordenamentos.<sup>3279</sup>

---

*constitutiva deles*”); a inerência a uma coisa, entendida como a impossibilidade de desvinculação da coisa do direito na ausência de causa legal; e, finalmente, a afectação funcional das vantagens intrínsecas da coisa ao seu titular (afectação esta que não terá que ser necessariamente material, apontando como exemplo a hipoteca); por último, realça a circunstância de estes elementos terem que se verificar cumulativamente (pois há direitos absolutos que não são inerentes, como os direitos de personalidade e, por outro lado, há direitos inerentes que não são reais, como sucede com o direito do doador a uma certa quantia sobre os bens doados). Os direitos reais, assim definidos, apresentam como corolários a sequela (entendida como o direito de perseguir a coisa, quaisquer que sejam as vicissitudes a que a mesma se encontre sujeita, ou melhor, “*o poder do titular do direito real de actuar sobre a coisa que lhe foi afectada, na medida necessária ao exercício dos poderes que sobre ela lhe são conferidos. Por isso, não precisa de impugnar qualquer acto jurídico de disposição indevidamente praticado em relação à coisa. Basta-lhe invocar o seu próprio direito*”, poder este substancialmente reforçado no nosso ordenamento, em razão do não acolhimento do princípio da posse vale título) e a prevalência (da qual só fará sentido, na esteira da posição de Pinto Coelho, falar em caso de conflito de direitos, não apenas entre vários direitos reais incompatíveis entre si, como entre estes e os direitos de crédito).

<sup>3277</sup> Restringe o penhor a este tipo de bens Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 428 e segs., ressaltando que o direito real do credor pignoratício apresenta uma especificidade não despicienda, que resulta da inexistência de um sistema de publicidade registal, destinada a assegurar a protecção do credor (evitando que possa ser prejudicado por actos de disposição praticados pelo devedor) e de terceiros (advertindo-os da existência da garantia) e que se consiste na necessidade de desapossamento do devedor.

<sup>3278</sup> Vide, entre nós e por todos, Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 744 e segs. (uma vez que “*traduz a afectação jurídica de uma coisa e não de qualquer prestação. Por isso, enquanto subsistir, revela as nossas conhecidas características de sequela e inerência. Trata-se, contudo, de uma afectação limitada: o titular de não é destinatário de uma permissão normativa total de aproveitamento das qualidades da coisa, mas apenas da sua potencialidade de realização pecuniária, tendo em vista a garantia de um crédito. Analiticamente, o penhor traduz-se em inúmeras faculdades, algumas das quais nada têm a haver directamente com a realização pecuniária. Mas todas elas estão instrumentalmente viradas para a garantia de créditos. Por isso se trata de um direito real de garantia, estruturalmente complexo*”), Santos Justo, ob. cit., pág. 473, Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias cit., pág. 231 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 57 e segs. (fundamentando este último este consenso na verificação dos atributos da inerência – entendida como a possibilidade de o credor fazer valer contra todos a preferência na satisfação do crédito, mesmo que não disponha de poderes directos sobre a coisa - e da oponibilidade, traduzida no seguimento do bem em todas as suas vicissitudes e exercitável através do direito de sequela). Vide, ainda, Mota Pinto, ob. cit., pág. 135 e segs., escrevendo que, “*dado que apresentam notas características destes, designadamente o direito de sequela e o direito de preferência*”.

<sup>3279</sup> Vide, para o direito italiano, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 332 e segs., noticiando não se suscitarem grandes divergências quanto à natureza substantiva do instituto (e não processual, como havia sido defendido por alguma doutrina no domínio do CCI de 1865, uma vez que, apesar de a garantia operar, essencialmente, no momento de execução, a sua função retroage à data da sua constituição, mesmo que se desconheçam quais os bens a submeter àquela execução, na medida em que o próprio crédito a garantir tem natureza substantiva) e à sua integração no seio dos direitos reais (sobretudo tendo em conta os dados legais, dos quais decorre a atribuição ao credor pignoratício do poder de opor a todos os demais o seu direito, assim como a concessão de um direito de preferência e de sequela, os quais encontram tradução prática na possibilidade de o credor opor o seu direito a todos os titulares de direitos conflituantes sobre o bem empenhado – ao menos sempre que este permaneça em poder do credor - e no direito de perseguir esse mesmo bem e de o expropriar ainda que esse se encontre em poder de um terceiro). Neste sentido, também Montel, Garanzia cit., pág. 745 (aludindo ao facto de, para a doutrina tradicional, as condições da qualificação como direito real de garantia serem, precisamente, a outorga dos poderes de sequela e de preferência), Maiorca, ob. cit., pág. 101 e segs. (salientando que o penhor pode ser definido como “*un diritto reale che consiste nel potere di espropriare la cosa pignorata, allo scopo di soddisfersi del credito a preferenza di altri creditori*”, incorporando um *ius distrahendi erga omnes* ou direito de sequela e um direito de preferência ou de prelação) e,

Contudo, alguns refutam esta conclusão tão liminar, contestando a ausência de algumas destas notas definidoras dos direitos reais – em especial, a imediação e o carácter absoluto - no penhor<sup>3280</sup> (avaliando o penhor como um direito misto<sup>3281</sup> ou até

especialmente, Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 64 e segs. (apesar de chamar a atenção para a circunstância de a questão da natureza jurídica do penhor “*ha sempre rappresentato uno dei più difficili momenti per la verifica della validità delle varie concezioni sul diritto reale, ed il fatto che l’argomento sia stato oggetto, fin dalla pandettistica, di infinite dispute da parte dalla dottrina, denota appunto la difficoltà di questa problematica*”, relata que a doutrina tradicional enumera como condições da qualificação como direito real a inerência - isto é, a circunstância de o direito seguir a coisa em todas as suas vicissitudes ou, noutros termos “*quando l’ordinamento attribuisce al descritto collegamento funzionale tra il potere e la cosa, la virtù di rendere possibile al titolare il soddisfacimento del suo interesse, qualunque sia l’essenza dei rapporti di fatto o giuridici che involgeranno la cosa*” - e a oponibilidade, entendida esta num duplo sentido: em primeiro lugar, a tutela atribuída ao seu titular, especialmente através da acção de reivindicação; e, em segundo, a eficácia relativamente a terceiros cujos direitos sejam conflituantes com o do credor pignoratício). Porém, Salvatore Romano, ob. cit., págs. 8 a 19, não deixa de mencionar vozes dissonantes, algumas reconduzindo o penhor a uma mera *obligatio rei*, outras frisando que o penhor não tem como objecto, ao invés dos direitos reais, o gozo de uma coisa. Em face do direito francês, vide, por todos, Henri Mazeaud, e outros, ob. cit., pág. 135 e, para o direito espanhol, Albaladejo, *Compendio de derecho civil*, Edisofer, 2011 (14.<sup>a</sup> Edição), págs. 326 e 418 (e o mesmo Autor, *Comentarios cit.*, pág. 441 e segs., fundando a sua posição na circunstância de “*la especial sujeción de los bienes gravados al cumplimiento de la obligación que aseguran prenda, hipoteca y anticresis, la facultad de realización de los mismos, que otorgan a su titular, incumplida la obligación principal, distinta a la que corresponde a cualquier acreedor sobre los bienes que integran el patrimonio de su deudor y el derecho de preferencia que atribuyen a aquél sobre el precio obtenido en la venta de la cosa*” e págs. 481 e 482, concluído que da atribuição ao credor da posse do bem empenhado, do *ius distrahendi*, do direito de preferência e do direito de sequela resulta “*dotan de indudable naturaleza real a la garantía pignoratícia, comúnmente reconocida por nuestra doctrina y por nuestra Jurisprudencia*”). No direito brasileiro, vide Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, Vol. V (Direito das coisas), Editora Saraiva, 2003 (28.<sup>a</sup> Edição), pág. 350 (afirmando que “*A natureza real do penhor é inegável. O direito do credor pignoratício recai directamente sobre a coisa. Uma vez legalmente constituído, opera erga omnes, é munido de acção real e de sequela, deferindo, ademais, ao seu titular, as vantagens da preferência. Com efeito, estabelecido por contrato o penhor e efectuado o registo (...), nasce em favor do credor um direito real que se prende à coisa, que a vincula ao resgate da dívida e a segue nas mãos de quem quer que a detenha. Se, por acaso, a mesma for subtraída das mãos do credor e alienada por seu proprietário, continuará, a despeito disso, afectada ao pagamento da dívida, e o credor poderá ir buscá-la onde quer que se encontre, para sobre ela exercer o seu direito*”) e Afonso Dionysio Gama, ob. cit., pág. 15 (por considerar que “*a coisa, que tiver sido dada em garantia, fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da respectiva obrigação*”) qualificação essa que encontra apoio no actual Código Civil Brasileiro, em cujo art.º 1419.º textualmente se afirma que “*Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação*”). Em face do direito alemão, vide Harry Westermann, Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann, ob. cit., pág. 1480, escrevendo que “*La naturaleza real del derecho de prenda es evidente: el derecho a la realización del valor es independiente del cambio de propietario. En el concurso, la prenda concede un derecho de preferencia especial*”.

<sup>3280</sup> Dá conta destas posições, Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 13 e segs.. A suposta ausência da imediação funda-se na circunstância de “*se è vero che il titolare può prescindere da un facere del debitore, ciò non significa che egli possa esercitare il suo potere immediatamente sulla cosa, essendo pur sempre necessaria la cooperazione dello Stato*” (sob pena de se atribuir carácter real ao direito de qualquer credor munido de um título executivo de executar bens do seu devedor), até porque a tal se opõe a proibição do pacto comissório (para além disso, ocorrendo a entrega da coisa empenhada a terceiro estaria ausente a relação de imediação entre o credor pignoratício e o objecto do seu direito). Relativamente ao carácter absoluto, as dúvidas residem, não tanto na verificação deste requisito no penhor (traduzido no poder de fazer valer *erga omnes* o seu direito e de o defender através de acções possessórias e de reivindicação), mas antes na inidoneidade do mesmo como parâmetro distintivo da realidade dos direitos (uma vez que “*non è infrequente, infatti, che la soddisfazione di un diritto reale passi attraverso il comportamento determinato, laddove, per contro, la c.d. obligation passive universelle non può non assistere ogni diritto soggettivo*”, tanto mais que “*la rilevanza esterna del rapporto obbligatorio non consente più di affermare che il credito è situazione soggettiva tutelata soltanto nei confronti del debitore e non anche dei terzi*”). Finalmente no que toca à inerência (entendida

mero direito de crédito<sup>3282</sup>) ou, de acordo com outra perspectiva, qualificando o penhor como um direito real condicional, sujeito à manutenção da posse do bem empenhado por parte do credor, por apenas nesse circunstancialismo o seu titular gozar do poder de sequela,<sup>3283</sup> especialmente nos ordenamentos em que vigore a protecção dos terceiros adquirentes de boa fé (caso em que o exercício daquele poder se encontra normalmente dependente da má fé do terceiro possuidor).

De entre os que recusam atribuir carácter de realidade ao penhor, encontram-se os que qualificam as garantias reais em geral (e o penhor em particular) como um instituto de cariz processualístico, como uma simples modalidade da acção executiva, configurando a inserção do penhor (e da hipoteca) na categoria dos direitos reais de garantia como um resquício histórico, sem correspondência com a realidade actual,<sup>3284</sup>

---

como a ligação entre o titular do direito e o objecto do mesmo e a susceptibilidade de satisfação do interesse do seu titular, quaisquer que sejam as relações, de facto ou de direito, sobre o mesmo bem), traduzida no chamado *ius distrahendi* (isto é, “*nella possibilità che il titolare del diritto reale persegua la realizzazione del suo interesse, consegua cioè l’oggetto della tutela nei riguardi di chiunque, in un dato momento, venga a trovarsi in una data situazione rispetto alla cosa*”) parece haver menos dúvidas acerca da sua consagração como traço caracterizador do penhor.

<sup>3281</sup> Cosentino, *apud* Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 746, fala de um direito intermédio ou misto, porquanto o credor pignoratício dispõe de faculdades de natureza real (como sejam a de fazer vender um bem onerado, independentemente de este já ter sido alienado a terceiro), mas o seu direito não se reveste de todas as características definidoras da realidade (desde logo por, em sede executiva, o direito do credor apenas se concretizar mediante o recurso à via judicial): o Autor refuta esta tese, não apenas porque o recurso aos tribunais, em sede de execução, não afasta a nota da imediação e, ainda, porque “*nem a absolutidade, nem a imediação integram a compreensão do conceito de direito real*”.

<sup>3282</sup> José Tavares, *apud* Menezes Cordeiro, *Direitos reais cit.*, pág. 745, defende que o penhor (e a hipoteca) é um mero direito de crédito, desde logo por ser acessório de um direito obrigacional e, por outro lado, em razão da falta de aproveitamento do bem por parte do credor pignoratício (o que impede a sua qualificação como direito reportado à coisa onerada). Este entendimento é recusado pelo Autor, uma vez que “*nas garantias reais não há um aproveitamento material e directo da coisa, mas existem aproveitamentos de outro tipo: quem diria que o proprietário que venda a sua coisa não lhe está a aproveitar as qualidades? Por outro lado, a não acessoriedade não é característica dos direitos reais: nada impede, por isso, que um direito real exista qua tale, não obstante ser, apenas, um mero acessório de um crédito*”.

<sup>3283</sup> Defende esta posição Coviello (*apud* Maiorca, *ob. cit.*, pág. 103), negando, em consonância, que o penhor seja um verdadeiro e próprio direito real, qualificação esta reservada para a hipoteca, na qual o *ius distrahendi* não se encontra sujeito a tal limitação.

<sup>3284</sup> O principal partidário deste entendimento é Carnelutti, in *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1928, n.º 38, (*apud* Montel, *Pegno cit.*, pág. 745, nota 8). Aprofundando a visão deste Autor, o entendimento tradicional poder-se-ia justificar quando o proprietário do bem era o único legitimado para o vender, pelo que faria sentido considerar o direito de vender (ou de fazer vender contra a sua vontade) como uma porção da propriedade: ora, hoje tal direito assiste a qualquer credor, não apenas ao credor pignoratício. A confusão entre direito processual e direito material, prossegue o mesmo Autor, era mais compreensível quando o próprio credor “*fungeva da organo esecutivo, prendendo da sè anzichè facendo prendere dall’ufficio: allora, pote parere che, in quanto il creditore pignoratizio potesse prendere la cosa anche al terzo acquirente e, in ogni modo, con preferenza sui terzi, egli avesse veramente un diritto contro i terzi*”. Porém, a partir do momento em que o (quase) monopólio da acção executiva deixou de estar nas mãos do credor e passou a estar no órgão de execução, “*sarebbe sparita anche quella debole base per considerare il privilegio e la responsabilità del terzo acquirente altrimenti che come situazioni processuali (...) perché il fatto che il terzo acquirente debba lasciarsi prender la cosa dall’ufficio esecutivo, o che i creditori comuni non possano conseguire a loro profitto il ricavo prima che il creditore pignoratizio sia interamente soddisfatto, non si sa come possa ricondursi a quella astensione di godimento (totale o parziale) che è il contenuto caratteristico dell’obbligo corrispondente al diritto reale*”. Por tudo isto, entende ser mais correcto falar de acção pignoratícia – ao invés de direito real de penhor – como simples modalidade da acção executiva, mais enérgica porque os órgãos encarregues do processo executivo se encontram obrigados a pagar preferencialmente ao credor pignoratício e, além disso, a apreender o bem empenhado, mesmo que este já não pertença ao devedor. Acerca desta teoria vide igualmente Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, págs. 18 a 20 e Massimo

qualificando o penhor como um “*diritto subjectivo processual*”,<sup>3285</sup> embora esta perspectiva não pareça suficientemente convincente.<sup>3286</sup>

À mesma conclusão se poderá chegar constatando que, de uma análise uniforme dos diversos objectos do penhor (e das diferentes forma de constituição de cada um

---

Bianca, Il divieto cit., pág. 26 e segs. (que cita igualmente a posição de Carnelutti, para quem os direitos reais de garantia não seriam senão um particular modo de exercício da acção da acção executiva, tendo como sujeito passivo o organismo judicial, “*il quale sarebbe tenuto ad espropriare il bene anche presso il terzo acquirente e sarebbe tenuto a preferire il creditore garantito rispetto agli altri creditori nella ripartizione del ricavato. Il diritto di seguito e di prelazione avrebbero pertanto come soggetto passivo l’ufficio esecutivo, mostrandosi come diritti soggettivi processuali*”).

<sup>3285</sup> A expressão é da autoria de Gorla (*apud* Maiorca, ob. cit., pág. 120 e segs.), para quem “*il potere di espropriare che formerebbe il contenuto del pegno, non è nè più nè meno che l’azione esecutiva, in senso lato di potere o diritto processuale d’esecuzione (...). O si tratta di diritto soggettivo processuale (potere di espropriare di cui titolare è lo Stato) o, in qualche caso, di potere del creditore; mai diritto soggettivo (...) e neppure è diritto soggettivo, questo potere, tanto meno può essere diritto reale*”. Esta posição é criticada por Maiorca, ob. cit., pág. 122 e segs., alegando que se move unicamente no plano processual, assentando numa visão do penhor como criador de um vínculo de indisponibilidade (“*per cui, nonostante le alienazioni, il bene dato in pegno resta sempre nel patrimonio del debitore, sicchè può essere sempre colpito dall’azione esecutiva del creditore pignoratizio. Nessun diritto soggettivo particolare deriva al creditore pignoratizio dal pegno, fuorchè quello che gli spetta come semplice creditore: l’azione esecutiva. Funzione della garanzia è quella di rendere inespropriabile il bene da altri creditori; e il diritto di prelazione è un diritto soggettivo (pubblico, processuale), verso lo Stato*”), pelo que “*debitore di fronte all’azione esecutiva del creditore pignoratizio è sempre il proprietario*”), contrapondo que o penhor confere ao seu titular poderes diversos dos que decorrem da posição de mero credor, sendo o de instaurar um acção executiva apenas um deles, concluindo que o objecto do direito real de penhor reside em bens e não num direito a um comportamento relativo às relações entre credor e devedor (um vez que as garantias reais incidem sobre bens específicos e determinados, relativamente aos quais o credor dispõe de um direito preferencial de pagamento em caso de execução), até porque o proprietário dos bens empenhados pode não ser o devedor.

<sup>3286</sup> Como salienta Montel, Garanzia cit., pág. 746, desde logo, “*non vi sia diritto soggettivo che non si possa costruire anche dal punto di vista dell’azione, non vi sia istituto di diritto sostanziale che non si possa costruire anche sotto il profilo del processo*”, daí que “*la possibilità di costruire il diritto di garanzia come situazione processuale, di per se non implica necessariamente la negazione del carattere del diritto reale: si tratta di una costruzione fatta sotto un diverso angolo visuale, che varrà a porre in risalto determinati elementi e determinate caratteristiche dell’istituto, così come altri elementi ed altre caratteristiche sono posti in luce dalla costruzione di diritto sostanziale*”. Por outro lado, a teoria processualística “*non vale a spiegare perchè mai il terzo possessore si trovi in quella situazione processuale, perchè mai egli debba subire la sanzione, perchè mai il sia responsabile senza essere debitore (...)* Chi è responsabile pertanto non è lui, ma il suo bene: e poichè la responsabilità di un bene è espressione figurata, essa non può, fuor di metafora, significare se non che il debitore continua a rispondere verso il creditore con quel bene, come se esso non fosse uscito dal suo patrimonio” - concluindo, segundo este Autor, o penhor “*è un vero diritto reale per se stante – e diritto reale, relativo cioè alla cosa costituita in garanzia – può la sua nozione prescindere da ogni contingenza che sia estranea alla definizione del particolare rapporto reale*”. Criticam igualmente esta teoria, entre outros, Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., págs. 20 a 23 (justificando a responsabilidade do terceiro - possuidor ou adquirente do bem empenhado - com as normas de direito substantivo que vinculam o bem onerado à satisfação do crédito garantido, mesmo que aquele saia do património do devedor), Rubino, L’ipoteca immobiliare e mobiliare, in Trattato di diritto civile e commerciale (diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo), Vol. XIX, Giufrè, 1956 cit., pág. 10 (considerando que esta tese “*trascura che ogni azione giudiziaria fa valere un diritto sostanziale; anche quella esecutiva di esproprio, in quanto anche la responsabilità patrimoniale ordinaria costituisce un prius rispetto all’esecuzione forzata, la quale ultima la pressupone esistente ed è solo un mezzo per realizzarla*”), Massimo Bianca, Il divieto cit., pág. 26 e segs. (salientando, numa outra perspectiva, que o penhor constitui o exemplo de um direito de garantia cuja execução pode decorrer extra-judicialmente, uma vez que o art.º 2797.º do CCI permite, pelo menos em certos casos, que a venda seja efectuada por pessoa autorizada - que não é um órgão do Estado - e até, segundo alguns, pelo próprio credor) e, entre nós, Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 745 (realçando não fazer sentido apelar a poderes processuais que não correspondam a qualquer situação material).

deles), resultam diferenças essenciais quanto aos direitos e faculdades que o constituinte da garantia perde com o nascimento da mesma (os que afectem a utilidade do bem – no caso do penhor de bens corpóreos – ou o seu domínio total - no caso do penhor de créditos) e, como corolário dessas discrepâncias, será inviável uma noção unitária de penhor, sendo igualmente impossível considerá-lo sempre um direito real ou sempre como um contrato real (diferenças estas que, em nosso entender e conforme referido anteriormente, conduzem até à exclusão de alguns do domínio dos direitos reais).<sup>3287</sup>

Não obstante estas posições dissonantes, parece largamente predominante a inclusão do penhor no seio dos direitos reais (de garantia), muito embora se apresente muito menos pacífica se afigura a delimitação dos específicos poderes de imediação por ele conferidos ao respectivo titular ou, similarmente, do objecto (mediato) desta garantia (e, desse modo, justificar aquela natureza real).

De facto, mesmo que qualificam o penhor (e as garantias das obrigações em geral) como direito real de garantia não são unânimes relativamente ao seu conteúdo (leia-se, à delimitação do concreto poder que atribui ao seu titular) e ao objecto do mesmo.<sup>3288</sup>

Neste domínio, sucedem-se em catadupa as teorias que procuram explicar a natureza intrínseca do penhor, enquanto direito real, considerando alguns tratar-se de uma limitação do poder de disposição do empenhante,<sup>3289</sup> asseverando outros que o nascimento do penhor cria uma situação de indisponibilidade relativa do bem

---

<sup>3287</sup> É a posição, por exemplo, de Marc Billiau, ob. cit., pág. 25. Todavia e um tanto paradoxalmente (como o próprio Autor, aliás, reconhece), não hesita em dar uma noção do penhor (entendido como uma garantia por vezes real, por vezes pessoal), como “*le contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, abdique de certains droits affectant l'utilité ou la maîtrise d'une chose juridiquement mobilière la soustrayant ainsi du gage commun de ses créanciers pour servir de sûreté à l'un d'eux*”, noção essa que lhe permite excluir do âmbito desta garantia os chamados penhores em que o constituinte conserve a utilidade do bem onerado e as prerrogativas de um proprietário (como sucede com a garantia sobre o estabelecimento comercial e sobre os direitos de propriedade industrial). Tomando como pano de fundo esta noção, o Autor entende não existir uma diferença significativa entre o penhor de coisas corpóreas e incorpóreas (designadamente de créditos), porquanto, nesta última hipótese, “*il suffit d'interdire au débiteur de la créance gagée de se libérer entre les mains du constituant du gage et d'interdire de la même façon au créancier de recevoir le paiement. Si le créancier constituant du gage est privé du droit de recouvrer la créance nantie, ses autres créanciers ne disposeront pas plus de ce droit et la créance sera nécessairement soustraite de leur droit de gage général et ce indépendamment de toute dépossession*”. Analogamente, no penhor de coisas corpóreas, a função essencial do desapossamento é a de retirar ao empenhante as prerrogativas atinentes ao uso do bem onerado, sem conferir ao credor pignoratício essa mesma prerrogativa (ou seja, “*la perte de la possession ne se traduit pas par son transfert au profit du gagiste. Un tel transfert est d'ailleurs inutile pour établir la sûreté si l'on considère que les créanciers du constituant n'ont pas plus de droits sur son patrimoine que celui-ci n'en a. Il suffit alors de priver le débiteur de certains de ses droits sur un bien mobilier pour le faire échapper aux poursuites de ses autres créanciers. Ce qui compte finalement se ne sont pas les droits dont le créancier est investi mais ceux dont le débiteur est privé*”).

<sup>3288</sup> Aliás, como salienta Menezes Cordeiro, Direitos reais cit., pág. 245 e segs., existe um reconhecimento generalizado da dificuldade em definir o direito real, ao ponto de alguns considerarem ser esta uma matéria que não tem uma compleição científica (o que conduz alguns Autores a limitar-se a expor as diversas teorias ou a analisar detalhadamente cada um dos direitos reais).

<sup>3289</sup> Na medida em que a posterior alienação do bem onerado não produz efeitos relativamente ao credor, o qual pode continuar a considerá-lo como pertença do seu devedor e, por isso, susceptível de ser executado. Todavia, para Montel, Garanzia cit., pág. 746, na realidade quem constitui um penhor vincula um determinado bem ao cumprimento de uma dada obrigação e esse vínculo permanece não obstante a saída do bem do património do constituinte, motivo pelo qual “*Non si tratta quindi di una inefficacia della alienazione nei confronti del creditore, ma unicamente di ciò, che l'alienazione non ha la forza di sottrarre il bene all'esecuzione forzata ogni qualvolta questo sia stato ad essa vincolato con la costituzione di una garanzia reale*”.

onerado<sup>3290</sup>, outros ainda que o direito real é a expressão jurídica da noção económica de riqueza<sup>3291</sup> ou de um poder de expropriação.<sup>3292</sup>

Há, ainda, quem advogue que os poderes exercidos pelo credor pignoratício sobre o objecto do seu direito são-no enquanto possuidor, não tendo como função realizar o seu interesse, mas antes uma função de garantia e, predominantemente, de publicidade (em termos análogos à inscrição da hipoteca nos competentes registos).<sup>3293</sup>

Uma das posições mais difundidas considera, antes de mais, o perfil económico do negócio de concessão de garantia,<sup>3294</sup> analisando o penhor como um direito ao valor do bem empenhado, à sua conversão em dinheiro (e não tanto ao bem em si), criando uma “*riserva ad rem*”,<sup>3295</sup> ou seja, “*il diritto non investe l'intero patrimonio del*

---

<sup>3290</sup> De acordo com os partidários deste entendimento, o bem empenhado, não obstante as sucessivas alienações, permaneceria sempre no património do constituinte da garantia, transferindo-se para o adquirente apenas a posse do mesmo. Deste modo, criar-se-ia uma situação de indisponibilidade relativa do bem em questão, no sentido em que o único sujeito com interesse legítimo em invocá-la seria o credor pignoratício, o qual, ao promover a execução sobre a coisa previamente onerada a seu favor, exerceria um direito de reivindicação fundado na propriedade do empenhante. Montel, *Garanzia* cit., pág. 746, critica também esta posição, argumentando existirem uma série de elementos literais e substanciais capazes de comprovar “*come non sia possibile negare che nel nostro sistema legislativo il cosiddetto terzo possessore diventi proprietario del bene gravato*”.

<sup>3291</sup> É o entendimento seguido por Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 399 e segs., para quem o direito real de garantia, categoria em que integra o penhor, “*traduit la notion économique de richesse et n'a pas d'autre raison d'être que d'assurer par la voie de la contrainte extérieure, ce qui est le rôle du Droit, l'appropriation des richesses*”, pelo que “*la notion de droit réel est la notion économique de richesse*”, tendo como objecto – pelo menos por princípio – coisas corpóreas. Noutro plano, o Autor distingue entre os direitos reais principais (ou de primeiro grau) e acessórios (ou de segundo grau), sendo os primeiros aqueles que incidem directamente sobre as coisas na sua individualidade, enquanto os segundos recaem sobre o valor económico dessas mesmas coisas (para além da sua acessoriedade face a uma obrigação cujo cumprimento visam assegurar): no que especificamente toca aos direitos reais de garantia (e por contraposição com o direito de propriedade) e além das características gerais dos direitos acessórios acabadas de expor, não absorvem completamente as utilidades propiciadas pelo bem onerado (embora a sua extensão varie em função do regime legal de cada um deles) e possuem uma duração temporal normalmente limitada (quanto mais não seja pela possibilidade de prescrição da dívida garantida).

<sup>3292</sup> Menezes Cordeiro, *Direitos reais* cit., págs. 746 e 747, dá conta desta teoria (perfilhada por todos os que concebem o penhor como um direito real à execução da coisa empenhada, em caso de incumprimento da obrigação garantida), mas contesta-a, sustentando que a mesma é incompleta porque “*este direito não se limita a conferir ao seu titular a faculdade de provocar a venda forçada da coisa empenhada*” e vai longe demais pois “*o poder de expropriar em si assiste ao Estado e não a particulares*”.

<sup>3293</sup> Alude a esta posição Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 63, nota 12, assegurando que, nesta óptica, o penhor não detém dois dos caracteres a que a doutrina tradicional condiciona a integração na categoria dos direitos reais: *absoluteza* e *imedição*. Todavia, os partidários deste entendimento acabam por qualificar o penhor como direito real de garantia – munido de um poder de preferência e de inerência relativamente ao bem empenhado – uma vez que o interesse do credor pignoratício não reside na obtenção de um poder directo e imediato sobre a coisa, sendo antes alcançado “*mediante un diritto di prelazione accordato al titolare, in virtù del quale egli può soddisfare il suo diritto di credito a preferenza o con esclusione degli altri creditori*”.

<sup>3294</sup> Já afluímos esta teoria anteriormente no n.º 3.2.5 do Capítulo II.

<sup>3295</sup> Em termos aproximados se exprime Christian Atias, ob. cit., pág. 73 e segs., assinalando que “*le débiteur n'affecte pas au créancier son bien lui-même; pour assésor son crédit il ne met en réserve, à l'intention du créancier qui pourra s'en saisir, ni la possession de cette chose, ni sa propriété. Ce que le créancier sait pouvoir attendre du gage, c'est la valeur de la chose*”. Mais precisamente, o Autor expõe que, num primeiro momento, a constituição do penhor visa salvaguardar ou conservar esse valor (mas não consentindo ao credor utilizá-lo, nem suprimindo a propriedade do devedor) para, posteriormente, permitir a sua execução: noutros termos, o valor do bem compreende as facultades de uso, gozo e disposição e, após a constituição do penhor, “*la valeur de la chose se détache partiellement de ces prérogatives. Elle est réservée au créancier. Dans le patrimoine du débiteur, cette valeur est dissociée des attributs de la propriété. Elle est asservie, distraite du patrimoine où subsistent les autres droits sur la chose, pour être mise en réserve potentielle au profit du créancier et, le cas échéant, pour lui profiter*

*debitore, ma si cristallizza su un bene determinato, che assoggetta ad una riserva di utilità*”, da qual a preferência constitui a projecção *erga omnes*, mas não o seu conteúdo exclusivo.<sup>3296</sup>

De acordo com esta perspectiva, traçada há já longos anos,<sup>3297</sup> o objecto do direito de penhor é a faculdade de retirar do bem empenhado um valor correspondente

---

*effectivement*”. Nesta conformidade, o critério do valor assume relevância na fase conservatória da garantia (delimitando o seu alcance, traduzindo-se na “*inclusion d’une valeur passive dans un élément d’actif, mais cette inclusion est limitée par sa raison d’être. C’est seulement la sauvegarde de la valeur due, non celle du bien pour lui-même, qui justifie l’effet conservatoire*”), condicionando os objectivos do desapossamento (cujo objectivo é tornar visível a terceiros a afectação do valor do bem, embora as exigências de desapossamento permanente e contínuo cedam perante as de conservação do valor: assim sendo, admite que o credor possa perder momentaneamente a posse do bem, sem perder o direito de penhor, como sucederá no penhor sobre apólices de seguro em que o credor pode ceder momentaneamente o bem a um terceiro com o objectivo de obter o pagamento das indemnizações), bem como limitando as acções do devedor (que pode alienar o bem onerado, mas não pode tornar esse acto de disposição eficaz perante o credor, conservando este – para além do direito de sequela - a preferência sobre o produto da venda. Para mais, o devedor não poderá diminuir o valor onerado, daí a necessidade de substituição do quid empenhado em caso de garantias sobre o capital circulante e até, mais latamente, que a sucessão de vendas e aquisições deva respeitar o valor abrangido pelo penhor, por força de um mecanismo sub-rogatório. Finalmente, o mesmo devedor pode criar diversos penhores sobre o mesmo ou diversos bens do seu património, o que fará incluir novos valores passivos dentro do seu activo patrimonial) e do credor (uma vez que o seu interesse no bem empenhado resume-se à segurança do seu crédito, razão pela qual não o poderá usar, nem dele gozar, estando sujeito a um dever de conservação). Analogamente, Simon Quincarlet, ob. cit., pág. 428 e segs., definindo o penhor como um direito real de segundo grau, tendo por objecto a afectação de uma riqueza (isto é, do valor económico de um bem) ao pagamento de uma dívida (ou, mais pormenorizadamente, um “*droit réel de second degré ayant pour objet par delà l’individualité organique d’une chose corporelle mobilière, la valeur économique de celle-ci et traduisant l’appropriation de cette valeur au profit du créancier gagiste et son affectation directe et spéciale au payment de la créance garantie*”), direito este que deverá ser respeitado pelo devedor (que, apesar de permanece proprietário do bem e o poder alienar, não poderá apropriar-se do produto da venda em prejuízo do credor pignoratício), por terceiros adquirentes (que não poderão pagar liberatoriamente ao devedor, nem tornar-se possuidores do bem, sem que o credor pignoratício tenha sido pago) e pelos credores do devedor (que apenas poderão reclamar o pagamento dos seus créditos, respeitada que seja a garantia pignoratícia).

<sup>3296</sup> Gabrielli, Il pegno anomalo cit., pág. 66 e segs. e 123 e segs., complementando que tal utilidade é posta em prática num momento posterior ao da sua criação, através do exercício de poderes executivos reconhecidos ao credor sobre o objecto da garantia (utilidade essa, por outro lado, que uma vez obtida constitui o resultado do exercício daqueles poderes). Neste contexto, o direito de preferência representa apenas um aspecto da disciplina da garantia (ao lado de outros direitos, poderes e faculdades, de natureza substancial e processual), necessário para a obtenção, com prioridade sobre os demais credores, da utilidade a que a reserva se destinava (assim recusando a identificação entre preferência e garantia), embora reconheça que “*La prelazione rafforza in senso esclusivo, nei confronti dei terzi creditori, il carattere dell’assolutezza, in ogni caso presente nel contenuto del diritto in virtù della nota dell’inerenza e del diritto di seguito, così che l’assolutezza investe non soltanto soggetti passivi, ma anche posizioni concorrenti che, normalmente (vale a dire senza prelazione) sarebbero collocate sullo stesso piano*”. Em suma, a garantia opera no plano interno das relações entre os sujeitos do contrato, enquanto a preferência assume relevância externa, no domínio da circulação dos direitos (incidindo sobre a oponibilidade do título e a solução dos conflitos entre o credor pignoratício e terceiros), de modo que não distinguir preferência e direito real de garantia significaria desconhecer que o penhor, antes de ser – eventualmente – uma causa de preferência no concurso se credores, é um direito real sobre coisa alheia (o que é confirmado pelo facto de nas relações entre as partes no contrato de penhor e entre o credor pignoratício e terceiros não credores do constituinte aquele poder fazer valer o seu direito real, sem que para tal seja necessário invocar o atributo da preferência).

<sup>3297</sup> Porventura o seu primeiro defensor terá sido Chironi, ob. cit., pág. 56 e segs., salientando como, na relação de garantia, “*non è valore diffuso nel patrimonio considerato astrattamente, ma è valore di una o più cose: e così individuato, è oggetto della garanzia reale. La specialità, che è nel concetto di questo istituto, si riferisce al valore, non alla cosa o cose della quali s’ha il diritto di trarlo (...). La specializzazione del valore di una o più cose rispetto ad una obbligazione determinata, è meglio*



ao do crédito garantido,<sup>3298</sup> baseando-se na noção de valor para explicar como, na fase conservatória da relação pignoratícia, seja possível a alteração dos concretos bens

---

*significata col dire alienazione di valore (...) il quale ha per oggetto diretto e immediato il valore, che per la quantità è determinato della obbligazione garantita: ed è opponibile a qualunque persona; i creditori que procedono esecutivamente sul patrimonio, del qual è parte la cosa data in garanzia, non hanno diritto sopra un valore già alienato, perchè destinato specialmente a sicurezza di un credito, e chiunque acquista la cosa onerata, ha il potere su di essa limitato dal diritto di garanzia reale”,* esclarecendo que apenas no momento do incumprimento da obrigação garantida se torna possível compreender plenamente o fenómeno, pois “*Fino a quel momento, il rapporto si viene svolgendo sulla cosa, il valore della quale sarà impiegato, avverandosi l’inadempimento, a soddisfare la obbligazione: si considera il valore non qual’entità separata, ma com’è contenuto nella cosa, e perciò, oggetto dell’alienazione è il valore generico di essa, ossia la destinazione speciale sua all’esecuzione dell’obbligazione. In questo senso, la garanzia esiste immediatamente: ma la separazione effettiva del valore, che si ottiene con la esecuzione, è atto condizionale, e la condizione è l’inadempimento della obbligazione”*: em suma, o Autor define o penhor como o “*rapporto giuridico che ha per oggetto l’onere sulla cosa; contiene l’alienazione generica del valore di essa, in quantità rispondente al valore della obbligazione, perchè la sicurezza di questo è il fine economico e giuridico dell’instituto*”.

<sup>3298</sup> Carlos De Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, pág. 35 e segs., depois de destacarem que o penhor partilha das características da inerência (traduzida na sequela) e da preferência (no âmbito do concurso de credores), salientam como os direitos reais de garantia se distinguem dos demais *iure in rem* pelo facto de “*no recae sobre el bien como tal, sino sobre el valor*”. Mais detalhadamente, os Autores apartam o valor de uso e o valor de câmbio do bem (ou, utilizando a terminologia francesa, a “*propriété de l’utilité et propriété de la valeur*”), esclarecendo que “*el derecho real de garantía afecta en forma directa al valor de cambio, no al valor de uso, por lo que constituye una reserva de valor o utilidad real o ad rem, sobre la cual el beneficiario podrá accionar para obtener la realización del bien y la satisfacción del propio interés en vía ejecutiva (...) el interés protegido no es aquél que se dirige a obtener la cosa particular en sí, sino el que tiene por finalidad obtener un derecho sobre el valor económico representado por la cosa*” (perspectiva esta comungada pelos sistemas de common law, explicando o uso da propriedade com fins de garantia, na medida que esta “*lo que automáticamente determina es que el objeto de la transacción ya no sea el bien en sí mismo y que no sea lícito al acreedor apropiarse sin más del mismo, sino utilizarlo como instrumento para obtener su valor por vía de su liquidación*”) Outros Autores, citados por Francesca Dell’Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 25, nota 29, pormenorizam que o direito de penhor é o direito ao valor pecuniário da coisa ou, mais precisamente, “*il diritto di realizzare e far proprio il valore pecuniario della cosa, in caso di inadempimento (...) ossia la quantità di denaro che se ne può ottenere mediante la vendita*”, deste modo superando a crítica segundo a qual o valor não constitui um bem e, como tal, não pode ser objecto de direitos.

empenhados<sup>3299</sup> e, na fase de execução da garantia, seja mensurada medida do produto da venda a receber pelo credor.<sup>3300</sup>

Não raras vezes, esta teoria é compaginada com a distinção entre o título para a constituição do direito – suficiente para o seu surgimento *inter partes* e face a terceiros não credores do constituinte – e a sua constituição efectiva,<sup>3301</sup> parecendo esta construção especialmente atractiva quando o penhor não implique o desapossamento do devedor ou recaia sobre determinadas quantidades de bens cuja identificação concreta seja remetida para o momento da execução.<sup>3302</sup>

A esta tese pode objectar-se alegando a inidoneidade da noção de valor de uma coisa para constituir objecto de relações jurídicas e/ou de alienação, uma vez que não se trata de um bem,<sup>3303</sup> isto é, duvidando que, juridicamente, se possa elencar como objecto de um direito uma relação como é o valor.<sup>3304</sup>

---

<sup>3299</sup> Neste sentido, Christian Atias, ob. cit., pág. 77, realça como esta alteração/substituição é possível, seja em razão da própria natureza dos bens onerados (por exemplo, quando se trate de bens perecíveis ou consumíveis ou até, mais genericamente, de bens fungíveis), seja por determinação legal (como no caso dos *warrants* sobre mercadorias depositadas nos armazéns gerais), seja mesmo por força de convenção das partes, considerando o Autor que para justificar a continuidade da garantia, não obstante a substituição do *quid* onerado, nem será forçoso invocar o instituto da sub-rogação real (uma vez que “*Au sein du patrimoine du débiteur, la valeur incluse dans un bien est affectée à la sûreté de la créance. Elle est détachée du bien et des droits dont il est l’objet, pour être attachée à la créance dont elle est l’accessoire. Elle saisit le bien nouveau, parce que la valeur passive demeure dans le patrimoine du débiteur et demandait à se fixer dans un bien pour pouvoir en libérer un autre. La subrogation est le remplacement d’un bien par un autre en vue d’assurer la permanence de l’affectation, mais, dans le gage, elle est déjà assurée par l’inclusion de la dette dans la valeur du bien*”). Em termos aproximados, Christian Mouly, Rapport de synthèse, n.º spécial da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 174, salienta como “*Le créancier n’a en réalité que la valeur. Il a la chose en sa possession, mais il ne peut pas l’utiliser, exception faite des choses fungibles. Il peut recevoir cette valeur, mais pas plus que cette valeur (...). Inversement, lorsque le débiteur garde la possession, il ne doit pas diminuer la valeur. Il ne doit pas affecter, réduire, dissiper cette valeur*”, constituindo a sub-rogação um corolário da adopção desta teoria (“*Affectation de la valeur au créancier, conservation de cette valeur, c’est une ligne directrice*”).

<sup>3300</sup> Christian Atias, ob. cit., págs. 78 a 80 salienta como o valor do bem, salvaguardado durante a fase conservatória da garantia, torna-se agora actual, podendo ser obtido através de venda (tendo como limite o montante do crédito assegurado, por ser esta a medida do valor onerado) ou de atribuição do bem em pagamento (caso em que o Autor entende tratar-se da “*réalisation de la réserve de potentielle déjà affectée para l’inclusion de la valeur passive dans celle du bien. Il n’y a pas transfert, changement de patrimoine, mais simple réalisation de la valeur déjà affectée*”). Em termos similares, Christian Mouly, Rapport de synthèse cit., pág. 174, evidencia como a atribuição do bem “*est una application pratique de l’affectation de la valeur*”, o mesmo sucedendo com a venda (entendendo que a protecção do devedor, justificada quanto se trate de um particular, “*s’explique beaucoup moins en matière commerciale. Et les exemples étrangers nous montrent qu’ont peut laisser au créancier la possibilité d’organiser lui-même la liquidation (...). La crainte d’abus du créancier ne doit pas être l’élément déterminante de la solution des problèmes du gage commercial*”).

<sup>3301</sup> Acerca distinção, Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, Il pegno cit., pág. 345 e segs., ressaltando como, no penhor, a lei italiana – à semelhança de outras – impõe que o título constitutivo da garantia (normalmente o contrato) se manifeste face ao exterior para que possa ser oponível a terceiros (*maxime* os demais credores do constituinte), exigindo-se, para tal, a redacção de um documento escrito contendo a suficiente indicação do crédito garantido e do bem onerado.

<sup>3302</sup> No caso das garantias sem desapossamento, o direito ao valor justifica que a deterioração dos bens não cause necessariamente um atentado ao direito real (sempre que não prejudique o valor que os mesmos bens representam) e, no que concerne às garantias sobre bens fungíveis, é esta concepção que explica o efeito retroactivo da especificação dos bens onerados (que apenas se produz na data da execução dos mesmos) à data da constituição da garantia – assim, Michel Cabrillac, ob. cit., págs. 243 e 296 e segs..

<sup>3303</sup> Aludem a estas críticas Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 27, Montel, Sulla natura giuridica del pegno e dell’ipoteca, in Foro Italiano, 1937, IV, pág. 236 (afirmando que esta posição “*può accogliersi sotto il profilo economico, ma dal lato giuridico urta contro l’ostacolo derivante dall’impossibilità di concepire come oggetto di un diritto un rapporto quale è appunto il valore*”),

Rubino, *Il pegno* cit., pág. 183 (reconhecendo-lhe, embora, o mérito de ter evidenciado o aspecto económico e a função do penhor, bem como de ter explicado alguns pontos da sua disciplina - por que de pode garantir apenas uma parte do crédito, por que o credor pignoratício não pode retirar da coisa um valor superior ao do crédito garantido e por que os credores quirografários apenas se podem satisfazer da parte remanescente do valor da coisa depois de pago o credor pignoratício- conclui que o verdadeiro conteúdo do direito ao se traduz num direito de expropriação exercitável *erga omnes*), Carlo Maiorca, ob. cit., págs. 116 e 117 (“*Oggetto del diritto reale di garanzia non è né il valore né la cosa; ma un particolare rapporto del creditore con la cosa vincolata: rapporto di sicurezza (...) il creditore ha una sicurezza commisurata sul valore di una determinata somma di denaro*”) e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 330 (alegando que, nos casos em que o devedor pague voluntariamente a dívida não se pode afirmar a existência de uma alienação de valor; que define a essência do direito real com base unicamente na fase patológica da relação de garantia; e por esquecer que a constituição de uma preferência especial sobre um não impede a constituição posterior de uma preferência superior. Todavia, um tanto contraditoriamente, o mesmo Autor, ob. cit., págs. 332 e 333, sustenta que a natureza real do penhor assenta na preferência atribuída ao seu titular, de modo que “*a reserva ad rem existente em função da constituição do penhor será, cremos, a pedra-de-toque que permite afirmar a realidade desta garantia de crédito, já que, num momento posterior ao da sua constituição, a utilidade derivada dessa reserva poderá ser exercida, de molde a satisfazer o interesse do credor*”, ou seja, “*o penhor é um direito real de garantia cujo conteúdo consiste no poder que confere ao seu titular de, mediante um acto de disposição, realizar à custa da coisa um determinado valor, com preferência face aos credores comuns do respectivo proprietário (...) sem que se torne necessária a cooperação do seu proprietário ou mesmo contra a sua vontade*”). Procura responder a esta crítica Enrico Gabrielli, *Il pegno anomalo* cit., pág. 66, nota 20, esclarecendo que com a expressão “reserva de utilidade” não se pretende significar que o objecto do direito de penhor seja um valor, uma vez que este não pode constituir objecto de relações jurídicas e, noutra local (Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno* cit., pág. 338, nota 30), que “*con la noción de valor se pretende individualizar no el objeto del derecho (ni tanto menos el objeto del vínculo) sino un derecho de naturaleza sustancial: el derecho a conseguir, en vía exclusiva o en concurso con eventuales acreedores de igual grado, en caso de incumplimiento del deudor en el pago del crédito garantizado, el producido (como valor de cambio del bien vinculado) por la adjudicación. Con la expresión “reserva de utilidad” se quiere entonces indicar, en términos dogmáticos, que la función de garantía real es aquella de crear un el patrimonio del garante la destinación de una parte bien individualizada de aquel patrimonio (de aquí el concepto de reserva ad rem) ne función exclusiva de la realización del derecho de crédito*”. Entre nós, Menezes Cordeiro, *Direitos reais* cit., págs. 747 e 748, repudia também esta construção jurídica, objectando que “*a coisa, objecto de quaisquer direitos reais, revela-se sempre nas suas faces de valor de uso e de valor de troca. Ora, assim sendo, teríamos de concluir que os direitos reais de garantia apresentariam uma natureza determinada negativamente: ser-lhes-ia retirado o valor de uso... De facto, não é isso que se verifica: o credor pignoratício, além de outras faculdades, não é titular do valor da coisa: apenas pode, em certas circunstâncias, provocar a venda da coisa*”.

<sup>3304</sup> Massimo Bianca, *Il divieto* cit., pág. 9 e segs., critica esta teoria alegando que “*oggetto di una alienazione non potrebebe essere il valore, il quale è semplicemente valutazione de bene espressa in una certa misura*”. O Autor concede maior crédito àquela outra variação desta posição que individua o objecto do penhor no direito ao valor entendido como direito a retirar do bem uma certa quantidade de dinheiro através da sua alienação e, por vezes, administração (*Wertrecht*), embora acabe igualmente por recusá-la, porquanto o elemento de valor serve para “*caratterizzare il contenuto di un diritto che sarebbe pur sempre diretto esclusivamente alla realizzazione di un certo valore patrimoniale e, in cui, quindi, la relazione immediata con la cosa riceve significato solo in quanto la cosa stessa si presenta come mezzo idoneo a procurare una determinata quantità di denaro*”: ora, contrapõe o Autor, embora o objectivo das garantias reais seja o de satisfazer um crédito pecuniário, tal não significa forçosamente que a sua execução deva traduzir-se na apreensão de uma quantia em dinheiro, podendo antes “*avere ad oggetto della sua realizzazione dei beni diversi dal denaro, raggiungendosi ugualmente il risultato del soddisfacimento delle ragioni del creditore*”, como sucede com a adjudicação do bem ao credor em pagamento (e, ainda, naqueles casos em que, como consequência da garantia é atribuído ao credor um direito de gozo – v.g. a anticrese – ou a transferência da propriedade para o credor se produz no momento da constituição da garantia – v.g. o penhor irregular). Estas teorias serviriam, na opinião dos seus defensores, para justificar a proibição do pacto comissório, enquanto figura que permitiria ao credor satisfazer-se directamente sobre o bem empenhado, contrariamente ao *modus operandi* das garantias reais que exclui “*ogni pretesa del creditore insoddisfatto al bene come tale ammettendo l’única possibilità della vendita del bene e del soddisfacimento dell’obbligazione mediante il ricavato*”, o que é desmentido, no caso do penhor, pela possibilidade de adjudicação do bem empenhado em pagamento ao credor, concluindo,

Adoptando uma outra óptica, não fatal quem, sempre enquadrando-o no âmbito dos direitos reais de garantia, opte por descrever o penhor como um fenómeno ou uma relação complexa,<sup>3305</sup> que compreende, no essencial, dois momentos: a chamada fase

---

por isso, que *“le garanzie nominate possono attuarsi anche mediante poteri di godimento e di appropriazione del bene”*. Critica esta tese Coviello, ob. cit., págs. 1 a 4, considerando que a identificação do objecto do penhor (ou da hipoteca) como alienação de valor se adequa melhor ao fenómeno económico do que a uma análise jurídica, pois *“l’ipoteca non è alienazione di valore – per se stessa. Se così fosse, per aversi ipoteca, si dovrebbe vendere la cosa sin dal primo momento della sua costituzione o per lo meno dovrebbe la vendita essere un effetto necessario dell’ipoteca. La vendita non è elemento costitutivo dell’ipoteca: questa è costituita e spiega tutta la sua efficacia anche prima della vendita del fondo, che potrebbe anche non avvenire, se il debito viene estinto mediante pagamento o altrimenti. Nè quella definizione diviene più esatta giuridicamente, dicendosi che l’ipoteca è alienazione di valore, ma eventuale o condizionata alla inadempienza del debitore. Diciamo che, anche così modificata, è inesatta tale definizione, giacchè l’eventualità riguarda l’alienazione: ora obbietto di questa non è il valore, ma la cosa. Il valore non è un’entità per sé stante, ma un rapporto tra la cosa e il danaro, e come tale non può formare obbietto nè di proprietà nè di alienazione (...) Perciò l’efficacia dell’ipoteca si rivela come diritto al valore, quando la cosa si aliena, ma preesiste come limitazione alla piena disponibilità del valore integrale (...) il proprietario è libero di disporre del fondo ipotecato, ma nei limiti suddetti, per la parte cioè che eccede il valore dell’ipoteca, giacchè in caso di alienazione o non riscuoterà la parte del prezzo che rappresenta tale valore, o dovrà in seguito restituirlo al compratore.”*. Também Gorla (apud Maiorca, ob. cit., pág. 111 e segs.), repudia esta concepção, considerando que ela mais não é do que uma simples reprodução do conceito de direito preferencial de expropriação, uma vez que o direito ao valor *“si compone nel c.d. diritto di espropriare o vendere la cosa e in quello di appropriarsene, in via preferenziale, il prezzo e si ricompona nell’azione esecutiva”*, pelo que se encontra sujeita às mesmas críticas dirigidas à concepção do penhor como direito real de apropriação (acrescida da circunstância que *“non può concepirsi come oggetto di un diritto un rapporto... qual’è appunto il valore”*). Finalmente, Maiorca, ob. cit., pág. 116 e segs., depois de identificar como objecto dos direitos reais de garantia, não a coisa (nem o seu valor), mas *“un particolare di sicurezza; sicurezza commisurata dall’ampiezza o intensità (...) del vincolamento”*, ou seja, *“sicurezza non può riguardare altro che il momento del vincolamento della cosa; il quale vincolamento – disciplinato come un diritto reale sulla cosa vincolata – ha appunto per scopo di dare sicurezza al creditore nel periodo che precede l’adempimento oppure l’inadempimento dell’obbligazione”*, descarta a teoria do valor, a ela se opondo a circunstância de *“più creditori eventualmente iscritti su uno stesso immobile, non concorrono con pari diritto sul valore della cosa; ma l’uno viene dopo l’altro”*, pelo que *“il diritto di ciascuno non si fissa definitivamente sul valore realizzato se non nel momento della ripartizione (...). Questo esclude non solo il concetto della previa appropriazione del valore; ma anche quello di una previa attribuzione di valore quale oggetto della garanzia”* (para além de, remata o Autor, *“il valore non è oggetto del diritto reale; e neppure è oggetto del diritto di esecuzione, che persegue una cosa (una certa quantità di denaro) e non già il valore di una cosa”*). Finalmente, Veiga Copo, La prenda de acciones cit., pág. 37, critica este entendimento, contrapondo que o mesmo significa prescindir da componente de segurança inerente a qualquer garantia (fase na qual *“el dominio del deudor se encuentra limitado, pendiente obligación, no pudiendo realizar éste actos que minusvaloren o deterioren el objeto gravado; y si bien ello tiende mediatamente a que no disminuya su valor potencial, inmediatamente comporta medidas sobre la cosa misma”*), contrapondo que *“El dercheo de que goza el acreedor no recae sobre el dicho valor, sino sobre el bien en sí”*, uma vez que *“Concebir como objeto de un derecho una relación como es un valor, sólo es admisible desde una óptica estrictamente económica. El valor es sólo una medida tomada con relación a una unidad pecuniaria de un objeto dado. Considerarlo como objeto de una relación es confundir éste con su dimensión. El acreedor no tiene derecho al bien, sino a su valor, mas su derecho recae sobre el bien”*.

<sup>3305</sup> É o caso de Montel, Garanzia cit., pág. 747, para quem a doutrina tradicional incorre no erro de considerar uma relação complexa – como é a relação de garantia – numa relação simples e de vislumbrar manifestações do carácter real das garantias em fenómenos com outros fundamentos (como é o caso do *“poter di far vendere che spetta a qualunque creditore indipendentemente dalla esistenza di un diritto reale sulla cosa stessa e che il diritto a soddisfarsi a preferenza degli altri creditori è tanto poco una necessaria conseguenza della realtà che può dar luogo ad una figura ben distinta dal diritto reale, il privilegio”*). Para este Autor, a relação de garantia em geral (e a pignoratícia em particular) é de natureza complexa, compreendendo dois momentos – um substancial e outro processual – sendo que *“É nella fase processuale che si realizza il fine cui la garanzia reale tende – cioè la sicurezza dell’obbligazione - : ma questa realizzazione non sarebbe evidentemente possibile ove nella fase sostanziale al titolare della garanzia non fossero dati i mezzi giuridici per mantenere il bene gravato in condizioni tali da consentire*

fisiológica ou conservatória<sup>3306</sup> e a apelidada fase sancionatória ou executória,<sup>3307</sup> qualquer delas indispensável para a compreensão da figura do penhor,<sup>3308</sup> delimitando a

---

*un efficace esperimento della esecuzione, in altre parole per conservare l'oggetto della garanzia tanto sotto l'aspetto materiale che sotto l'aspetto giuridico*". Em termos semalhantes se exprime Rubino, *Il pegno cit.*, págs. 184 a 187, qualificando o penhor como "un rapporto complesso, il quale comprende diversi rapporti singoli, ad un estremo dei quali sta sempre il creditore pignoratizio, mentre all'altro estremo stanno, a seconda dei vari rapporti, tutti i consociati o determinati soggetti (...). Ma siccome per il creditore pignoratizio i diritti che acquista costituiscono l'aspetto principale del fenomeno, mentre invece gli obblighi che assume hanno carattere subordinato, così, per assorbimento, si parla di un diritto di pegno (...). In conclusione, il rapporto complessivo di pegno comprende rapporti singoli di varia natura, cioè obbligazioni, diritti potestativi, stati di soggezione in senso tecnico, e può comprendere anche diritti processuali, ma il nucleo è costituito da un diritto reale. Quindi, per quegli aspetti in cui occorre applicare una disciplina unitaria, propria del diritto di credito o del diritto potestativo o del diritto reale, si farà capo a quest'ultimo, in base al principio dell'assorbimento". Este último Autor reconhece no penhor a manifestação das tradicionais características dos direitos reais, o carácter absoluto (poder de exigir que todos se abstenham de destruir ou diminuir a garantia, a que se contrapõe uma obrigação geral de abstenção), a imediação (embora ressalve que a mesma "non sarebbe esclusa dal fatto che il creditore pignoratizio, per espropriare la cosa, ha bisogno di organi, giudiziari o esecutivi, dello Stato (...) Nell'immediatezza risiede nel diritto al possesso della cosa, che compete al creditore pignoratizio, ma costituisce semplicemente un mezzo per acquistare e conservare il pegno, non per attuarlo. La immediatezza del potere va invece ricercata nel così detto diritto di seguito, perchè la possibilità di espropriare la cosa anche presso il terzo acquirente si determina automaticamente nel momento dell'acquisto da parte del terzo, senza bisogno della cooperazione da parti di nessuno") e a inerência (traduzida, designadamente, no direito de sequela, isto é, de executar o bem, ainda que este tenha sido adquirido por um terceiro).

<sup>3306</sup> Durante a fase fisiológica, a constituição do penhor assume igualmente relevo na circulação da situação creditória garantida, uma vez que a garantia – limitando o risco de, durante o tempo que medeia entre o surgimento do crédito e o seu cumprimento, voluntário ou forçado, o património do devedor ser depauperado - neutraliza a passagem do tempo, tornando mais intenso o poder de agressão do património do devedor atribuído a qualquer credor (e, deste modo, torna-o economicamente mais valioso e susceptível de um acto de disposição autónomo): nesta conformidade, o credor tem interesse na conservação da garantia, não apenas tendo em vista uma futura eventual execução forçada do mesmo, mas igualmente "anche in considerazione della ricaduta che questa possibilità ha sul suo interesse (ed in termini economici sul valore del credito) già nella fase fisiologica del rapporto". Assim sendo, "il pegno realizza già nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio il rafforzamento della situazione creditoria attraverso la conservazione del vincolo di destinazione sul bene idoneo a valorizzare l'interesse del creditore" - Francesca Dell'Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 38 e segs..

<sup>3307</sup> Salienta este aspecto Francesca Dell'Anna Misurale, *ob. cit.*, pág. 38 e segs., salientando que o penhor assume relevância na fase de execução forçada, que se segue ao incumprimento da obrigação garantida, impedindo que algum acto do devedor ou de terceiros - ou sequer o concurso de outros credores - possa perturbar a satisfação do direito do credor pignoratício.

<sup>3308</sup> Com efeito, mesmo antes da fase executiva, "la garanzia rafforza la sanzione e perciò, insieme a questa, rafforza l'osservanza della regola di condotta che prescrive l'adempimento e, eventualmente, pone rimedio alla sua violazione". De facto, num primeiro momento a constituição da garantia funciona como uma forma de pressão ao cumprimento ("La sola possibilità della futura coazione è, peraltro, di per sé idonea a disincentivare l'inadempimento; esso ha rilievo autonomo e la sanzione potrebbe ben risolversi in un mezzo di pressione psicologica o intimidatrice") e, caso não resulte, a tutela traduzir-se-á na satisfação do interesse do credor, pelo menos através do pagamento de uma quantia equivalente à dívida assegurada. Em suma, "nel pegno non sembra possibile scindere i due profili, concernente l'uno la conservazione della destinazione del bene, in sé idonea a salvaguardare l'interesse del creditore (espresso sotto il profilo economico nel maggior valor del credito), l'altro il rafforzamento dell'azione esecutiva in vista del soddisfacimento effettivo del creditore, in quanto, pur potendosi e dovendosi distinguere, sono aspetti indissolubilmente collegati". Do exposto decorre que peca por defeito, seja a posição que centra a sua atenção na fase executiva (nomeadamente contestando a imediação do penhor, alegando que a tal se opõe a necessidade de intervenção estatal, posição esta criticada pela Autora precisamente porque se torna necessário considerar também a fase conservatória, de modo que tal intervenção não é essencial nesta última fase, mas tão somente no momento da execução, pelo que não faz ao penhor perder o seu carácter de imediação), seja a que se ocupa apenas da fase conservatória (alegando que a fase executiva é meramente eventual e subordinada ao incumprimento da obrigação por

sua função, simultaneamente, de conservação do vínculo e de reforço da acção executiva.<sup>3309</sup>

Finalmente e talvez por força de toda esta indefinição, não falta quem desvalorize o problema da natureza real do penhor, aludindo à escassa importância prática que assume, tendo em conta a remota eventualidade do recurso à disciplina dos direitos reais para resolver questões específicas de regime jurídico para as quais não existam soluções no âmbito do penhor ou até da hipoteca.<sup>3310</sup>

Em nosso entender e conforme tivemos oportunidade de salientar anteriormente, o penhor, salvo quando incida sobre determinados bens (cuja específica configuração impede a outorga ao credor pignoratício das faculdades inerentes – em especial, a sequela - aos direitos reais), não pode deixar de qualificar-se como direito real de garantia (por comungar dos elementos delimitadores da figura acabados de expor) parecendo-nos secundário identificar a especial configuração e o concreto objecto desse direito, excepto quando daí possam advir consequências práticas relevantes.

Assim sendo, por exemplo, quando se trate de avaliar a licitude da substituição do objecto empenhado – fora dos casos em que tal operação é expressamente consentida por lei -, não nos repugna aceder à teoria que reputa como objecto do penhor o valor do bem onerado (e não tanto as concretas *res* empenhadas), de modo a legitimar (verificados que sejam outros pressupostos) aquelas substituições, sem ter sequer que invocar o instituto da sub-rogação real.

Similarmente, o recurso à configuração do penhor como relação complexa pode revelar-se útil para escarpelizar os poderes e deveres recíprocos das partes no momento que antecede a (eventual) execução da garantia.

---

parte do devedor, ao que a Autora contrapõe que “*la sola possibilità astratta di beneficiare degli strumenti di rafforzamento dell’azione esecutiva è idonea ad accrescere la sicurezza della situazione creditoria, riducendo il rischio che essa rimanga insoddisfatta. Ciò che è eventuale, dunque, non è il rafforzamento dell’azione esecutiva che (...) si realizza immediatamente, ma soltanto il concreto verificarsi della medesima fase esecutiva (...) chi richiede la costituzione di un pegno lo fa non in previsione dell’inadempimento del debitore, ma per l’eventualità che questo si verifichi*”) - Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 38 e segs..

<sup>3309</sup> Francesca Dell’Anna Misurale, ob. cit., pág. 49, conclui, em conformidade, que a função do penhor reside “*quale vincolo impresso su un bene in funzione conservativa, idoneo ad assicurare l’interesse del creditore al valore del credito e il suo più proficuo assoggettamento ad esecuzione forzata*”.

<sup>3310</sup> Carlos de Cores e Enrico Gabrielli, *Il pegno cit.*, págs. 335 e 336 e Hugo Ramos Alves, ob. cit., pág. 59.

# Conclusões

## CAPÍTULO I

1. O termo “penhor” é, mesmo na linguagem jurídica, polissémico, servindo para designar o próprio objecto, a garantia real (ou direito real) em si, o contrato do qual aquela nasce ou, finalmente, a relação jurídica que emerge da constituição da garantia.

2. Enquanto garantia, o penhor constitui-se normalmente por contrato, podendo, porém, equacionar-se a sua criação por determinação judicial, da lei ou por negócio jurídico unilateral.

3. O contrato constitutivo do penhor é um negócio tendencialmente unilateral (ou, eventualmente sinalagmaticamente imperfeito), presumivelmente oneroso, civil ou comercial (em função da natureza da obrigação assegurada).

4. Para a outorga desse contrato, em virtude da não inclusão deste como negócio na categoria dos negócios de mera administração, ao constituinte deverá assistir a capacidade para a prática de actos de disposição.

5. O contrato de penhor é um negócio consensual, não solene, não se encontrando sujeito a forma escrita, salvo quando este seja expressamente exigida por alguns dos regimes especiais entretanto aprovados.

6. É absolutamente legítima a celebração de contratos-promessa de penhor, muito embora a sua execução específica possa enfrentar obstáculos, em razão da exigência da entrega do bem onerado ao credor ou a terceiro (atendendo a que a declaração negocial emitida pelo tribunal poderá não ser bastante para a produção de efeitos do negócio).

7. O penhor pode ter como objecto bens móveis, não hipotecáveis, que se encontrem no comércio jurídico (isto é alienáveis e cedíveis), não sendo imprescindível a sua penhorabilidade ou a susceptibilidade de posse (no sentido material da expressão), alargando-se a garantia, sem prejuízo dos regimes particulares ditados para as benfeitorias, às acessões, aos frutos e aos acessórios do bem onerado.

9. Mais precisamente, o penhor pode incidir sobre bens consumíveis e não consumíveis, infungíveis e fungíveis, corpóreos e incorpóreos, embora nalguns casos se discuta a natureza pignoratícia da garantia sobre tais objectos

10. Em especial, quando o penhor recaia sobre bens fungíveis – o chamado penhor irregular – discute-se se a entrega dos bens ao credor não transfere a respectiva propriedade, assumindo este unicamente a obrigação de, uma vez extinta a obrigação garantida, devolver igual quantidade de bens da mesma espécie.

11. A necessidade de adaptação do regime tradicional, em especial no que concerne ao modo de constituição da garantia, motivou o surgimento de inúmeros regimes especiais para determinados objectos (conteúdo patrimonial do direito de autor, propriedade industrial, valores mobiliários, instrumentos financeiros e participações sociais) - os quais, na sua esmagadora maioria, dispensam a entrega material do bem onerado ao credor ou a terceiro – ou, mais raramente, em razão da natureza dos sujeitos (penhor constituído em favor de estabelecimentos bancários).

12. Há, porém, determinados bens, embora obedecendo aos requisitos gerais que condicionam a sua empenhabilidade, cujas características obstam (bens futuros, por força da necessidade de desapossamento imposta como condição de surgimento da garantia, ao menos sobre bens corpóreos) ou dificultam a sua empenhabilidade (bens em regime de comunhão, em razão da divisão da propriedade entre os vários consortes), de bens sujeitos a transformação (por implicarem uma substituição do objecto originariamente onerado), assumindo particular relevância as universalidades e, dentro destas, o estabelecimento comercial (não apenas em consequência da necessidade de desapossamento, como também do princípio da especialidade, ao impor que a garantia deva recair sobre coisas certas e determinadas).



13. O penhor pode assegurar o cumprimento, não apenas de obrigações presentes, mas igualmente de obrigações condicionais a termo e até futuras, bem como – apesar de alguns escolhos - de *dare, facere e non facere*, genéricas ou alternativas, sendo mais duvidosa a resposta a respeito das obrigações naturais e prescritas, alargando-se a garantia, em regra, de modo a assegurar os acessórios do crédito garantido.

14. Quanto à sua constituição, o penhor de coisas corpóreas é tradicionalmente considerado real, no sentido em que o surgimento da garantia não pode prescindir do desapossamento material do constituinte (e o correspondente empossamento do credor ou de terceiro ou, em alternativa, a criação de uma situação de comosse), sem a qual o pacto celebrado deverá ser qualificado como mero contrato-promessa.

15. Atendendo às funções normalmente atribuídas àquela tradição material do bem – o reforço da protecção do credor contra actos de disposição praticados pelo empenhante, a publicitação da garantia e a perfeita identificação da coisa empenhada – a doutrina e jurisprudências ainda dominantes impõem uma tradição efectiva, real imediata, exclusiva, notória, ostensiva e aparente, admitindo, quando muito, a tradição ficta, *brevi manu* ou simbólica (sobretudo nos casos expressamente previstos em legislação especial), mas recusando a idoneidade do constituto possessório (não obstante a circunstância de, por vezes, a própria lei consentir o surgimento da garantia mediante o recurso a esta forma de tradição atenuada, como sucede no penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários).

16. O constituinte a quem seja entregue o bem na sequência do nascimento do penhor assume, simultaneamente, a qualidade de possuidor (relativamente ao direito de penhor) e de detentor (quanto ao direito de propriedade), enquanto o terceiro a quem seja confiado o bem para guarda assume uma posição análoga à de um depositário (sem que tal signifique, porém, a aplicação automática das regras ditadas para este).

17. O penhor de direitos constitui-se do mesmo modo que se opera a transmissão dos mesmos, enquanto o penhor de créditos pressupõe a notificação do terceiro devedor do crédito empenhado (mas sem exigir a entrega do documento que constate a existência do crédito onerado).

18. O penhor, enquanto garantia, revela-se acessório da obrigação cujo cumprimento assegurado, assumindo tal dependência relevância nos momentos da constituição, transmissão e extinção do crédito garantido (sem prejuízo, contudo, do reconhecimento, para determinados efeitos, de alguma autonomia à garantia pignoratícia).

19. O penhor, enquanto garantia, é igualmente indivisível, projectando-se esta indivisibilidade no domínio do crédito garantido (quer do lado activo, quer do lado passivo) e da coisa onerada, embora seja legítimo às partes afastar, total ou parcialmente, o carácter indivisível da garantia.

20. Na vigência da relação de garantia, assistem ao credor pignoratício, para além do direito de preferência, os direitos de usar das acções destinadas à defesa do seu direito (em especial, as acções possessórias e a reivindicação), de ser indemnizado das benfeitorias necessárias úteis (embora em termos diversos numa hipótese e na outra) e de exigir a substituição, o reforço do penhor ou o cumprimento imediato da obrigação, em caso de perecimento ou insuficiência da garantia para assegurar a obrigação garantida (em termos análogos ao que sucede com a hipoteca).

21. Inversamente, sobre o mesmo sujeito recaem os deveres de restituir o bem empenhado aquando da extinção da obrigação garantida (ou, noutra prisma, o direito de recusar tal restituição enquanto não se produzir esta extinção), de não usar o bem onerado sem autorização do empenhante, excepto se tal utilização se revelar indispensável para a conservação da coisa onerada (cabendo no âmbito deste dever a interdição do chamado sub-penhor) e de guardar e conservar o bem onerado como um bom pai de família (muito embora a amplitude de tal dever varie substancialmente consoante a natureza do bem onerado), não podendo, ainda, praticar os actos de disposição sobre o bem onerado (uma vez que o penhor é uma garantia não translativa da propriedade).

22. Quer o credor pignoratício, quer o empenhante, dispõem da faculdade de requerer a venda antecipada do objecto da garantia, desde que se munam previamente de uma autorização judicial.

23. Em caso de execução da garantia, o credor pode optar pela atribuição do bem em pagamento (precedida de avaliação judicial da coisa) ou, em alternativa, pela venda, a qual pode processar-se extrajudicialmente (desde que respeitados alguns princípios gerais do ordenamento, de entre os quais avulta a interdição das convenções comissórias) ou no âmbito de um processo executivo comum (sem prejuízo da existência de diversos procedimentos especiais para determinado tipo de bens e de outras formas mais expeditas de execução, em especial no âmbito do penhor de créditos).

24. O penhor pode extinguir-se em razão da verificação de efeito análogo com à obrigação garantida (no que constitui um corolário da acessoriedade daquele em relação a esta), assim como por causas que lhe são privativas.

## CAPÍTULO II

1. A imposição do desapossamento como condição indispensável para o nascimento do penhor é fonte de inúmeros prejuízos para o empenhante, para o credor para o próprio comércio jurídico, colocando, ademais, em risco a oneração pignoratícia de um vasto leque de bens.

2. Não surpreende, por isso, que nos diversos ordenamentos várias soluções, legislativas e jurisprudenciais, tenham sido gizadas para eliminar este monopólio do binómio desapossamento do devedor/ empossamento do credor (ou de terceiro), surgindo a submissão da garantia a registo como uma alternativa válida, embora limitada a bens que apresentem determinadas características.

3. Todavia, os caminhos trilhados passaram, ora por uma reformulação geral do regime tradicional do penhor de modo a consentir mecanismos alternativos de constituição desta garantia (direito francês), ora pela simples criação de regimes especiais que afastam algum ou alguns dos aspectos mais nefastos do regime tradicional, sem prejuízo da manutenção do desapossamento como exigência imprescindível para o regime comum (direito italiano, espanhol), ora pelo recurso

sistemático à propriedade com fins de garantia (direito alemão) ou, ainda, pela funcionalização do próprio conceito de garantia mobiliária, nele incluindo todas as figuras, independentemente da sua configuração, utilizadas com um desiderato garantia (direito norte-americano).

4. O caminho seguido pelo ordenamento pátrio enquadra-se na tendência seguida pelos direitos espanhol e italiano, ou seja, passa pela criação de penhores para cuja constituição se dispensa o desapossamento do empenhante, sem prejuízo da manutenção do regime tradicional.

5. Face a este panorama, recomenda-se o afastamento da necessidade de entrega do bem ao credor ou a terceiro como condição para o nascimento do penhor, destarte eliminando a sua natureza real quanto à constituição, impondo a sujeição a forma escrita como única condição de validade do contrato constitutivo do penhor, surgindo o desapossamento como uma entre outras – entre as quais o registo - formas de assegurar a oponibilidade da garantia.

6. Adicionalmente e sempre no intuito de aperfeiçoar o regime jurídico pátrio, advoga-se igualmente a expressa previsão e regulamentação de penhores sobre universalidades (e, em particular, sobre o estabelecimento comercial), assim como a declarada flexibilização da interdição do pacto comissório (em especial relativamente a bens com valor objectivo e irrefutável).

7. Esta diversidade de garantias mobiliárias, possessórias e não possessórias, tem tornado inglórias as tentativas de harmonização jurídica internacional neste domínio.

8. Mas a tentativa de superação da natureza imperiosa do desapossamento enquanto condição de nascimento do penhor, mesmo na ausência de intervenções legislativas ou de pronúncias judiciais, pode ser alcançada mediante uma nova leitura dos preceitos legais que (supostamente) impõem tal exigência, concluindo que os mesmos visam assegurar a impossibilidade de disposição do bem por parte do empenhante, podendo tal desiderato ser atingido através de outras formas de desapossamento que não pressupõem uma tradição material do bem.

9. No que concerne à exigência de determinação do crédito garantido, a não sujeição do negócio constitutivo do penhor a forma escrita coloca em risco o cumprimento de tal exigência, sendo mais um argumento que depõe a favor da imposição de tal formalidade.

10. À luz desta mesma imposição, será de excluir a licitude das denominadas cláusulas *omnibus*, admitindo-se, porém, a conformidade das cláusulas de extensão (ao menos quanto aos créditos determináveis no momento da constituição da garantia).

11. Relativamente à determinação do objecto onerado, a mesma ausência de suporte físico que os descreva conduz a que o cumprimento desse requisito esteja a cargo da entrega do bem (sem prejuízo desta exigência dever ser flexibilizada para determinado tipo de bens, como as universalidades e os bens fungíveis).

12. A alegada inadmissibilidade de mutação não obsta, inelutavelmente, à substituição do objecto da garantia, sem efeitos novatórios, seja no âmbito das hipóteses legalmente previstas, seja mesmo em execução de convenções das partes nesse sentido (os chamados pactos rotativos), desde que acautelados os demais interesses de terceiros, em particular dos demais credores do empenhante, podendo este fenómeno enquadrar-se (ao menos quanto a determinados bens) no âmbito do instituto da sub-rogação real.

13. De entre esses requisitos, contam-se a necessidade de o pacto de rotatividade ser definido *ab initio* e conter a indicação dos bens originários e daqueles que os poderão vir a substituir e obrigatoriedade de o valor dos bens substitutos não poder ultrapassar o dos bens substituídos.

14. A razão proibição das convenções comissórias (definíveis como aquelas através das quais o credor adquire a propriedade do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação garantida), vigente em diversos ordenamentos (embora com amplitudes diversas), deve procurar-se, primordialmente, na contrariedade da mesma face a alguns dos princípios fundamentais da nossa ordem jurídica (em especial, a tipicidade dos direitos reais e das causas legais de preferência e, acessoriamente, a *par conditio creditorum*) e, reflexamente, na protecção do empenhante e dos seus credores.

15. Embora esta interdição pareça assumir um âmbito irrestrito, uma análise mais aprofundada conduz à admissibilidade dos chamados pactos marcíanos, assim como de outras convenções através das quais o credor adquire a propriedade do bem onerado em caso de incumprimento da obrigação garantida, em especial quando a coisa dada em garantia seja passível de uma avaliação objectiva.

### CAPÍTULO III

1. A inobservância de determinados aspectos do tipo legal de penhor não implica, automaticamente, a exclusão de uma determinada garantia da órbita daquele instituto.

2. No que toca à (pretensa) imutabilidade do objecto da garantia como elemento do tipo legal do penhor, entendemos que esta não integra o tipo legal de penhor, atendendo à viabilidade desta garantia pode incidir sobre bens fungíveis e/ou universalidades (bens estes cuja especial configuração os torna, inevitavelmente, sujeitos a modificações do seu conteúdo), o mesmo valendo para os penhores assistidos de cláusulas rotativas.

3. Relativamente ao desapossamento, advogamos que o objectivo que preside à sua imposição é a privação da disponibilidade do bem onerado, associada à publicidade da garantia que lhe é inerente, pelo que apenas quando um formalismo alternativo à entrega do bem ao credor cumpra tais desideratos fará situar a garantia assim criada no âmbito do penhor, como sucederá quando a constituição do penhor se encontre sujeita a registo (ao menos quando este seja de acesso livre, no sentido de a sua consulta ser permitida a qualquer interessado), mas já não com outros mecanismos (v.g. mera entrega das chaves ou constituto possessório) desprovidos de efeitos publicitários.

4. Quando, porém, a garantia se encontre sujeita a registo, o inegável efeito publicitário deste não permitirá, por si só, integrar a garantia da órbita do penhor, uma vez que também a hipoteca não prescinde dessa formalidade para a sua constituição, pelo que a distinção passará pela delimitação dos poderes atribuídos ao constituinte, ou seja, a atribuição de faculdades de uso e fruição do bem conduzirá à qualificação da

garantia como hipoteca e, se tal não acontecer, a garantia será qualificável como penhor (sem prejuízo da necessidade de adaptação destes postulados ao penhor de créditos).

5. Em suma e em termos aproximados, os tais elementos essenciais do tipo legal do penhor tendem a coincidir com os três momentos de vida da garantia, ou seja, constituição (com o inerente impossibilidade de o empenhante usar e dispor do bem onerado), operatividade (momento no qual relevam os direitos e deveres das partes no decurso da relação pignoratícia, bem como a eventual modificação dos objectos onerados) e extinção, mais especificamente através da sua execução (avultando, nesta sede, a possibilidade de execução extra-judicial e inadmissibilidade das convenções comissórias).

#### CAPÍTULO IV

1. O penhor constitui uma garantia real das obrigações (por reforçar a probabilidade de cumprimento forçoso do crédito garantido, sujeitando um determinado bem preferencialmente ao seu pagamento) e, *a priori*, um direito real de garantia (por comungar das principais características normalmente associadas a este, designadamente a preferência e a sequela).

2. Porém, quando incida sobre determinados objectos (em particular, bens fungíveis e universalidades, mas não sobre os bens incorpóreos em geral), as especificidades destes implicam a amputação do direito de sequela, acarretando a sua exclusão da órbita dos direitos reais, mas não das garantias reais.

3. Estas conclusões serão de manter para quem, como nós, defenda a inclusão dos direitos (reais) de garantia na categoria dos direitos reais, independentemente da noção de direito real que se adopte.

## Bibliografia (acutalizada a 1 de Janeiro de 2012)

Abbadessa, Pietro – Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Vol. 51, n.º 2 (Mar/Abr 1998), II, págs. 210 a 219

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de - Curso de Direito Comercial, Vol. I (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 8.ª Edição, 2011

- Curso de Direito Comercial, Vol. II (Das sociedades), Almedina, 4.ª Edição, 2011

- (coord.) Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I, Almedina, 2010

Acevedo y Criado, Ismael – Origen y evolución de la prenda sin desplazamiento o con registro y sus antecedentes en las legislaciones extranjeras y la de Perú, in Revista de derecho y ciencias políticas, Lima, ano 24, n.ºs 1-2 (1959), págs. 19 a 104

Albaladejo, Manuel – Compendio de derecho civil, Edisofer, 2011 (14.ª Edição)  
- Derecho civil III, Derecho de bienes, Edisofer, 2010 (11.ª Edição)

Alterman, Henri – Gage sur marchandises et sur logiciel, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 16 e segs.

Alves, Hugo Ramos – Do penhor, Almedina, 2010

Ambrosini, Stefano – Pegno di titoli di credito, mandato fiduciario e insolvenza della società fiduciaria, in Giurisprudenza Commerciale, n.º 21 (1994), II, págs. 308 a 327

Ancel, Pascal – Droit des sûretés, 2.ª Edição, Litec, 2000

Andrade, Margarida Costa - O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 70 (Janeiro/Dezembro 2010), p. 351-393, consultado em <http://hdl.handle.net/10316/13012>

Annunziata, Filippo – Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie, in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 2003, II, págs. 177 a 241

Antunes, João Tiago Morais – Do contrato de depósito escrow, Almedina, 2007

Antunes, José A. Engrácia – Direito dos contratos comerciais, Almedina, 2009

Aranda Rodríguez, Remedios – La prenda de créditos, Marcial Pons, Madrid, 1996

(e Mondéjar Peña, Maria Isabel) – La compensación por el acreedor pignoraticio como forma de ejecución de la garantía de dinero o título representado por dinero en la ley catalana 19/2002, in Garantías reales



mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 563 a 570

Arnau Raventós, Lúdia – La imputación del artículo 1.868 del Código Civil, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 461 a 481

Arroyo, Ignacio (e Embid, José Miguel) – Comentarios a la ley de sociedades anónimas, Volume I, Tecnos, 2009, 2.ª Edição

Ascensão, José de Oliveira – Direito Civil Reais, 5.ª Edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2000

- A tipicidade dos direitos reais, Livraria Petrony, 1968

- Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso, in Themis, Edição especial Novo direito da insolvência, 2005, págs. 105 a 130

Atias, Christian – La valeur engagée (sur l'object du gage), in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 72 e segs.

Aynès, Laurent (e Crocq, Pierre) – Les sûretés: la publicité foncière, Defrénois, 2004

- Les sûretés: la publicité foncière, Defrénois, 2009 (4.ª Edição)

- Rapport introductif, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 9 e segs.

Azzaro, Andrea Maria – Il pegno “rotativo” arriva in Cassazione: ovvero “comme la dottrina diventa giurisprudenza”, in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1998, II, págs. 491 a 496

- Pegno “rotativo” e operazione económica, in Rivista di diritto commerciale, 2000, II, pág. 255 e segs.

Baggio, Filippo (e Rebbeca, Giuseppe) – Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote, Giuffrè, 2005

Balbo, Valentina Amelia Maria – Divieto del patto comisorio e alienazione a scopo di garanzia, in [www.diritto.it/materiali/civile/balbo.html](http://www.diritto.it/materiali/civile/balbo.html)

Ballarín Marcial, Alberto – Prenda de acciones y de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada, in Estudios sobre a sociedad anonima (dirigido por Víctor Manuel Garrido de Palma), 2.º Vol., Civitas, Madrid, 1991, págs. 197 a 225

Baptista, Mário Neves – Penhor de créditos, Recife, 1947

Barbiera, Lelio – Le garanzzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, n.º 55 (1992), págs. 727 a 748

Barrada Orellana, Reyes – Las garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña, València, Tirant lo Blanch, 2005

Bastos, Joaquim – Do penhor mercantil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1943

Bartalini, Guido – Brevi analisi dei profili civilistici del *sale and lease back*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 17 (1990), I, págs. 671 a 680

Baudry-Lacantinerie, G. (et P.de Loynes), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Vol. XXV, Paris, 1906

Bautista Pérez, Fernando – Prenda de acciones y prenda de cartera de valores, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 47 a 76

Bavetta, Giuseppe – La cessione di credito a scopo di garanzia, in *Il Diritto Falimentare e delle Società Commerciale*, n.º 70 (1995), I, págs. 588 a 611

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo – El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 377 a 416

- Manual de derecho civil: derechos reales, Bercal, 2008 (2.ª Edição)

Bianca, C. Massimo – Il divieto del patto comissorio, Giuffrè, 1957  
- Patto comissorio, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3.ª Edição, 1957, Vol. XII, págs. 711 a 721

Bianchi, Emilio – Dei privilegi e delle cause de prelazione del credito in generale, in *Il diritto civile italiano* (a cura di Pasquale Fiore), Napoli, 1907

Billiau, Marc – Réflexions sur le gage, in *La semaine juridique*, Ano 70, n.º 2, (10/1/1996), 3897, págs. 21 a 25

Bochicchio, Francesco – Il pegno di valori mobiliari: servizi finanziari e garanzie reali, in *Contratto e Impresa*, ano 8, n.º 1 (1992), págs. 199 a 248

Borzi, Umberto – Brevi note suul’ammissibilità del pegno bancario rotativo, in *Revista di Diritto Commerciale*, 1996, II, pág. 151 e segs.

Buonaiuto, Mauro – Pegno e usufruto di quote di società in nome collettivo, in [www.diritto.it/materiali/civile/doc7.html](http://www.diritto.it/materiali/civile/doc7.html) (26/6/2006)

Briolini, Federico – L’attuazione del pignoramento e dei sequestri di azioni nominative, in *Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, n.º 54 (Mar/Abr 2001), I, pág. 180 a 222

Broggini, Gerardo – Le garanzie nei contratti internazionali, in *Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, n.º 53 (2000), I, págs. 335 a 360

Bruni, Gian Bruno – La garanzia “fluttuante” nell’esperienza giuridica inglese e italiana, in *Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, n.º 49 (1986), I, págs. 692 a 712

Bruno, Niccolò A. – La disciplina del pegno su azioni secondo la prassi giurisprudenziali, Luiss Guido Carli, 2001

Bugani, Ira – Il divieto del patto comissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita), in *La giurisprudenza civile comentata*, ano 2, n.º 1 (Jan/Fev 1986), II, págs. 31 a 42

Bullo, Lorenza (e Claudia Sandei) – Pegno di azioni e quote sociali, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon

Bussani, Mauro – Il problema del patto comissorio, Giappichelli Editore, Torino, 2000

- Patto comissorio, proprietà e mercato (appunti per una ricerca), in *Rivista Critica di Diritto Privato*, n.º 15 (1997), págs. 113 a 131

- Il modello italiano delle garanzie reali, in *Contrato e Impresa*, n.º 15 (1997), págs. 163 a 192

- Los modelos de las garantías reales en civil y en common law. Una aproximación de derecho comparado, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 237 a 250

Bustos Pueche, Jose Enrique – Teoria general de los derechos reales de garantia con especial atención al patto comissorio, in *ADC*, Tomo XIII, Vol. 2, 1990, págs. 539 a 542

Caballol Angelats, Lluís – Dimensión procesal de la ejecución de las garantías reales sobre cosa mueble, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 297 a 308

Cabrillac, Michel (e Mouly, Christian) – Droit des sûretés, 5.<sup>a</sup> Edição, Litec, 1999

- Droit des sûretés, 9.<sup>a</sup> Edição, Litec, 2010

- La proteccion du creancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Sirey, 1954

Cachón Blanco, José Enrique – La capacidad de obrar y los derechos reales de garantia, in *Tratado de garantias en la contratacion mercantil*, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 95 a 148

Callegari, Mia – Il pegno su titoli dematerializzati, Giuffrè, 2004

Campo Güerri, Miguel-Ángel – La realización notarial de las garantías reales, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 289 a 296

Campos, Maria Isabel Helbing Menéres de – Da hipoteca: caracterização, constituição e efeitos, Almedina, 2001

Canário, António Colaço – O penhor de créditos e a eficácia externa das obrigações, in RJ (?) N.º 1 Out/Dez 1982, págs. 57 e segs.

Candian, Albina – Le garanzie mobiliari, Giuffrè, 2001  
- La direttiva num. 2002/47 en materia de garantías financieras: el futuro de las garantías reales mobiliarias en Europa, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 231 a 236

[Cano Martínez de Velasco, José Ignacio](#) – La posesión, el usufructo y la prenda de derechos, Bosch, 2005

Caringella, Francesco (Della Valle, Francesca e Della Valle, Sandra) – Codice Civile annotato con la giurisprudenza, Giuffrè Editore, 2006

Carnevali, Ugo – Patto comissorio, in Enciclopedia del Diritto, Vol XXXII Giuffrè, Milano, 1982, págs. 499 a 506

Carrassi, Carla – Il pegno omnibus, in La nuova giurisprudenza civile commentata, ano 2, n.º 4 (Jul/Ago 1986), II, págs. 312 a 319

Carvalho, José Augusto Marques de – Natureza jurídica e condições de validade do penhor, Universidade de Coimbra, 1942

Carvalho, Orlando de – Direito das Coisas, Centelha, Coimbra, 1977

Castro, Anselmo de – A acção executiva singular, comum e especial, Coimbra, 1970

Chessa, Corrado – Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto comissorio, in Giurisprudenza Commerciale, n.º 21 (1994), págs. 669 a 676

Chiné, Giuseppe – Il pegno “rotativo” tra realtà e consensualità, in Giurisprudenza Italiana, n.º 148 (1996), I, 2, págs. 569 a 576

Chironi, G. P. – Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno, Vols. I e II, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1894

Ciccarello, Sebastiano – Pegno (diritto privato), in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, págs. 682 a 701

Cipriani, Nicola – Patto comissorio e patto marciano: proporzionalità e legittimità delle garanzie, Edizione Scientifiche Italiane, 2000

Coccia, Claudio – É possibile il pegno dei diritti di utilizzazione di un giocatore di basket?, in Rivista di diritto sportivo, ano 45, (Out-Dez 1993), págs. 679 a 685

Coelho, Luís Pinto – Direitos reais, Súmula das lições proferidas no 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano lectivo 1939-1940, coligidas por Pedro da Câmara Rodrigues de Freitas e Carmindo Rodrigues Ferreira

Colombo, Giovanni E. – Pegno bancario: le clausule di estensione, la prova della data, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti n.º 45 (1982), págs. 193 a 214

Cordeiro, António Menezes – Direitos Reais, Lex, Lisboa, 1993  
- Direitos reais, Sumários, AAFDL, 2000  
- Manual de direito bancário, Almedina, 2010 (4.ª Edição)  
- A posse: perspectivas dogmáticas actuais, Almedina, 2000 (3.ª Edição)

Cordero Lobato, Encarna – Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 77 a 89  
- Comentario aos art.ºs 1857.º a 1873.º, in Comentarios al Código Civil (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 2.ª Edição, 2006

Costa, Mário Júlio de Almeida – Direito das Obrigações, 12.ª Edição, Almedina, 2009  
- Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – notas de direito comparado, in Direito e Justiça, n.º 1 (1980), págs. 41 a 57  
- Penhor; ilicitude na guarda da coisa penhorada; venda antecipada, in Colectânea de Jurisprudência, ano X (1985), Tomo II, págs. 20 a 29  
- Penhor imobiliário, in Temas de História de Direito, Coimbra, 1970

Costa, Salvador da – O concurso de credores: sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias, Almedina, 2009 (4.ª Edição)

Costantino, Giorgio (e Jannarelli, Antonio) – Commento alla legge 24 Luglio 1985, n.º 401, in Nuove Legge Civile Comentate, n.º 9 (1986), págs. 540 a 556

Costanza, Maria – Valori mobiliari: titoli di stato in pegno, in Contratto e Impresa, ano 7, n.º 3 (1991), pág. 1043 a 1048  
- Dubbi sull'esistenza di pegno di cosa futura, in Giustizia Civile, 1999, I, pág. 97 e segs.

Coviello, Leonardo – Delle ipoteche nel diritto civile italiano, 2.ª Edição, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936

Crocq, Pierre – Las propiedades garantía en Europa, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 165 a 176

Cruz Moreno, Maria – La prenda de créditos, in RCDI, n.º 618, 1993, págs. 1271 a 1316

Cunha, Paulo – *Da garantia nas obrigações*, Apontamentos das aulas do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano lectivo de 1938-1939, coligidas por Eudoro Pamplona Côrte-Real, Tomos I e II

Cunha, Paulo Olavo – Direito das sociedades comerciais, 3.ª Edição, Almedina, 2009

Curto Polo, Maria Mercedes – Los préstamos pignoratícios en el monte de piedad: una realidad vigente en Europa, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 311 a 329

Cusato, Barbara – Il pegno, Giuffrè, Milano, 2006

Dalmartello, A. – Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto), in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1950, Págs. 315 a 347

- Pegno irregolare, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. XII, 3.ª Edição, 1957, págs. 798 a 807

Danese, G. Andrea (e Gabrielli, Enrico) – Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della *floating charge* nel diritto inglese, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti n.º 58 (1995), I, págs. 633 a 659

Davies, Iwan – The reform of personal property security law: can article 9 of the US uniform commercial code be a precedent?, in International and Comparative Law Quarterly, n.º 37 (1988), págs. 465 a 504

D'Ercole, Stefano – Sull'alienazione in garanzia, in Contratto e impresa, n.º 11 (1995), págs. 228 a 259

De Cores, Carlos (e Enrico Gabrielli) – El nuevo derecho de las garantías reales: estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias, Editorial Reus, 2008

De la Santa García, Enrique Moreno – Prenda de valores en garantía de operaciones crediticias: prenda telemática, Marcial Pons, 2002

De Nova, Giorgio – Recensione a Enriço Gabrielli, Sulle garanzie rotative, Napoli, 1998, in Rivista di Diritto Civile, 1999, I, pág. 408 e segs.

De Paola, Stefano Andrea – Le garanzie atipiche e il pegno rotativo, 2001, in <http://www.tesionline.it/default/tesi.asp?id=8108>

Priego-Fernández, Verónica – La prenda: realización del valor de la cosa pignorada. Distintas opciones del acreedor pignoratício. Procedimientos alternativos a las subastas públicas, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 519 a 530

Delebecque, Philippe – L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 124 e segs.

Dias, Joana Forte Pereira – Mecanismos convencionais da garantia do crédito: contributo para o estudo da garantia mobiliária “rotativa” mobiliária no ordenamento jurídico português, Tese de mestrado, 2006, in Biblioteca da FDUL

Dias, Jorge de Figueiredo (Coordenação) – Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, II, Almedina, 1999

Diaz Moreno, Alberto – La prenda de anotaciones en cuenta, in RCDI, 1991, págs. 355 a 441

Diez-Picazo, Luís – Sistema de derecho civil, 5.ª Edição, Vol. 3, Civitas, Madrid, 2008

Doise, Dominique – Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 30 e segs.

Dolmetta, Aldo Angelo – *Lease-back* e patto comissorio: un rapporto complesso, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 29 (2002), I, págs. 306 a 317

Duarte, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais, 2.ª Edição, Principia, 2007

Enriques, Luca – Il pegno di patrimoni oggetto di gestione mobiliare, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1993, págs. 759 a 775

Epifânio, Maria do Rosário - Manual de direito da insolvência, 3.ª Edição, 2011, Almedina

Faggella, G. – Il pegno commerciale, in *Commentario al Codice di Commercio* (Vol. VII), Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924

Fasquelle, D. – Le nantissement des valeurs mobilières, in *RTDC*, 1995, págs. 1 a 37

Fernandes, Luís Carvalho – Lições de direitos reais, 6.ª Edição, Quid Juris, 2009  
- (e João Labareda) Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado, Quid Juris, 2008

Fernández Calvo, Ramón – La extensión de la prenda a una segunda garantía, *Difusión jurídica*, 2008

Fernández del Pozo, Luis – La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 91 a 122

Fernando, Maria Augusta – Oneração de valores mobiliários, 2003, in [http://www.jpab.pt/files/text/h15\\_2003%20Julho\\_Onera%C3%A7%C3%A3o%20de%20valores%20mobili%C3%A1rios\\_Maria%20Augusta%20Fernando.pdf](http://www.jpab.pt/files/text/h15_2003%20Julho_Onera%C3%A7%C3%A3o%20de%20valores%20mobili%C3%A1rios_Maria%20Augusta%20Fernando.pdf)

Ferrara, Francesco (junior) – L'ipoteca mobiliare, Foro Italiano, Roma, 1932

Ferrari, Emanuele – I floating charges e le garanzie del credito all'impresa, in Rivista del Notariato, n.º 50 (1996), págs. 1357 a 1366

Ferreira, António Pedro A. – Direito bancário, 2.ª Edição, Quid Juris, 2009

Ferreira, Durval – Posse e usucapião, 3.ª Edição, Almedina, 2008

Finardi, Dario – Efficacia reale del pegno rotativo: posizione consolidata dalla giurisprudenza, in Fallimento, 2000, pág. 775 e sgs.

- Orientamento antiformalistico della giurisprudenza di merito in tema di pegno rotativo, in Il Fallimento, 1998, pág. 729 e sgs.

Finez Ratón, José Manuel – Garantías sobre cuentas y depósitos bancários. La prenda de créditos, Bosch, 1994

Fiorentini, Francesca – Garanzie reali atipiche, in Rivista di Diritto Civile, n.º 46 (2000), págs. 253 a 292

Fonseca, Patrícia Afonso – O penhor financeiro: contributo para o estudo do seu regime, Relatório de mestrado, 2005, Biblioteca da FDUL

Fonseca, Tiago Soares – O penhor de acções, 2.ª Edição, Almedina, 2007

Fontana, Antonio – Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 Luglio 1985, n.º 401, in Qadrimestre – Rivista di diritto privato, n.º 1 (1991), págs. 60 a 101

Forchielli, Paolo – Opponibilità al proprietario del pegno non scritto di cosa rubata, in Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, 1950, pág. 1098 e sgs.

Fornier Delaygua, Joaquim J. – Garantías reales mobiliarias. Las garantías internacionales: ley aplicable, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 139 a 162

Freitas, José Lebre de - A Acção Executiva - Depois da Reforma da Reforma, Coimbra Editora, 5.ª Edição, 2009

- Código de processo civil anotado, Coimbra Editora, 2003

Furtado, Jorge Henrique Pinto – Deliberações de sociedade comerciais, Almedina, 2005

Gabrielli, Enrico – Sulle garanzie rotative, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998



- Il pegno anomalo, Padova, Cedam, 1990
- Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, Ano 13, n.º 4 (Dez. 1995), págs. 643 a 674
- Pegno, in *Rivista di Diritto Civile* n.º 39 (1993), II, págs. 687 a 700
- I negozi costitutivi di garanzie reali, in *Revista Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, 1996, I, pág. 149 e segs.
- Il contratto e l'operazione economica, in [www.judicium.it/Relazioni/Congresso\\_2002](http://www.judicium.it/Relazioni/Congresso_2002)
- Garanzie rotative, garanzie fittuanti e trust: problemi generali, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it)
- Il pegno, in *Trattato di Diritto Civile* (diretto da Rodolfo Sacco), I diritti reali (Vol. V), UTET, 2005
- Garanzia "rotativa", vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno, in *Rivista di Diritto Civile*, 1992, II, pág. 267 e segs.
- Spossamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali, in *Il Fallimento*, 2002, 9, pág. 933 e segs.

Gabrielli, Giovanni – La pubblicità legale nel sistema del codice civile, in *Rivista di Diritto Civile*, 1992, I, págs. 455 a 480

Gaetano, Paolo – I privilegi, Unione tipografica-editrice torinese, Torino, 1939

Gama, Afonso Dionysio – Do penhor civil, mercantil e agrícola, Livraria Académica, São Paulo, 1919

García-Pita y Lastres, José Luis – La hipoteca mobiliaria e la prenda sin desplazamiento, en el derecho mercantil, in *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 149 a 331

García Vicente, José Ramon – La prenda del crédito, Madrid, Thomson-Civitas, 2006

- La prenda de créditos: aspectos generales, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 27 a 45

Gasperoni, Nicola – Modalità di costituzioni di pegno sui titoli azionari nominativi e legittimazione del creditore pignoratizio, in *Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, n.º 14 (1951), II, págs. 309 a 314

Gatti, Serafino – La peculiare natura dei contratti dei monti di credito su pegno nell'ordinamento giuridico italiano, in *Rivista del Diritto Commerciale Generale delle Obligazioni*, ano 92, n.ºs 3-4 (Mar/Abr 1994), Parte Prima, págs. 155 a 165

- Il credito sul pegno, Giuffrè, 2.ª Edição, 2002

Gazzoni, F. – Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazione), in *Rivista del Notariato*, 2000, pág. 1464 e segs.

- Il vestito di imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo), in *Rivista del Notariato*, 2002, pág. 563 e segs.

Gérard, Yves – La pratique commerciale du gage sans dépossession, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 52 e segs.

Ghestin, Jacques (direcção) e Mestre, Jacques Putman, Emmanuel et Billiau, Marc – Droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996

- Droit special des sûretés réelles, LGDJ, 1996

Gil Rodriguez, Jacinto – La prenda de derechos de crédito, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, págs. 333 a 375

Gigliotti, Fulvio – Il divieto del patto comissorio, Milano, Giuffrè, 1999

Ginebra Molins, M. Esperança (e Mateo Borge, Ivan) – La pignoración de depósitos bancarios a plazo fijo: eficacia de la prenda frente a embargos posteriores: consideración especial del pignus debiti, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 573 a 600

Gitti, Gregorio – Divieto del patto comissorio, frode alla lege, “sale and lease back”, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.º 47 (1993), págs. 457 a 492

Gomes, Júlio Manuel Vieira – Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano, in Cadernos de Direito Privado, n.º 8 (Out/Dez 2004), págs. 63 a 72

- Do direito de retenção (arcaico mas eficaz), in Cadernos de direito privado, n.º 11 (2005), pág. 3 e segs.

Gomes, Manuel Januário da Costa – Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, 2000

Gómez-Salvago Sánchez – Cuestiones en torno al privilegio del acreedor con garantía real mobiliaria y otros supuestos asimilados, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 507 a 518

Gonçalves, Augusto Penha – Curso de direitos reais, Universidade Lusíada, 1992

Gonçalves, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. V, Coimbra Editora, 1932

Goode, R. M. – A credit law for Europe?, in International and Comparative Law Quarterly, n.º 23 (1974), págs. 227 a 291

Gorla, Gino (e Zanelli, Pietro) – Del pegno, delle ipoteche, in Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca, 4.<sup>a</sup> Edição, Zanichelli Editore, 1992

Graça, Diogo Macedo – Os contratos de garantia financeira, Almedina, 2010

Grande, Franzo – Pegno di azienda nel nostro ordinamento?, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1959, II, pág. 227 e segs.

Grimaldi, Michel – La prenda en derecho francés: derecho positivo y proyecto de reforma, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 17 a 25

Groupe de travail relatif a la reforme du droit des sûretés – Rapport au Ministre de la Justice, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf>

Guilarte Zapatero, Vicente – Comentario aos art.ºs 1857.º a 1873.º, in - *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Vol. XXIII (art.ºs 1822.º a 1886.º), Dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial revista de derecho privado (2.ª edición), 1990

Guillouard, L. – *Traité du nantissement et du droit de retention*, 2.ª Edição, A. Pedone Editeur, Paris, 1896

Gurini, Roberto – L'azione revocatoria e gli atti dispositivi a titolo gratuito: considerazioni intema di pegno rotativo, in [www.diritto.it/materiali/civile/gurini.html](http://www.diritto.it/materiali/civile/gurini.html)

Hardel, Roger – *Étude de la notion de dessaisement en matière de gage en droit français*, Sirey, 1933

Jhering, Rudolf von (tradução de José A.R.L. González) – *Sobre o fundamento da protecção possessória*, Universidade Lusíada Editora, 2007

Jobard-Bachelier, Marie-Noelle – *Droit civil: sûretés, publicité foncière*, 13.ª Edição, Dalloz, 2000

Jordano Fraga, Francisco – *Prenda regular, prenda irregular y prenda de creditos*, in *ADC*, 1990, págs. 305 a 327

Justo, António dos Santos – *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2012

Kieninger, Eva-Maria – *Securities in movable property within the common market*, in *European Review of Private Law*, n.º 4 (1996), págs. 41 a 66

Kloop, O. – *Le gage commercial en droit allemande*, in n.º special da *Rev. Jur. Comm.*, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 106 e segs.

Laurini, Giancarlo – *Sulla clausula di estensione della garanzia a crediti futuri e indeterminabili*, in *Banca, Borsa e Titoli di Crediti*, 1967, II, págs. 427 a 435

Leciñena Ibarra, Ascensión – La cesión em garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional, in *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 11 (2003), págs. 119 a 129

Legeais, Dominique – *Sûretés et garanties du crédit*, 2.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, 1999  
- *Sûretés et garanties du crédit*, 7.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, 2009  
- *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, 1986

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – *Garantias das obrigações*, Almedina, 2006  
- *Direitos reais*, Almedina, 2011 (2.<sup>a</sup> Edição)  
- *Cessão de créditos*, Almedina, 2005  
- *Direito da insolvência*, 3.<sup>a</sup> Edição, 2011, Almedina

Lerena Cuenca, Maria Eugenia (e Martinez Imizcoz, Sara) – *Hipoteca, prenda y anticresis*, Thomson-Aranzadi, 2007

Lévy, J. Ph. – Coup d’oeil historique d’ensemble sur les sûretés réelles, in *Revue d’Histoire du Droit*, n.º 55 (1987), págs. 231 a 266

Lima, Pires de (e Varela, João de Matos com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita) – *Código Civil Anotado*, Vols. I e II, Coimbra Editora, 1987

Lisanti-Kalczynsky, Cécile – *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Litec, 2001

Liuzzi, A. – Dematerializzazione dei titoli e garanzia senza spossessamento nel sistema Monte Titoli, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1992, págs. 45 a 67

Lojacono, Vincenzo – *Il patto comissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milano, 1952

López, A. (Montés, V.L. e Roca, E.) – *Derecho civil, derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant lo branch, 2001 (2.<sup>a</sup> Edição)

Lovisatti, Silvia – Osservazioni im tema di limiti del pegno rotativo, tra “valori originari” e “beni originari”, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, pág. 695 e segs.

Luminoso, Angelo – Alla ricerca degli arcani confini del patto comissorio, *Rivista di Diritto Civile*, ano 36, n.º 2 (Mar/Abr 1990), pág. 219 a 242

Machado, João Baptista – *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, 2011

Magalhães, Barbosa de – Validade do penhor quando se convencione ficar o dono dos bens penhorados seu depositário, in *Gazeta da Relação de Lisboa*, 1955, pág. 98 e segs.

Magazzù, Andrea – L’accessorietà nelle garanzie reali e l’apertura di credito su pegno, in BBTC, 1956, II, págs. 449 a 464  
- Surrogazione reale, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, págs. 1497 a 1519

Magnano, Melissa – L’autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità, La giurisprudenza civile comentata, ano 18, n.º 5 (Set/Oct 2002), II, pág. 576 a 589

Magni, Francesco A. – Il pegno omnibus e il pegno fluttuante o rotativo, in Le garanzie rafforzate del credito (organização de Vincenzo Cuffaro), UTE, Torino, 2000, págs. 367 a 393

Magri, Gino – Il pegno di un’azienda commerciale, Tipografia Ditta Garagnani e Figli, Bologna, 1904

Maimeri, Fabrizio – Trust e pegno, in [www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso\\_2002](http://www.il-trust-in-italia.it/Relazioni/Congresso_2002)  
- Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni, in Giustizia Civile, 1998, I, pág. 2162 e segs.

Maiorca, Carlo – Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui, Società Editrice Libreria, Milão, 1938

Malo Concepción, José Vicente – Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I, Civitas, 1996, págs. 798 a 850

Maltez, Sofia – Penhor de acções, Relatório de mestrado, 2006, Biblioteca da FDUL

Mancini, Chiara – La riconosciuta normalità del pegno “rotativo”, in Giurisprudenza Commerciale, 1998, II, pág. 673 e segs.

Mancini, Tommaso – Pegno di crediti, cessione pro solvendo e cessione a scopo di garanzia, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, n.º 31 (1968), II, págs. 283 a 289

Manzanares Secades, Alberto – Prenda di denaro y prenda de créditos, in Anuario de Derecho Civil, 1988, págs. 1293 a 1309

Marano, Pierpaolo – Pegno bancario e fallimento, in BBTC, 2000, I, pág. 117 e segs.

Marques, João Paulo Remédio - Curso de processo executivo comum à face do código revisto, Almedina, 2000  
- Locação financeira retributiva (*sale and lease back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva, in BFDUC, Vol. LXXVII, 2001

Marques, José Dias – Direitos reais (Lições aos cursos de 1958-59 e 1959-60 da Faculdade de Direito de Lisboa), Lisboa, 1960

Marsal Guillamet, Joan – Las prendas flotantes. Un término polisémico, in *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 355 a 366

Martinez, Pedro Romano - Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada, Almedina, 2001,  
- (e Ponte, Pedro Fuzeta da) – *Garantias do cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, 2006

Martino, Giuseppe – Il pegno rotativo, in <http://www.diritto.it/materiali/civile/martino.html>

Martins, Alexandre Soveral – Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções: sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC, Almedina, 2006

Martins, António Gomes Lourenço – Penhor de estabelecimento, in *BMJ* n.º 348, págs. 116 a 128

Martins, José Pedro Fazenda – Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários, in *Direito dos valores mobiliários*, Lex, Lisboa, 1999, págs. 99 a 119

Martorano, Federico – Titoli di credito, in *Tratatto di diritto civile e commerciale* (diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni), Giuffrè, 2002

Marty, Gabriel (com Raynaud, Pierre e Jestaz, Philippe) – *Les sûretés; la publicité foncière*, Sirey, 2.ª Edição, 1987

Massari, Emília – L'obbligazione di custodire nel pegno e nel deposito, in *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1950, pág. 1091 e segs.

Matos, Isabel Andrade de – O pacto comissório, contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, Almedina, 2006

Matsopoulou, Haritini – Les aspects actuels du gage automobile, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, Vol 51, n.º 4 (1999), págs. 795 a 817

Mazeaud, Henri (Mazeaud, Léon, Mazeaud, Jean e Chabas, François) – *Leçons de droit français*, Tomo III, Vol. I, Sûretés: publicité foncière, 7.ª Edição (Yves Picod), Montchrestien, 1999

Medina de Lemus, Manuel – Derecho civil de bienes, derechos reales e inmobiliario registral, Tomo II – Derechos reales limitados e del registro de la propiedad, Dykinson, 2003

Mejías Gómez, Javier – Prenda de participaciones sociales y de acciones representadas mediante títulos, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 595 a 669

- La prenda de acciones, Aranzadi, 2002

Mendes, Evaristo – Penhor mercantil e fiança omnibus, in Revista de Estudos Sociais, ano 37, n.ºs 1-3 (Jan/Set 1995), págs. 107 a 158

Merz, Sandro – Manuale pratico dei privilegi delle prelazioni e delle garanzie, CEDAM, Pádua, 1995

Mesquita, Manuel Henrique – Direitos reais, Coimbra, 1967

- Obrigações reais e ónus reais, Almedina, 1990

Messineo, Francesco – Il dividendo come frutto dell'azione di società, in Rivista di diritto commerciale e delle obbligazioni, 1948, I, pág. 101 e segs.

- Costituzione di pegno, mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore e suoi effetti, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1949, I, pág. 305 e segs.

Messinetti, Davide - Le strutture formali della garanzia mobiliare, in Rivista critica del diritto privato, 1991, pág. 783 e segs

Minervini, G. – Sistema Monte Titoli e pegno di titoli di credito, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1990, I, págs. 145 a 151

Minniti, Giuseppe F. – Patto marciano e irracionevolezza del disporre in funzione di garanzia, in Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Padova, a.95n.1-2 (Janeiro-Feveireio 1997), Parte I, págs.29-66

Ministère de la Justice – Dossier de presse de 22 de Março de 2006, L'ordonnance sùreté, in [http://www.presse.justice.gouv.fr/art\\_pix/conf220306.pdf](http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/conf220306.pdf)

Mirabelli, Giuseppe – Il pegno, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza (diretto da Pasquale Fiore e Biagio Brugi), Vol. XII, Napoli, 1915

Misurale, Francesca Dell'Anna – Profili evolutivi della disciplina del pegno, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004

Molle, G. – In tema di vendita del pegno nell'apertura di credito garantita da titoli di credito, in BBTC, 1957, II, págs. 3 a 9

Monache, Stefano Delle – Una parola di presentazione (e qualche appunto sul pegno rotativo), in Il pegno nei rapporti commerciali, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon

Monteiro, Washington de Barros – Curso de direito civil: Direito das coisas, Editora Saraiva, 2003 (37.<sup>a</sup> Edição)

Montel, Alberto – Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca, in Foro Italiano, 1937, IV, pág. 235 e segs.

- La pubblicità dello spossessamento quale preteso ulteriore requisito per la costituzione del pegno mediante concustodia, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1964, II, pág. 621 e segs.

- Pegno (diritto vigente), in Novissimo Digesto Italiano, Vol. XII, 3.<sup>a</sup> Edição, 1957, págs. 772 a 798

- Garanzia (diritti reali di), in Novissimo Digesto Italiano, Vol. VII, 3.<sup>a</sup> Edição, 1957, págs. 742 a 750

Morais, Fernando de Gravato – Alienação e oneração de estabelecimento comercial, Almedina, 2005

- Resolução em benefício da massa insolvente, Almedina, 2008

Moreira, Guilherme – Instituições de direito civil português, Vol. II, Imprensa da Universidade, 1925, Coimbra

Moscarini, Lucio Valerio – Surrogazione reale, in Novissimo Digesto Italiano, 3.<sup>a</sup> Edição, 1957, Vol. VIII, págs. 969 a 974

Mouly, Christian – La publicité des suretes reelles mobilières, in European Review of Private Law n.º 6 (1998), págs. 51 a 69

-Rapport de synthèse, n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 172 e segs.

Muñiz Espada, Esther – El convenio de Cape Town y sus protocolos sobre garantías mobiliarias, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 209 a 229

Muñoz Cervera, Miguel – Prenda sobre valores públicos representados mediante anotaciones en cuenta, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 723 a 797

Natucci, Alessandro – La tipicità dei diritti reali, 2.<sup>a</sup> Edição, Cedam, 1988

Navarro Chinchilla, José Justo – La pignoración de la letra de cambio, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 486 a 521

Neves, Rui de Oliveira – O penhor de créditos: contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações, Relatório de mestrado, 2004, in Biblioteca da FDUL

Neveu, Yves – Procédures collectives de liquidation, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 149 e segs.

Olivencia Ruiz, Manuel – Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el derecho mercantil, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 23 a 54



Orlando, Valeria – Il pegno rotativo, 2003, in <http://www.tesionline.it/default/tesi.asp?id=9416>

Pace, Pasquale di – Il pegno di crediti, Cedam, Padova, 1939

Panzani, Luciano – Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari, in Fallimento, 2002, pág. 943 e segs.

Papa, Giuseppe – Saggio sul pegno commerciale di cosa altrui, in Rivista Il diritto commerciale, 1915, I, pág. 449 e segs.

Parisi, Alfonso Maria – Costituzione di pegno: regolare o irregolare – differenze, in [www.diritto.it/materiali/commerciale/parisi.html](http://www.diritto.it/materiali/commerciale/parisi.html)

Pavasini, Gessica – Pegno rotativo, in Il pegno nei rapporti commerciali, com direcção de Paolo Cendon, Giuffrè, 2005,

Pavec, Yannick – Le gage au Québec, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 112 e segs.

Paz-Ares Rodriguez, Candido – Comentario del codigo civil, Secretaria General Tecnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones Madrid, 1993, Tomo II

Pellegrini, Francesco – Il pegno costituito a favore di piu creditori, Stab. Tip. Popolare G. Abramo, Catanzaro, 1927

Perassi, Marino – In tema di “pegno omnibus”, in Giurisprudenza Italiana, 1988, I, 2, págs. 487 a 494

Pereira, Caio Mário da Silva - Instituições de direito civil, Vol. IV, 19.ª Edição Direitos reais, Editora Forense, 2006

Pérez García, Máximo Juan – El sistema de ejecución de la prenda y el pacto comisorio: el artículo 1.872 del Código Civil, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 601 a 610

Petel, Philippe – Procédures collectives et continuation d’activité: comment le gage resiste-t-il?, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 141 e segs.

Piedelièvre, Stephane – Les sûretés, 3.ª Edição, Armand Colind, 2001  
- Sûretés réeles – publicité foncière, in Dalloz, Sommaires commentés, Paris, n.º 32 (18/9/1997) e n.º 33 (25/9/1997), págs. 251 a 260

Piepoli, Gaetano – Garanzie sulle merci e spossessamento, Editore Jovene Napoli, 1980

Pinto, Carlos Alberto da Mota – Direitos reais – apontamentos das lições ao 4.º ano jurídico de 1970-71, recolhidos por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Almedina, 1971

Pires, Catarina Monteiro – Alienação em garantia, Almedina, 2010

Pires, Miguel Lucas – Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores, Almedina, 2004

- A amplitude e a (in)constitucionalidade dos privilégios creditórios dos trabalhadores, in Revista Questões Laborais, n.º 31, (2008), págs. 59 a 88

Piscitello, Paolo – Le garanzie bancarie flottanti, Giappichelli Editore, Torino, 1999

- Costituzione in pegno di beni dell'impresa e spossessamento, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Volume 54, n.º 2 (Mar/Abr 2001), I, págs. 155 a 179

Planiol, Marcel (Ripert, George e Becqué, Emile) – *Traité pratique de droit civil français*, Vol. XII, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1927

Poggi, Enrico – Il pegno costituito a favore di più creditori, in Rivista di diritto civile, n.º 5, 1927, págs. 417 a 464

Poli, Stefano – Il pegno di azioni, Giuffrè, 2000

Portale, Giuseppe B. – Le garanzie bancarie internazionali, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, n.º 51 (1988), págs. 1 a 55

- Osservazione sul contratto col terzo detentore del pegno, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1962, pág. 876 e segs.

Pourquier, Catherine – La retention du gagiste ou la superiorité du fait sur le droit, in Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique, (2000), págs. 569 a 588

Prías Picardo, Adolfo – Prenda sobre valores privados representados mediante anotaciones en cuenta. Especial consideración sobre los valores cotizados em Bolsa, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 671 a 722

Protettí, Ettore – Il pegno nella giurisprudenza, Cedam, 1970

Puig Brutau, Jose – Fundamentos de derecho civil, 3.º Edição, 1983, Tomo III, Volume III, Bosch

Quincarlet, Simon – La notion de gage en droit privé français: ses diverses applications, Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, 1937

Rascon, Cesar – Pignus y custodia en el derecho romano classico, Universidad de Oviedo, 1976)

Ratti, Umberto – Sull’accessorietà del pegno e sul “ius vendendi” del creditore pignoratizio, 2.<sup>a</sup> Edição, Jovene, 1985

Realmonte, Francesco – Il pegno, in Trattato di diritto privato (diretto da Pietro Rescigno), Vol. XIX, UTET, Torino, 1985, págs. 629 a 672

- L’oggetto del pegno: vecchi e nuovi problemi, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Vol. 47, n.º 1 (Jan/Fev 1994), I, págs. 10 a 22

Reglero Campos, Luis Fernando – Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 417 a 484

- El pacto comisorio, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 253 a 286

Reis, Alberto dos - Processos Especiais, Volume I, Coimbra Editora, 1982

Rescigno, Matteo – Le garanzie “rotative” convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, n.º 54 (2001), págs. 1 a 29

Riffard, Jean-François – Le security interest ou l’approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, LGDJ, 1996

Rimini, Carlo – La costituzione del pegno sulla cambiale mediante girata fiduciaria e il divieto di patto comissorio, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Vol.º 51, n.º 2 (1998), págs. 177 a 196

Ripley, Daniel – Derechos reales de garantía en el derecho civil de catalunya, in [http://www.indret.com/pdf/dc11\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/dc11_es.pdf)

Riva, Ilaria – Il contratto di *sale and lease back* e il divieto di patto comissorio, in Contratto e Impresa, n.º 17 (2001), págs. 300 a 324

Rivery, M. A. Morgan de – La publicité du gage, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 85 e segs.

Rivolta, Gian Carlo M. – Pegno ed usufrutto di quote di società a responsabilità limitata e diritto di voto, in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, ano 59, 5-6 (Mai/Jun 1961), págs. 205 a 234

- Pignoramento di azioni o di quote e variazioni del capitale sociale, Rivista di Diritto Civile, ano 34, n.º 6 (Nov/Dez 1988), I, pág. 805 a 822

Rizzieri, Alessandro – Pegno di crediti, in Il pegno nei rapporti commerciali, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon

- Pegno e fallimento, in Il pegno nei rapporti commerciali, Giuffrè, 2005, com direcção de Paolo Cendon

Rocco, Federica – Contratto di sale and lease back e divieto di patto comissorio: l'orientamento della suprema corte, in Rivista di Diritto Commerciale n.º 95 (1997), págs. 160 a 164

Rodrigues, Manuel – A posse: estudo de direito civil português, Almedina, 1996

Rodrigues, Sílvio – Direito civil, Vol. V (Direito das coisas), Editora Saraiva, 2009 (28.ª Edição)

Rojo Ajuria, Luis – La unificación del derecho de las garantías mobiliarias. La experiencia del derecho comparado, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 55 a 92

- Las garantías mobiliarias (fundamentos del derecho de garantías mobiliarias a luz de la experiencia de los Estados Unidos de América), in Anuario de Derecho Civil, n.º 42 (1989), págs. 717 a 811

Romano, Salvatore – Natura giuridica del pegno di crediti, Ist. Edit. Scientifico, Milano, 1928

Rubino, Domenico – L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in Trattato di diritto civile e commerciale (diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo), Vol. XIX, Giufrè, 1956

- Determinatezza e determinabilità del credito garantito nella costituzione di pegno, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1952, II, págs. 470 a 480

- La responsabilità patrimoniale: il pegno, in Trattato di Diritto Civile Italiano (diretto da Filippo Vassalli), 2.ª Edição, 1949, Vol. XIV, Tomo I, págs. 174 a 289

Rufini, Diego – Considerazioni sull'accertamento della data nel pegno bancario, anche alla luce della disciplina contenuta nel testo unico in materia creditizia, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Vol. 52, n.º 1 (Jan/Fev 1999), II, pág. 69 a 80

Ruggeri, Luca – Il pegno rotativo, in La nuova giurisprudenza civile comentata, ano 18, n.º 6 (Nov/Dez 2002), II, pág. 709 a 714

Ruscello, Francesco – Il pegno sul credito: costituzione e prelazione, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1984

Sabater Bayle, Elsa – Las garantías reales en el derecho civil navarro, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 399 a 413

Salinas Adelantado, Carlos – El régimen jurídico de la prenda de valores negociables, Tirant lo blanch, Valencia, 1996

- Il pegno “omnibus”, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, n.º 60 (1997), I, págs. 603 a 622

Sampaio, J. M. Gonçalves - A acção executiva e a problemática das execuções injustas, 2.ª Edição, Almedina, 2008

Santos, Filipe Cassiano dos – Direito comercial português, Coimbra Editora, 2007

Santos, Rui Lopes – Penhor de estabelecimento comercial à luz do direito português, Relatório de mestrado, 2002, in Biblioteca da FDUL

Scaroni, Clementina – Le garanzie rotative, in La nuova giurisprudenza civile comentata, Ano 15, n.º 6 (Nov/Dez 1999), págs. 409 a 420

Serens, Nogueira – Penhor de quota – venda dos imóveis da sociedade em prejuízo do credor, in Colectânea de Jurisprudência 1996 (Tomo II), págs. 5 a 17

Serick, Rolf – Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco, Giuffrè, 1990

Serra, Adriano Vaz – Penhor, in BMJ n.º 58 (1956), págs. 17 a 293 e n.º 59 (1956), págs. 13 a 268

- Direito de satisfação ou resgate e sub-rogação legal nos casos de hipoteca ou penhor, in BMJ n.º 39, págs. 5 a 24

- Obrigações naturais, in BMJ n.º 53 (1956), págs. 5 a 171

- Cessão de créditos e de outros direitos, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º XXX (1954), págs. 191 a 399

Serra, Catarina – O novo regime português da insolvência: uma introdução, Almedina, 2010, 4.ª Edição

Serrano Alonso, Eduardo – Manual de derechos reales, Edisofer, 2.ª Edição, 2008

Silva, João Calvão da – Banca, bolsa e seguros (Direito Europeu e Português), Tomo I, Parte Geral, 3.ª Edição, Almedina, 2011

Silva, João Gomes da – Acções próprias e interesses dos accionistas, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, n.º 3, (Dez 2000), págs. 1221 a 1296

Silva, Paula Costa e – Posse ou posses? Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2005

Simler, Philippe (e Delebecque, Philippe) – Droit civil: les sûretés, la publicité foncière, 3.ª Edição, Dalloz, 2000

- Droit civil: les sûretés, la publicité foncière, 5.ª Edição, Dalloz, 2009

Sousa, António José de (e José da Silva Paixão) – Código de Procedimento e Processo Tributário, Almedina, 2000

Spatazza, Gaspare V. – Pegno, usufruto, sequestri, pignoramento e riporto delle azioni, in Rivista delle società, 1971, pág. 672 e segs.

Stella, Giovanni – Il pegno a garanzia di crediti futuri, Cedam, 2003

Stingone, Carmine – Pegno di titoli di crediti; sostituzione dell'oggetto, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, Vol. 49, n.º 2 (Mar/Abr 1996), II, pág. 183 a 187

- Il pegno rotativo nella teoria delle garanzie reali, in Il diritto fallimentare, 1998, II, pág. 609 e segs.

- Sulla validità ed opponibilità del pegno bancario "rotativo": nuove conferme dalla giurisprudenza, in Il diritto fallimentare, 1998, II, pág. 97 e segs.

Stolfi, Giuseppe – In tema di pegno per crediti indeterminati, in Banca, Borsa e Titoli di Crediti, 1975, II, págs. 224 a 231

- Appunti sulla costituzione del pegno, in Rivista di Diritto Commerciale, 1964, I, pág. 1 e segs.

Stouffler, Jean – L'avant project de convention d'Unidroit: réflexions sur son insertion dans le système juridique français, in Revue de Droit Uniforme, Nuova Serie, V 4, n.º 2 (1999), págs. 361 a 370

Sulpasso, Bianca Cassandro – Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari, in Rivista di Diritto Civile, Ano 41, n.º 4 (Jul/Ago 1995), págs. 567 a 594

Tabellini, Carlo – Modificazione dell'oggetto della garanzia e retrodatazione del vincolo reale, in Il Fallimento, 1996, pág. 678

Taj Société d'Avocats – L'adaptation du droit des surêtes à la vie de économique, in La lettre de la Société d'Avocats, Julho de 2006, n.º 22,

Tamponi, Michele – Sulla clausula estensiva della garanzia pignoratizia ai crediti presenti ed ai crediti futuri, in Rivista di Diritto Civile, n.º 20 (1974), II, págs. 212 a 231

Teles, Inocêncio Galvão – O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro, in Scientia Juridica, IV (15-20), 1955, págs. 199 a 216

- Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 1955, in O Direito, Ano 87 (1955), págs. 336 a 341

Théry, Philippe – Sûretés et publicité foncière, 2.<sup>a</sup> Edição, PUF, 1998

Tomillo Urbina, Jorge Luis – Los títulos de tradición en la constitución de prenda, in Tratado de garantías en la contratación mercantil, Tomo II, Vol. I., Civitas, 1996, págs. 523 a 594

Trapani, Giuseppe – Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento, Giuffrè, Milano, 1963

Troplong, M. – Le droit civil expliqué – De la contrainte par corps, Du natissement, du gage et de l'antichrèse, Bruxelles, 1848

Vallet de Goystisolo, Juan – Estudios sobre las garantías reales, 2.<sup>o</sup> Edição, Madrid, Montecorvo, 1984

Varela, João de Matos Antunes – Das obrigações em geral, Vols. I e II, 10.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2000  
- Noções fundamentais de direito civil, Coimbra Editora, 1954

Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de – Direito das garantias, Almedina, 2011  
- A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente, Coimbra Editora, 2007  
- Penhor, privilégio mobiliário geral da Segurança Social e sua inconstitucionalidade, in <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23909/2/2501.pdf>, págs. 1 a 22

Veiga Copo, Abel Benito – La prenda de acciones, Civitas, 2002  
- Prenda omnibus, prenda rotativa, y garantia flotante, in Revista de derecho bancario y bursátil, ano 20, n.º 82, 2001, págs. 33 a 72

Vellani, Mario – Un caso particolare di costituzione di pegno, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano XL (1986), págs. 366 e 367

Veneziano, Anna – Le garanzie mobiliari non possessorie, Giuffrè, 2000

Venosa, Sílvio de Salvo – Direito Civil, Vol. V (Direitos reais), Editora Atlas, 2011 (11.<sup>a</sup> Edição)

Ventura, Raúl – Divisão de quota, in O direito, ano 98, n.º 2 (Abr/Jun 1966), págs. 83 a 125

Weil, Alex – Droit civil - les sûretés; la publicité foncière, Dalloz, Paris, 1979

Weigman, Roberto – Società per azioni, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Março 1994, págs. 209 a 227

Westermann, Harry Harm Peter Westmemann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann (traductores Ana Cañizares Laso...[et al.]) – Sachenrecht (Derechos reales), Vol. II, Fundación Cultural del Notariado, D.L. 2008

Westhead, Justin – Le gae en Angleterre, in n.º special da Rev. Jur. Comm, ano 38 (1994), n.º 11, pág. 110 e segs.

Yi, Zhao – Características jurídicas do penhor mercantil, Perspectivas do direito, Macau n.º 2 (2001), págs. 95 a 110

Zunzunegui, Fernando – Una aproximación a las garantías financieras, in Garantías reales mobiliarias en Europa (coord. Maria Elena Lauroba e Joan Marsal), Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 415 a 429

# Índice

Introdução

Abreviaturas

Capítulo I – Regime do penhor tradicional (com desapossamento do devedor)

1 Noção do penhor e as várias acepções da expressão

2 Títulos para constituição da garantia pignoratícia:

2.1 Lei

2.2 Decisão judicial

2.3 Negócio jurídico unilateral

2.4 Contrato

2.4.1 Características do contrato

2.4.1.1 Unilateral ou bilateral

2.4.1.2 Gratuito ou oneroso

2.4.1.3 Civil ou comercial

2.4.2 Elementos do contrato

2.4.2.1 Sujeitos, capacidade das partes e natureza do acto de concessão do penhor

2.4.2.2 Forma

2.4.2.3 Contrato promessa de penhor

3. Objecto do penhor

3.1 Considerações gerais

3.2 Possíveis objectos do penhor

3.3 Bens futuros

3.4 Bens em comunhão

3.5 Universalidades – o caso do estabelecimento comercial

3.6 Bens sujeitos a transformação

3.7 Outros bens

4. Obrigações garantidas por penhor ou créditos garantidos

5. Constituição do penhor



## 5.1 De coisas (art.º 669.º):

5.1.1 A entrega do bem ao credor e a exigência de desapossamento do credor ou a configuração do penhor como contrato real: funções e requisitos deste desapossamento

5.1.2 Entrega a um terceiro e a qualificação jurídica da posição deste

5.1.3 Composse

5.1.4 Situação jurídica do credor pignoratício a quem é entregue a coisa: possuidor ou detentor?

## 5.2 Penhor de créditos e de outros direitos

## 6. Carácter acessório do penhor face ao crédito garantido

6.1 Relação entre a constituição (validade), transmissão e extinção obrigação garantida e o penhor

6.2 Transmissão das garantias conjuntamente com o crédito garantido

6.3. Limitações e excepções ao princípio da acessoriedade

## 7. Indivisibilidade

7.1 Divisão da obrigação garantida

7.2 Divisão do objecto da garantia

7.3 Excepções e limites à indivisibilidade

## 8. Execução da garantia

8.1 Adjudicação

8.2 Venda

8.2.1 Venda extrajudicial

8.2.2 Venda judicial

8.3 O penhor de créditos

## 9. Direitos e obrigações das partes

9.1 Direitos do credor

9.1.1 Uso das acções possessórias

9.1.2 Indemnização pelas despesas e benfeitorias

9.1.3 Substituição ou reforço do penhor

9.1.4 Venda antecipada do bem onerado

9.1.5 Direito de preferência

9.2 Deveres do credor

9.2.1 Restituição da coisa após o pagamento do crédito

9.2.2 Proibição de uso do bem onerado

9.2.3 Conservação do bem

9.2.4 Proibição de disposição do bem

10. Extinção do penhor

10.1 Extinção da obrigação principal

10.2 Causas próprias do penhor

Capítulo II – Inadequação do regime tradicional do penhor às actuais exigências da vida económica

1 Necessidade de desapossamento do constituinte da garantia

1.1 Inconvenientes do desapossamento e outras formas de assegurar a indisponibilidade do bem empenhado

1.2 Análise das soluções de direito comparado

1.2.1 Itália

1.2.2 França

1.2.3 Espanha: referência ao direito catalão

1.2.4 Alemanha

1.2.5 Estados Unidos da América

1.2.6 Reino Unido

1.2.7 Outros direitos

1.2.8 O direito português

1.2.8.1 Direitos de autor

1.2.8.2 Propriedade industrial

1.2.8.3 Valores mobiliários

1.2.8.4 Penhor financeiro

1.2.8.5 Participações sociais de sociedades comerciais

1.2.8.6 Outros regimes especiais

1.2.9 Ordenamentos com relação mais próxima com o português

1.2.10 Harmonização internacional das garantias mobiliárias

1.3 Desapossamento como apenas uma das possibilidades de assegurar a indisponibilidade do bem empenhado

2. A necessidade de determinação inicial dos créditos garantidos e dos bens objecto do penhor (as cláusulas omnibus)

2.1 Determinação dos crédito garantido

2.2 Determinação do objecto da garantia

3. Impossibilidade de substituição do objecto da garantia

### 3.1 Os penhores rotativos

### 3.2 Efeitos e condições de admissibilidade dos penhores rotativos

#### 3.2.1 Efeitos não novatórios da substituição do objecto da garantia

3.2.2 Necessidade do pacto de rotatividade ser definido *ab initio* e conter a indicação dos bens originários e daqueles que os poderão vir a substituir

3.2.3 Necessidade de protecção dos demais credores do empenhante: obrigatoriedade de o valor dos bens substitutos não poder ultrapassar o dos bens substituídos

3.2.4 Eventual necessidade de renovação das formalidades necessárias aquando da substituição dos bens originariamente empenhados

3.2.5 Enquadramento dogmático da rotatividade: sub-rogação real ou consideração do objecto da garantia como um valor económico cuja utilidade está ao serviço do credor (e não como um bem em si)

### 4. Proibição do pacto comissório

#### 4.1 Noção e considerações gerais

#### 4.2 A justificação da proibição

#### 4.3 Delimitação do âmbito da proibição

##### 4.3.1 O pacto comissório obrigacional

##### 4.3.2 O pacto comissório *ex intervallo*

##### 4.3.3 O pacto marciano

##### 4.3.4 Relativização da proibição quanto a determinados bens

##### 4.3.5 O pacto comissório autónomo

#### 4.4 Repercussão da eventual invalidade de uma cláusula comissória sobre o contrato de penhor

Capítulo III – As modificações, contratuais e legais, ao regime tradicional e do penhor e a sua conformidade com o tipo legal desta garantia

1. Penhores que não obedecem a todos ou a alguns requisitos do regime tradicional do penhor: penhor, penhor anómalo ou garantia atípica?

#### 1.1 Penhor rotativo

#### 1.2 Penhor sem desapossamento

1.3 A noção de tipicidade e a possibilidade modelação do regime legal das garantias reais por via convencional sem extravasar o tipo legal

Capítulo IV – Natureza jurídica do penhor

## 1. Garantias reais e direitos reais de garantia

1.1 O penhor como garantia real e como direito real de garantia: a regra e os casos duvidosos

1.2 Noção de direito real e inclusão dos direitos reais de garantia no seu âmbito

Conclusões

Bibliografia

Índice