



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Natureza Jurídica do Penhor de Conta Bancária

Ana Rita Bernardo da Rosa Pereira Sala

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Direito do Porto

A Natureza Jurídica do Penhor de Conta Bancária

Ana Rita Bernardo da Rosa Pereira Sala

Dissertação de mestrado em Direito Privado, elaborada sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Menéres Campos

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Aos meus pais

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”

Fernando Pessoa

Agradecimentos

- Aos meus pais e ao meu irmão, por todo o apoio, compreensão e amor incondicionais que estão patentes em tudo o que faço;

- Aos meus amigos, por me fazerem acreditar que este percurso era possível;

- À Professora Doutora Isabel Menéres Campos, pela orientação, disponibilidade e conhecimentos transmitidos ao longo de todo o trabalho.

A todos, o meu mais sincero obrigado.

Resumo

A concessão de crédito e as relações jurídicas de garantia inerentes têm sofrido uma mutação constante nos últimos anos, destacando-se o papel – cada vez mais fundamental – dos direitos de créditos enquanto objeto de certas garantias que conferem um reforço qualitativo e quantitativo ao credor. Neste sentido, iremos analisar o penhor de conta bancária, uma vez que a sua natureza jurídica não se encontra consagrada de forma unânime, pelo que se impõe um estudo desta questão sob o ponto de vista dos direitos das garantias no panorama jurídico-civilístico português. Pretendemos, assim, demonstrar que é admissível, à luz do direito vigente, a integração dos direitos de crédito no conceito de coisa. Cumpre, no entanto, notar que apesar de o mecanismo satisfatório do credor consistir no débito da quantia em dívida na conta bancária, o penhor não se encontra ferido pela proibição comissória patente no art. 694.º, pelo que também por aqui se afere a idoneidade desta garantia. Assim, concluímos pela natureza real desta figura à luz do Direito Civil Português, mormente enquanto modalidade de penhor de direitos, previsto nos arts. 679.º e ss.

Palavras-chave: crédito; garantias; penhor; conta bancária; depósito; direitos reais.

Abstract

Over the past few years, the granting of credit and related legal relationships have undergone a constant change, with emphasis on the increasingly role of credit claims as a stronger guarantee to the creditor. Therefore, we will analyze the bank account pledge, since its legal nature is not unanimously consecrated, so a study of this issue is required in order to define, based on the guarantees typified in the Portuguese legal civilistic landscape. In effect, we aim to demonstrate that it is allowed, in the light of civil law, to incorporate the credit claims in the concept of things. Nevertheless, it should be noted that although the creditor's satisfactory mechanism consists on debiting the amount owed to the bank account, the pledge is not affected by the obligatory prohibition, and for that this guarantee is lawful and admissible. For all this, we conclude that the bank account pledge is a guarantee with real nature, predicted in the Portuguese civil law, more specifically as a pledge of rights set forth in arts. 679 and following.

Keywords: credit; guarantees; pledge; Bank account; deposit; real rights.

Índice

Advertências	11
Siglas e abreviaturas	12
Introdução	13
2. Do penhor	15
2.1. Breves considerações introdutórias sobre a garantia.....	15
2.2. Análise do <i>facti species</i> legal – o penhor de coisas e o penhor de direitos.....	16
3. A conta bancária	20
3.1. O contrato de abertura de conta.....	20
3.2. Aspectos principais das relações creditícias desenvolvidas no seio da conta bancária	21
3.2.1. O contrato de depósito – o depósito comum e o depósito irregular.....	22
3.2.2. O contrato de depósito bancário de dinheiro.....	24
4. O penhor de conta bancária	27
4.1. Caracterização e funcionamento da garantia.....	27
4.2. Da natureza jurídica	28
4.2.1. A natureza real do penhor de conta bancária – a doutrina dos direitos sobre direitos.....	28
4.2.2. O penhor irregular	40
4.2.2.1. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular	43
4.2.3. O penhor financeiro: breve análise à luz do DL n.º 105/2004	46
4.2.4 O penhor de conta bancária enquanto garantia especial sobre um direito	47
5. (Possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório.....	50
5.1. No âmbito do penhor irregular	51
5.2. No âmbito do penhor financeiro.....	51
5.3. No âmbito das garantias especiais sobre um direito	52

Conclusão	54
Referências Bibliográficas.....	56

Advertências

Na presente dissertação adotamos, nas notas de rodapé, o sistema abreviado autor, data, página. As referências completas podem ser consultadas na bibliografia final.

Mais se acrescenta que, todas as referências legais realizadas ao longo do presente estudo devem considerar-se referentes ao Código Civil de 1966, salvo nos casos em que for expressamente realizada a menção a outro diploma legal.

Siglas e abreviaturas

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

Art./Arts. – Artigo/Artigos

At. – Atualizada

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

CC – Código Civil

CCom. – Código Comercial

CPC – Código de Processo Civil

Ed. – Edição

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

N.º - Número

Pp. – página

Rev. – Revista

RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RGICSF – Regulamento Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Trad. - Tradução

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. - Volume

Introdução

O domínio das garantias das obrigações tem sofrido transformações estruturais, na medida em que as alterações do tráfego comercial impõem que estas se adaptem aos objetivos pretendidos pelas partes aquando da concessão de crédito. Desta feita, denota-se que as necessidades impostas pelas relações jurídicas atuais conduziram ao aparecimento de novas garantias, dentro das quais se poderá salientar o penhor de conta bancária.

Neste sentido, propomo-nos a analisar o penhor de conta bancária, estabelecendo, para tal, a caracterização da figura e de institutos conexos, com o fim último de aferir a sua natureza jurídica enquanto garantia das obrigações, à luz do direito civil vigente.

Com efeito, uma vez que se trata de uma questão controversa na doutrina e na jurisprudência cumpre indagar acerca da sua qualificação, pois afigura-se inegável o crescente recurso a esta garantia, o que lhe confere um estatuto de destaque no seio do direito das garantias. Tal dever-se-á, em primeira linha, à fácil operacionalidade da garantia e, bem assim, à segurança que a mesma confere ao credor, em especial nos casos em que este seja um banco.

Deste modo, proceder-se-á à exposição do estudo da garantia do *pignus* em geral, partindo do próprio conceito de garantia e, bem assim, da figura do penhor no regime civilístico português, confrontando o regime do penhor de coisas com o regime do penhor de direitos.

Posteriormente, realizar-se-á uma breve análise da conta bancária, enquanto elemento fundamental para este estudo, analisando ainda os negócios jurídicos relacionados com esta, nomeadamente o contrato de abertura de conta, a conta-corrente e o contrato de depósito. Relativamente ao último contrato ora referido, será abordada, em concreto, a natureza jurídica do depósito bancário, com vista a concluir as discrepâncias e similitudes existentes entre as várias doutrinas propostas e, de igual modo, as implicações que tais qualificações poderão ter na posterior qualificação da natureza jurídica do penhor de conta bancária.

De seguida, na medida em que será o ponto sobre o qual mais nos iremos debruçar, proceder-se-á a uma análise, tanto quanto possível minuciosa, acerca da natureza jurídica

do penhor de conta bancária, designadamente através da análise das doutrinas mais relevantes, a saber, a doutrina dos direitos sobre direitos, a doutrina do penhor irregular, a doutrina do penhor financeiro e, ainda, a doutrina das garantias especiais sobre um direito. Ao longo da explanação das aludidas correntes doutrinárias iremos, então, realizar uma análise crítica, por forma a fixar a nossa posição acerca daquela que será a natureza jurídica do penhor de conta bancária.

Por fim, irá ser realizada uma breve nota acerca da (possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório, dada a importância deste princípio no ordenamento jurídico-civilístico.

2. Do penhor

2.1. Breves considerações introdutórias sobre a garantia

As garantias das obrigações desempenham, desde sempre, um papel fundamental nas relações jurídicas, podendo ser definidas como os mecanismos ou instrumentos utilizados para criar na esfera jurídica do credor uma proteção perante o possível incumprimento do devedor.

Com efeito, no âmbito das garantias das obrigações é comum assaz estabelecer-se a distinção entre garantias gerais e especiais, sendo as primeiras constituídas pelo património do devedor¹ e as segundas como sendo um reforço deste.

Ora, não obstante a previsão da garantia geral das obrigações – constituída, então, pelos bens suscetíveis de penhora que integrem o património do devedor – surge com especial interesse para o credor a constituição de uma garantia especial, uma vez que isso consubstancia um reforço da tutela do seu direito de crédito².

Nesta senda, de entre as garantias reais destacamos o penhor³, uma das garantias reais previstas no CC⁴. Em virtude da sua natureza real “o penhor confere ao titular uma preferência na satisfação do seu crédito pelo produto da alienação da coisa móvel, direito ou outro bem sobre que incida.”⁵

No entanto, é possível estabelecer uma divisão fundamental da garantia, pois “relativamente ao objecto, apura-se que a lei permite que sejam dados em penhor, tanto coisas móveis como créditos ou outros direitos não hipotecáveis. Admitem-se, portanto, duas modalidades fundamentais: o *penhor de coisas* e o *penhor de direitos*.”⁶

¹ Como, de resto, se afere da leitura do art. 601.º do CC que consagra, efetivamente, a garantia geral das obrigações.

² Note-se que, no que concerne às garantias especiais, a doutrina não é unanime na classificação destas.

³ Segundo ALMEIDA COSTA “pela palavra penhor, tanto se designa um direito real de garantia, como o objecto sobre o que o mesmo incide, ou ainda o contrato que lhe serve de base” COSTA (2016: 920). No mesmo sentido, FERNANDES (2000: 148) e LIMA e VARELA (1987: 685).

⁴ Não obstante a sua previsão no CC, existem vários regimes de penhor que encontram regulamentação noutros diplomas, nomeadamente o regime do penhor mercantil, o penhor financeiro, entre outros.

⁵ VASCONCELOS (2010: 229-230)

⁶ COSTA (2016: 921).

⁷ No direito romano o penhor podia ser constituído sobre coisas corpóreas, desde que o empenhador fosse o proprietário do bem empenhado, *vide* BURDESE (1982: 667). Por oposição, já no direito intermédio, o objeto do penhor poderia ser um bem móvel, imóvel ou, ainda, um direito. Neste sentido, CAMPITELLI (1982: 678).

Mais se acrescenta que, tal como ocorre na hipoteca, o penhor é acessório do créditos, pelo que tanto pode ser constituído pelo devedor como por um terceiro, sendo que neste último caso tal poderá representar um aumento quantitativo e qualitativo da garantia⁹.

Nesta senda, cumpre indagar acerca da caracterização e regime legal do penhor constante do Código Civil, para que se possa qualificar, posteriormente, a natureza jurídica do penhor de conta bancária.

2.2. Análise do *facti species legal* – o penhor de coisas e o penhor de direitos

Prima facie, cumpre atentar na legitimidade para constituir um penhor. Conforme se encontra disposto no art. 667.º, só tem legitimidade para a sua constituição quem tiver, de igual modo, legitimidade para alienar os bens, não significando isto que tal obste a que seja um terceiro estranho à obrigação a fazê-lo, desde que seja imbuído da necessária legitimidade para tal.

Por outro lado, e relativamente à constituição do penhor de coisas é mister salientar que este se caracteriza pelo desapossamento do devedor, “exigindo-se, por conseguinte, a entrega da coisa ou de documento que atribua a exclusiva disponibilidade dela ao credor ou a terceiro (art. 669º, nº1)”¹⁰. Tal sucede uma vez que o contrato de penhor¹¹ deverá resultar num acordo que incida “sobre aspetos essenciais, *verbi gratia* a concessão de um direito de guarda ao credor pignoratício relativamente ao objeto dado em garantia como penhor – *rectius*, tal direito mais não é do que o dever de guardar e administrar a coisa como um proprietário diligente, previsto no art. 671º, alínea a).”¹²

No que concerne ao desapossamento, este desempenha uma tripla função: “tem uma função negativa, permitindo ao credor conservar a coisa com escopo de garantia, e uma função positiva, consubstanciada no facto de a disponibilização da coisa permitir que o

⁸ No mesmo sentido, a doutrina italiana considera que o penhor só será válido se for acessório de um crédito e, deste modo, for constituído para garantir esse crédito. BURDESE (1982: 668).

⁹ Isto sucederá porque tendencialmente o terceiro será visto como um reforço da garantia, na medida em que para além do património do devedor, a garantia real é constituída sobre um bem pertencente a um terceiro, pelo que também o património deste – apenas na medida da garantia prestada – garantirá o cumprimento da obrigação adstrita ao devedor.

¹⁰ ALVES (2010: 70).

¹¹ Com efeito, referimo-nos sempre ao contrato de penhor, na medida em que se afigura “o meio mais importante, por que pode constituir-se o penhor”. SERRA (1956a: 102).

¹² ALVES (2010: 71).

credor pignoratício possa lançar mão do direito de retenção, bem como tornar mais ágil o percebimento de frutos.”¹³¹⁴

Neste sentido, atente-se que OLIVEIRA ASCENSÃO propugna que o desapossamento é a característica diferenciadora desta garantia perante outras garantias reais, na medida em que o autor do penhor se encontra “privado da possibilidade de dispor materialmente da coisa.”¹⁵

Note-se, ainda, que certa parte da doutrina, nomeadamente Pedro Romano Martinez, advoga que quando o penhor é realizado com recurso ao desapossamento estamos perante um contrato *quoad constitutionem*, uma vez que a entrega se afigura como um elemento essencial para a constituição do negócio jurídico¹⁶.

O credor pignoratício figura, no entanto, como mero detentor da coisa dada em garantia – e bem assim objeto do penhor – não se admitindo, por conseguinte, que este seja possuidor do bem. Aliás, não obstante a previsão legal deste recorrer às ações possessórias para defesa da garantia, nunca se poderá considerar que o credor pignoratício seja possuidor da coisa¹⁷.

Não obstante o suprarreferido, pode o penhor ser realizado sem desapossamento, não havendo, logicamente, deveres de guarda ou administração para o credor. Ressalve-se, no entanto, que tal não irá obstar à eficácia plena da garantia.

O penhor pode ainda ter como objeto não uma coisa, mas um direito. Destarte, e em conformidade com o art. 680.º, apenas é admitido em relação aos direitos que tenham por objeto coisas móveis e que sejam suscetíveis de transmissão¹⁸ e, como já fora oportunamente referido, é claro pela leitura do art. 679.º que o regime do penhor de coisas se aplicará subsidiariamente ao penhor de direitos¹⁹.

¹³ ALVES (2010: 72).

¹⁴ Neste sentido, HUGO RAMOS ALVES conclui que “a entrega seria, pois, um sucedâneo da publicidade registral”. ALVES (2010: 72). No mesmo sentido, FERNANDES (2000: 148).

¹⁵ ASCENSÃO (2000a: 547).

¹⁶ MARTINEZ e PONTE (2003: 170).

¹⁷ “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.” MARTINEZ (2003: 265).

¹⁸ COSTA (1980: 183); VARELA (2001: 544).

¹⁹ VARELA (2001: 543).

Todavia, e sem prejuízo do vasto leque de direitos suscetíveis de serem objeto de penhor, iremos abordar em particular o penhor de direitos de crédito²⁰, uma vez que a realidade socioeconómica atual conduziu a uma mudança no seio das garantias, mormente no que contende com o recurso a garantias relacionadas com direitos de crédito em detrimento das garantias reais típicas e associadas à materialização da riqueza.

A importância prática desta figura é clara, uma vez que “o crédito é um bem económico e, como tal, pode ser objeto de circulação jurídica, motivo pelo qual deve ser reconhecido ao seu titular um poder de disposição (“*Verfügungsmacht*”), o qual será idêntico à faculdade que incide sobre os demais bens patrimoniais.”²¹ Por oposição, é notório que o penhor de coisas tem perdido a sua importância nas relações jurídicas, uma vez que outras garantias parecem aflorar como mais vantajosas para o credor, designadamente garantias que tenham por objeto direitos de crédito.

Ora, é possível concluir que o elemento primordialmente distintivo do penhor de coisas e do penhor de direitos é, efetivamente, o elemento objetivo, isto é, o objeto deixa de ser uma coisa e passa a ser um direito, “o que equivale a dizer que o elemento distintivo do penhor de direitos é o objeto afeto à garantia.”²³

Relativamente ao objeto do penhor de direitos de crédito, HUGO RAMOS ALVES considera que “o penhor de créditos refere-se ao direito de crédito, e, assim, incide indiretamente sobre a prestação objeto do direito de crédito.”²⁴ Por seu turno, RUI OLIVEIRA NEVES considera que “o bem dado em garantia consiste num activo de ampla utilização na actividade económica e financeira: o direito a receber de outrem uma prestação.”²⁵

No que concerne à constituição do penhor de créditos poder-se-á dizer que, em conformidade com o disposto no art. 681º nº2, os seus efeitos só se verificarão aquando da notificação do respetivo devedor ou perante a sua aceitação, excetuando os casos em

²⁰ Sobre a admissibilidade do penhor de créditos noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente em Itália cfr. CICCARELLO (1982: 689).

²¹ ALVES (2010: 139).

²² No mesmo sentido, RUI DE OLIVEIRA NEVES refere que “na economia actual, o dinheiro e os valores mobiliários constituem o paradigma da riqueza, dado que estes bens, enquanto realidades abstractas e fungíveis, permitem uma rápida circulação dessa riqueza”. NEVES (2012: 638).

²³ ALVES (2010: 140).

²⁴ ALVES (2010: 144).

²⁵ NEVES (2012: 638).

que o penhor é sujeito a registo, caso em que só verificada essa imposição se poderão produzir os seus efeitos²⁶.

Mais se acrescenta que a notificação parece apontar para uma conexão entre o penhor de coisas e o penhor de direitos, isto é, há uma simbiose na técnica da formação real do direito de garantia, “pelo que 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 (...) para permitir concatenar e tutelar os interesses dignos de protecção, em especial, os do devedor e, também, os dos demais credores.”²⁷

No entanto, a natureza jurídica do penhor de créditos não se encontra uniformizada, ressaltando a este propósito RUI OLIVEIRA NEVES que “a idiosincrasia desta garantia (...) parece encontrar-se na intersecção desses ramos do direito, o que conduz a acesa controvérsia (em especial, na doutrina estrangeira) quanto ao seu enquadramento dogmático.”²⁸

Assim, dada a importância atual do penhor de direitos de crédito iremos analisar a natureza jurídica de uma das suas modalidades – o penhor de conta bancária.

²⁶ Neste âmbito, PESTANA DE VASCONCELOS refere que “a sua constituição está sujeita à mesma forma e publicidade exigidas para a transferência do direito empenhado”. VASCONCELOS (2007: 544).

²⁷ ALVES (2010: 153).

²⁸ NEVES (2012: 637).

3. A conta bancária

3.1. O contrato de abertura de conta

Com vista a analisar a conta bancária e, bem assim, os seus elementos essenciais, é necessário atentar no contrato de abertura de conta que a precede.

O contrato de abertura de conta é o contrato celebrado entre o banqueiro e o seu cliente, através do qual ambas as partes assumem deveres recíprocos relativos às diversas práticas bancárias que se irão desenrolar²⁹, ou seja, é o contrato que marca a relação bancária que se irá desenvolver e os trâmites da mesma. Por esta razão, MENEZES CORDEIRO advoga que não se deverá entender este contrato de forma simplista, pois a abertura de conta “opera como um acto nuclear cujo conteúdo constitui, na prática, o tronco comum dos actos bancários subsequentes.”³⁰³¹

Cumprir atentar que a abertura de conta não tem conteúdo legal fixado, pelo que, fundamentalmente, o contrato será comumente celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais dos bancos e, bem assim, da *praxis* bancária.

O contrato de abertura de conta, não obstante a sua presença cada vez mais inquestionável na realidade hodierna, só em 2005 obteve a regulação das condições gerais de abertura de contas com o Aviso n.º 11/2005, de 21 de julho do Banco de Portugal. A este propósito, MENEZES CORDEIRO refere que tal se deve à “sua omnipresença e pela sua natureza apriorística, ela passa despercebida: os estudos recaem sobre os elementos singulares que a integram.”³²³³

A abertura de conta implica, para além da previsão do modo de funcionamento dos depósitos bancários, dois aspetos fundamentais para a prática bancária: a conta-corrente bancária e o giro bancário³⁴. Mais se acrescenta que o contrato de abertura de conta

²⁹ CORDEIRO (2010: 505).

³⁰ CORDEIRO (2010: 505).

³¹ O autor refere que muitas vezes o contrato de abertura de conta era confundido com o contrato de depósito, tendo tal aspeto vindo a ser corrigido tanto em Portugal como no Direito Comparado.

³² CORDEIRO (2010: 509).

³³ Deste modo, conclui-se que o contrato de abertura de conta é um contrato *a se* com características próprias e uma função autónoma. CORDEIRO (2003: 192). Porém, “quanto à sua essência última: é a de uma prestação de serviço”, pelo que em última instância deverá ser aplicado o regime do mandato, nos termos do art. 1156.º. CORDEIRO (2010: 511).

³⁴ Note-se que, por via de regra, os contratos de abertura de conta ficam dependentes de um depósito, todavia isso não será *conditio sine qua non* para a abertura da conta, funcionando nestes casos a conta com base na concessão de crédito ou cobranças feitas a terceiros pelo banco. Não obstante, será o mais comum efetuar um depósito dado ser essa maioritariamente a razão subjacente à abertura de conta.

poderá, ainda, debruçar-se sobre determinados elementos eventuais como sejam a convenção de cheque, a emissão de cartões ou a concessão de crédito por descoberto em conta³⁵.

Ademais, e no que concerne à conta-corrente, irão ficar definidos os termos em que a conta será movimentada, mormente em relação aos débitos e créditos. Relativamente ao giro bancário, serão fixadas, essencialmente, as regras do funcionamento da movimentação da conta, nomeadamente juros, comissões e despesas que o banco poderá ter.

3.2. Aspetos principais das relações creditícias desenvolvidas no seio da conta bancária

A conta-corrente bancária não tem nos dias de hoje uma regulamentação legal, pelo que ocorrem, as mais das vezes, imprecisões terminológicas entre a sua definição e a caracterização de abertura de conta e depósito bancário.

Não obstante serem conceitos e figuras que se envolvem na *praxis* bancária, estando inclusivamente muitas vezes presentes ao mesmo tempo, não se devem confundir, uma vez que poderá haver uma abertura de conta sem que seja efetuado qualquer depósito bancário³⁶.

Segundo MENEZES CORDEIRO, a conta-corrente bancária é definida tendo por base o art. 344.º do Código Comercial, com a particularidade de ser celebrada entre o banqueiro e o seu cliente, sendo incluída num negócio mais vasto e que a precede – a abertura de conta. Deste modo, a conta-corrente reportar-se-á, somente, a movimento em dinheiro, na qual haverá uma emissão contínua de saldos, sempre que sejam levadas remessas à conta, razão pela qual o cliente deverá poder dispor permanentemente³⁷ do seu saldo³⁸.

³⁵ Neste seguimento, PESTANA DE VASCONCELOS refere que o contrato de abertura de conta “tem um conteúdo muito mais extenso do que a constituição de uma conta no banco”. VASCONCELOS (2017a: 373).

³⁶ Como bem ensina ANTÓNIO FERREIRA, a conta bancária é “mais um tipo social, criado, nominado e regulado pelo contexto específico do exercício da actividade”. FERREIRA (2009: 651).

³⁷ Ressalve-se que excluimos os casos em que a conta se encontra bloqueada, quer pela natureza do depósito bancário realizado, quer por satisfação de uma qualquer garantia.

³⁸ Atente-se no papel de primazia do saldo, pois “só o saldo é disponível; só o saldo é penhorável; só o saldo representa, por fim, o valor social e económico de certa conta”. CORDEIRO (2010: 523).

Destarte, e como bem ensina ANTÓNIO FERREIRA “a conta bancária constitui, pois, um negócio jurídico complexo sob forma contratual, de cariz genuinamente bancário, que traduz, fundamentalmente, o quadro genérico em cujo seio se desenvolvem, regulam e registam os diversos negócios integrantes da relação negocial entre o banco e o cliente.”³⁹

3.2.1. O contrato de depósito – o depósito comum e o depósito irregular

O contrato de depósito bancário é essencial para que haja saldo na conta. Urge, assim, atentar na regulamentação do contrato de depósito patente no CC para, posteriormente, se proceder à análise do contrato de depósito bancário.

Nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS podemos qualificar o contrato de depósito comum como “um contrato real *quoad constitutionem*, consensual, bilateral imperfeito (ou sinalagmático, se for oneroso), de prestação de serviços, pelo qual uma partes, o depositário, se obriga a guardar uma coisa móvel ou imóvel que lhe é entregue para esse efeito pela outra (o depositante)”⁴¹. Deste modo, é possível retirar três elementos essenciais do contrato de depósito: a entrega de uma coisa móvel, a obrigação de guarda e a obrigação de restituição.

Neste sentido, como bem ensinam PIRES LIMA e ANTUNES VARELA “o contrato de depósito tem por objecto a *guarda* (custódia) de uma coisa. É esta a obrigação dominante no negócio: o depositário recebe a coisa *para a guardar*”⁴². Por conseguinte, assume de igual modo relevância a obrigação de restituição da coisa guardada pelo depositário.

Todavia, será de equacionar a qualificação dos casos em que pela natureza do objeto do contrato de depósito o depositário apenas tem a obrigação de restituir o equivalente e já não o bem entregue. Nestes casos, estamos perante aquilo a que o legislador denominou de *depósito irregular*, na medida em que “aí o depositário, em vez de restituir a própria

³⁹ FERREIRA (2009: 653).

⁴⁰ Na mesma senda, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA advoga que “este instituto desempenha relevantes funções de simplificação e de unificação das relações jurídicas de pessoas que entre si celebram repetidos negócios geradores de créditos”. ALMEIDA (2013: 26).

⁴¹ VASCONCELOS (2017b: 115).

⁴² LIMA e VARELA (1986: 754).

coisa depositada, teria de devolver o equivalente, o *tandudem, eiusdem generis et qualitatis*.”⁴³

Com efeito, e uma vez que nos debruçamos sobre o penhor de conta bancária cumpre atentar nas especificidades do depósito irregular, na medida em que este ocorre quando o bem depositado tem natureza fungível.

No que concerne à natureza jurídica do depósito irregular, são várias as teses que afloram, uma vez que certos autores consideram que se trata de um verdadeiro contrato de depósito, outros consideram que se tratará de um contrato de mútuo e, ainda, outros entendem que se trata de um contrato *suis generis*, um contrato misto com elementos do contrato de mútuo e do contrato de depósito.

A este propósito, parecer-nos-á que a lei civil portuguesa ficou um pouco aquém daquilo que seria de esperar quanto à regulamentação do depósito irregular, na medida em que só lhe dedica dois artigos, sendo que num deles apenas remete para o regime do mútuo. Assim, os óbices que a figura levanta não se encontram, de modo algum, afastados⁴⁴.

Ora, MENEZES CORDEIRO propugna que o contrato de depósito irregular não é um verdadeiro depósito, “basta ver que não se lhe aplicam as regras existenciais relativas ao dever de custódia. Mas também não é um mero mútuo: o depósito, mesmo irregular, é celebrado no interesse do depositante que, assim, quer beneficiar da *conservação daquele preciso valor*, mantendo, sobre ele, uma *permanente disponibilidade*; o mútuo visa o interesse do mutuário, que pretende gastar a coisa e, eventualmente, o do mutuante, mas através da recepção dos juros.”⁴⁵

Neste sentido, o autor considera que o depósito irregular é um contrato misto, com elementos do contrato de mútuo e do depósito que, em consequência da sua tipicidade social e, ainda pelo facto de ter um *nomen iuris*, se encontra autonomizado e se apresenta como um tipo próprio.

Por seu turno, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA consideram que “tendo o *accipiens* direito a uma retribuição pela custódia da coisa, não pode deixar de se concluir que o acto é celebrado no interesse do *tradens*, havendo, portanto, depósito. Se, pelo

⁴³ CORDEIRO (2010: 571).

⁴⁴ COSTA (1980: 274).

⁴⁵ CORDEIRO (2010: 572).

contrário, é este que recebe a retribuição (juros), não pode deixar de se entender, *em princípio*, que o contrato é de mútuo.”⁴⁶

3.2.2. O contrato de depósito bancário de dinheiro

O depósito bancário⁴⁷ é o depósito de uma determinada quantia de dinheiro, realizado junto de um banco – o depositário – por um cliente – o depositante – e, como já fora suprarreferido, está sempre associado à celebração de um contrato de aberta de conta⁴⁸.

Relativamente à forma do contrato de depósito bancário, este rege-se-á, as mais das vezes, pelas cláusulas contratuais gerais comuns na *praxis* bancária⁴⁹. De acordo com o art. 407.º do CCom. “os depósitos feitos em bancos ou sociedades rege-se-ão pelos respectivos estatutos em tudo o que não se ache prevenido neste capítulo e mais disposições aplicáveis”. Todavia, como bem ensina PESTANA DE VASCONCELOS, “esta disposição pouco adianta relativamente à caracterização do contrato: esta será aquela que da lei (...), das cláusulas contratuais gerais a que os bancos recorrem (...) e dos usos bancários decorrer.”⁵⁰

Contrariamente ao que se verifica no âmbito do depósito civil, no contrato de depósito bancário é devida uma remuneração ao banqueiro, na medida em que o contrato estabelecido com o banco assim o prevê. De facto, neste ponto distanciam-se as figuras, pois o contrato de depósito previsto nos artigos 1185.º e seguintes será tendencialmente gratuito.

No que contende com a qualificação jurídica do contrato de depósito bancário suscitam-se várias questões, na medida em que grande parte da doutrina e jurisprudência o reconduzem à figura do depósito irregular⁵² não sendo, todavia, esta posição unânime.

⁴⁶ LIMA e VARELA (1986: 784).

⁴⁷ Por motivos de exposição, referimo-nos aqui ao depósito bancário à ordem e já não a outras modalidades.

⁴⁸ A este propósito, MENEZES CORDEIRO refere que “entre o banqueiro e o seu cliente não é, em regra, celebrado um único negócio jurídico”. CORDEIRO (1999: 11).

⁴⁹ A este propósito RAQUEL GUIMARÃES propugna que “os contratos bancários são um dos domínios onde o fenómeno das cláusulas contratuais gerais mais expressão tem tido nas últimas décadas”. GUIMARÃES (2017: 198).

⁵⁰ VASCONCELOS (2017b: 128).

⁵¹ Posto isto, cumpre notar que há regulamentação bancária relativa aos contratos de depósito, como Avisos do Banco de Portugal, o DL 430/91 de 2/11 relativo às modalidades de depósitos, o RGICSF, entre outros. Todavia, é possível concluir que não há uma disposição que, de forma clara, fixe a natureza jurídica do contrato de depósito bancário.

⁵² Neste sentido, CALVÃO DA SILVA propugna que “o depósito bancário constitui um depósito irregular a que se aplicam as regras do mútuo”, SILVA (2001: 349).

Neste sentido, atente-se nos Acs. do STJ de 07/05/2009⁵³ e de 08/05/2012⁵⁴ que propugnam a natureza irregular do depósito bancária amparada no regime do contrato de mútuo, ao passo que o Ac. do mesmo Tribunal de 09/06/2009⁵⁵ realça a sua natureza atípica.

Por sua vez, PAULA PONCES CAMANHO advoga que a sua natureza jurídica é de um contrato de mútuo pois este “é o contrato pelo qual uma das partes (cliente) empresta à outra (banco) dinheiro, ficando esta obrigada a restituir outro tanto do mesmo género ou qualidade (artigo 1142.º do Código Civil). A definição, assim como o regime deste contrato, adequa-se perfeitamente ao depósito bancário, bem como a todo o regime deste contrato.”⁵⁶

Esta corrente doutrinária e jurisprudencial considera que, de acordo com o art.1144.º, que se aplicará pela remissão prevista no art. 1206.º, o banco adquire a titularidade do dinheiro objeto do contrato de depósito, pelo que o cliente – depositante – com o depósito do dinheiro cria na sua esfera jurídica o direito à restituição do mesmo, adquirindo, conseqüentemente, uma posição de credor⁵⁷.

Ora, tal posição recebe grande acolhimento no nosso ordenamento jurídico. Contudo, neste aspeto acompanhamos o professor MENEZES CORDEIRO que considera que, não obstante a importância da qualificação jurídica do contrato de depósito bancário, este afigura-se “um claro tipo contratual social, perfeitamente determinado por cláusulas contratuais gerais e pelos usos e que não corresponde, precisamente, a nenhuma figura pré-existente.”⁵⁸

⁵³ “Para ser estritamente rigoroso, dado o carácter irregular do depósito, com a respectiva constituição o Banco recorrente ficou com a propriedade dos valores depositados, obrigando-se a entregar à autora outro tanto do mesmo género e qualidade”.

⁵⁴ “Trata-se de um depósito irregular a que são aplicáveis, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo”.

⁵⁵ “O depósito bancário é configurado como um contrato atípico, que reúne elementos comuns da conta corrente mercantil e de contrato de mandato, e cujo objecto se desdobra em actividades próximas do mútuo oneroso e do depósito”.

⁵⁶ CAMANHO (1998: 208 e 209).

⁵⁷ Neste sentido, CARLOS FERREIRA ALMEIDA advoga que “Na prática atual, os contratos de “depósito” bancário preenchem, sim, todos os elementos do tipo contratual do mútuo (usualmente, real *quoad constitutionem*), porquanto, em todas as suas modalidades, o mutuante (cliente) põe à disposição do mutuário (banco) uma determinada quantia em dinheiro que este se obriga a reembolsar.” ALMEIDA (2015: 28 e 29).

⁵⁸ CORDEIRO (2003: 226).

Ademais, ainda a nível social é possível concluir que não se poderá estabelecer uma relação direta entre o depósito bancário e o mútuo, pois o banco “não trata o cliente que constitui um depósito a prazo como um mutuante: é um depositante, embora especial.”⁵⁹

No mesmo seguimento se pronuncia PESTANA DE VASCONCELOS, que considera que o contrato de depósito bancário “é um contrato atípico, tendo um *núcleo misto* composto por elementos de depósito irregular e mútuo. Esta qualificação traduz a essência da figura. Mas ela na sua conformação vai para além desses elementos.”⁶⁰ Também JANUÁRIO GOMES assume este entendimento referindo que o depósito bancário “deve, antes, ser visto como um *tipo social unitário e autónomo*, que se «subsídia» no depósito irregular, figura que constituiu a sua matriz dogmática e histórica.”⁶¹

De facto, manifestamos a nossa concordância com a corrente doutrinária ora exposta, na medida em que parecer-nos-á que cingir uma figura tão enraizada no tráfego bancário a um determinado tipo contratual poderá conduzir a uma visão incompleta da mesma, uma vez que a autonomia e tipicidade próprias desta impedem tal equivalência⁶².

Assim, consideramos que o depósito bancário é uma figura socialmente típica, com *nomem iuris*, e com autonomia reconhecida, sendo, contudo, “próxima, historicamente, do depósito irregular.”⁶³

⁵⁹ CORDEIRO (2010: 578).

⁶⁰ VASCONCELOS (2011a: 170).

⁶¹ GOMES (2012: 179).

⁶² “Nessa medida, estamos perante um contrato atípico, socialmente típico”. VASCONCELOS (2017b: 144).

⁶³ CORDEIRO (2010: 578).

4. O penhor de conta bancária

4.1. Caracterização e funcionamento da garantia

Prima facie, e uma vez que o presente trabalho versa sobre a natureza jurídica do penhor de conta bancária, cumpre analisar os seus traços gerais.

O penhor de conta bancária caracteriza-se pela afetação de determinados depósitos bancários ao pagamento de certo crédito, sendo os depositantes obrigados a não os movimentar até ao cumprimento do aludido crédito. Dito de outro modo, o penhor de conta bancária consiste na afetação do direito de crédito do titular de uma conta bancária a um penhor⁶⁴.

O titular de uma conta bancária tem um direito de crédito à restituição do dinheiro nela depositada – direito de crédito esse que nasce da celebração do contrato de depósito bancário – pelo que a entidade bancária onde o dinheiro se encontra depositado deverá restituí-lo quando aquele assim entender⁶⁵.

Deste modo, poderá o titular da conta afetar esse direito de crédito à constituição de um contrato de penhor em que o credor será, as mais das vezes, o banco onde se realizou o contrato de depósito⁶⁶, com a particularidade de, nesses casos, o banco figurar como “titular de um penhor sobre um crédito de que é ele próprio devedor.”⁶⁷ Note-se ainda que, por via de regra, o depósito em causa será à ordem, pelo que é prática reiterada bloquear a sua movimentação, sob pena de a garantia perder o seu efeito útil.

No que contende com o mecanismo satisfatório do credor pignoratício, realça-se o facto de esta garantia ser bastante célere e eficiente, na medida em que, no caso de incumprimento, o credor poderá debitar na conta do depósito a dívida, ou seja, “se o

⁶⁴ Na mesma senda, ENGRÁCIA ANTUNES define o penhor de conta bancária como a “afetação do saldo da conta de que é titular um cliente à garantia de pagamento de um crédito que lhe foi concedido pelo banco, ficando este autorizado a debitar, na conta garante, os montantes da dívida vencidos e não pagos”. ANTUNES (2009: 544).

⁶⁵ Salvo as situações em que o depósito seja celebrado em moldes que não permita a permanente disponibilidade do dinheiro.

⁶⁶ Por motivos de exposição iremos referir-nos sempre, salvo indicação expressa em contrário, ao penhor de conta bancária em que o banco figura como credor. Não obstante, a relação poderá assumir-se tripartida quando o direito de crédito seja empenhado perante um terceiro.

⁶⁷ VASCONCELOS (2010: 288).

⁶⁸ No mesmo sentido, PERERA (2002: 867).

devedor não cumpre a obrigação a que estava adstrito, o credor «faz seu» o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, por via da compensação.”⁶⁹

Destarte, e não olvidando que o penhor não tem nos dias de hoje a importância prática que outras garantias reais têm, o mesmo já não se poderá dizer relativamente ao penhor de conta bancária pelas vantagens que apresenta, tanto para o credor como para o devedor⁷⁰.

Neste sentido, é possível concluir que o objeto do penhor de conta bancária é, efetivamente, o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado, sendo curioso notar que se está a “empenhar um direito sobre algo (dinheiro) que se encontra na propriedade do credor pignoratício.”⁷¹ Nesta medida, afigura-se importante distanciar o penhor de dinheiro do penhor de conta bancária, uma vez que no primeiro o objeto é o dinheiro em si, enquanto que no segundo o objeto é um direito de crédito.

Todavia, e sem prejuízo de o penhor ser uma das garantias reais mais comuns no Direito, a natureza jurídica do penhor de conta bancária não se encontra fixada de forma unânime.

4.2. Da natureza jurídica

4.2.1. A natureza real do penhor de conta bancária – a doutrina dos direitos sobre direitos

Para uma análise cuidada e, bem assim, para que seja possível indagar acerca da natureza jurídica do penhor de conta bancária, será de todo o modo importante uma análise profunda dos direitos reais, da sua caracterização e de alguns dos seus princípios basilares.

Em primeiro lugar, e porque os direitos reais incidem sobre coisas, importa *in casu* atentar na qualificação como coisa, ou não, do direito de crédito à restituição do dinheiro depositado na conta bancária, na medida em que o penhor será constituído sobre este. Impõe-se analisar se é possível integrar o direito de crédito no conceito de coisa postulado na lei civil portuguesa para, posteriormente, aferir acerca da possibilidade de qualificação

⁶⁹ MARTINEZ e PONTE (2003: 182).

⁷⁰ Quanto ao devedor a maior vantagem é o facto de a rentabilidade do bem dado em garantia não ser afetada.

⁷¹ MARTINEZ e PONTE (2003: 182).

do penhor de conta bancária como um penhor de direitos e, bem assim, como um direito real de garantia.

Como bem ensina ORLANDO DE CARVALHO, “às coisas *stricto sensu* não pertencem só as coisas físicas ou coisas corpóreas, mas igualmente as coisas incorpóreas.”⁷² Neste sentido, cumpre atentar no princípio da coisificação advogando o autor que este é “o princípio de que todo o direito real é um direito sobre coisas, que versa sobre coisas, e não sobre pessoas ou bens não coisificáveis.”⁷³

Certo é que o Código Civil declara expressamente no seu art. 1302.º que “só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código”.

Todavia, e como propugna ORLANDO DE CARVALHO “a restrição do art. 1302.º valeria, se valesse (...), apenas para o direito de propriedade: não já assim para o usufruto (art. 1439.º: «uma coisa ou direito alheio»), para o penhor (art. 666.º: «coisa móvel», «valor de créditos ou outros direitos»).”⁷⁴

Assim, entende o autor que o conceito de coisa referido neste artigo não se limita às coisas corpóreas – coisas em sentido estrito – mas também às coisas incorpóreas e, ainda, às coisas em sentido amplo, ou seja, aos direitos. O princípio da coisificação abrange, por via de regra, todas as coisas, isto é, tanto as coisas *stricto sensu* como as coisas em sentido amplo, designadamente os direitos, ressalvando que “nem todas essas coisas são indiferentemente objecto de todas as situações reais, antes variando a área das coisas abrangidas conforme o género de situação em concreto.”⁷⁵

Deste modo, poderemos estar perante uma situação economicamente vantajosa conexas à titularidade de certos direitos, sendo tal vantagem “insuscetível de domínio em si e por si, mas só na medida em que se disponha dessas titularidades jurídicas; o que, desde que ao titular não convenha desprender-se destas últimas, levará, sendo isso legalmente possível, a coisificar esses direitos, a torna-los objeto de outros direitos: o caso dos direitos sobre direitos.”⁷⁶

⁷² CARVALHO (2012a: 140).

⁷³ CARVALHO (2012a: 139).

⁷⁴ CARVALHO (2012a: 145 e 149).

⁷⁵ CARVALHO (2012a: 154).

⁷⁶ CARVALHO (2012a: 140).

Nestes termos, a ideia basilar subjacente ao princípio da coisificação reside em considerar a necessidade de existência de uma coisa (que seja um objeto e não uma pessoa), de uma prestação ou de uma situação económica não autónoma⁷⁷, sem prejuízo de em relação a estas duas últimas ser necessário proceder a uma conversão que culmine na existência de um bem – o denominado processo de coisificação do bem em *quaestio*.

A doutrina ora exposta não se afigura pacífica, pois muitos autores manifestam-se veementemente contra ao considerarem, por via de uma conceção conceitualista, que os direitos são direitos e, por isso, não poderão ser objeto dos mesmos. Em sentido diametralmente oposto, a doutrina positivista-legalista considera que “tudo é possível ao legislador, inclusive criar arbitrariamente os seus «bens».”⁷⁸⁷⁹

Para ORLANDO DE CARVALHO “o bem em causa nos direitos sobre direitos é a situação economicamente vantajosa que se liga à titularidade do direito sotoposto – situação que tem decerto que ver com as utilidades que se esperam do objecto sobre que mediata ou imediatamente ele incide (mediatamente nos direitos de crédito e imediatamente nos direitos reais sobre coisas *stricto sensu*) mas que engloba também as vantagens concretas que particularizam e valorizam o direito sotoposto em si mesmo.”⁸⁰

Se bem compreendemos o autor, este não considera que as situações economicamente vantajosas constituíam, em si e *per si*, uma coisa, mas através da sua coisificação, quando tal se aflorar possível, estas assumem o estatuto de coisa em sentido lato. Neste sentido o autor afirma que “um penhor, uma hipoteca ou usufruto sobre elas seriam, portanto, tecnicamente inadmissíveis”⁸¹, explicando, posteriormente que, “nada obsta a que se coisifiquem os direitos a que concretamente se ligam e, através deste expediente, se dominem essas situações.”⁸²

⁷⁷ “O caso das chances em relação ao estabelecimento, ou das titularidades jurídicas em relação a certos direitos”. CARVALHO (2012a: 154).

⁷⁸ CARVALHO (2012a: 155).

⁷⁹ Em sentido oposto, SANTORO-PASSARELLI “a propriedade e os outros direitos que se chamam reais (de *res*) têm sempre e apenas como objecto uma coisa em sentido próprio, uma porção de matéria. E, em nossa opinião, distinguem-se dos outros direitos subjectivos precisamente porque, embora estabelecendo, como qualquer outro direito, uma relação entre sujeitos, incidem *directamente* sobre a *res*, de modo que perante o seu titular a generalidade dos outros sujeitos fica apenas com uma obrigação secundária e reflexa de abstenção”. SANTORO-PASSARELLI (1967: 36).

⁸⁰ CARVALHO (2012a: 155).

⁸¹ CARVALHO (2012a: 156).

⁸² CARVALHO (2012a: 156).

Com efeito, acompanhamos ORLANDO DE CARVALHO quando refere que “o direito subjectivo não é um puro poder de vontade metafisicamente entendido – o que impediria a sua translação de sujeito para sujeito – nem é um puro *técné* – o que esvazia obviamente de conteúdo a sua mobilização e coisificação como objecto.”⁸³

Deste modo, aquilo que a doutrina dos direitos sobre direitos permite fazer é a maximização de uma determinada titularidade jurídica, obviamente sem retirar a titularidade do sujeito – pois a não ser assim bastaria o recurso à cessão de créditos prevista nos arts. 577.º e ss. – e, tal só será possível através da transformação do direito em coisa.

Efetivamente, tal metamorfose do direito – a sua coisificação – só é permitida em direitos que sejam disponíveis, “significa isto que têm de ser direitos patrimoniais disponíveis. Com a exclusão do direito de propriedade que, esgotando virtualmente todas as potencialidades da coisa, se confunde, enquanto situação de prevalência, com a coisa mesma.”⁸⁴

Mais se acrescenta que o autor não revela qualquer pretensão de estabelecer um paralelo com o direito de propriedade, propugnando por essa razão que “sobre a situação vantajosa mobilizada através do direito respectivo é perfeitamente possível um usufruto ou um penhor que respeite inteiramente a regra «*nemo plus júris*». O que não obriga a conceber nenhuma propriedade de créditos ou, genericamente, de direitos, noção que para lá de supérflua – a presumida propriedade de direitos mais não seria do que a titularidade dos mesmos –, desconhece o específico daquela forma de domínio como poder actual e potencialmente total sobre as utilidades previsíveis e imprevisíveis de um bem: como poder de exaurir por sua própria virtude o que se chama a «*lógica das coisas*».”⁸⁵

Assim, é possível concluir que o autor defende que aquilo que é absolutamente exigido é que se verifique a extensão da garantia em pleno, isto é, “a titularidade do direito tem de permitir uma fruição por pessoa diversa do titular desse direito, como tem de permitir uma função de garantia em benefício de um credor que também não é o titular”⁸⁶,

⁸³ CARVALHO (2012a: 156).

⁸⁴ CARVALHO (2012b: 158).

⁸⁵ CARVALHO (2012a: 157).

⁸⁶ CARVALHO (2012a: 157).

pelo que desta forma o vai permitir “em termos de *jura in re*, com idênticas prerrogativas e idêntica eficácia *erga omnes*.”⁸⁷

Destarte, conclui-se que a natureza obrigacional inerente ao direito de crédito titulado pelo devedor e que, *in casu*, vai ser objeto do penhor, não colide com a natureza real do segundo direito – do direito de garantia real que se cria com a constituição do penhor – “uma vez que o seu papel é apenas permitir a coisificação da situação de prevalência mediante a sua própria coisificação para aquele fim.”⁸⁸

Ressalve-se que, de acordo com a doutrina exposta só se poderá admitir a existência de direitos sobre direitos quando estes, que se coisificam, sejam suscetíveis de transmissão. Neste sentido, é possível excluir, desde já, os direitos *intuitu personae*, na medida em que não são dotados de transmissibilidade.

De igual modo, exclui-se o direito de propriedade, pois como bem ensina ORLANDO DE CARVALHO “não tem sentido, pois, a não ser por metonímia, falar de direitos sobre esse direito-matriz: esses direitos são sempre direitos sobre a coisa, como acontece com os *jura in re aliena*.”⁸⁹

Relativamente aos direitos reais de garantia, também estes não poderão em abstrato ser enquadráveis nos direitos sobre direitos, contudo o mesmo já não se dirá acerca “dos créditos para cuja garantia servem e de que são acessórios estes direitos reais, que assim, pelo princípio *accessorium sequitur principale* serão abrangidos nas correspondentes relações jurídicas.”⁹⁰

O ora exposto decorre do facto de a situação economicamente vantajosa, o objeto dos direitos sobre direitos, ter “que ver com o bem que é objecto do direito sottoposto, daí decorrendo tudo o que se reporta à valorização ou à fruição desse bem e às vantagens que ele por si proporciona, ainda que nos limites do referido direito.”⁹¹

Mais acrescenta o autor que “o princípio «*nemini res sua servit*» não deve absolutizar-se ao ponto de se negar a própria vida dos interesses; e uma forma dessa absolutização é não se relativizar suficientemente o direito subjectivo de modo a

⁸⁷ CARVALHO (2012a: 157).

⁸⁸ CARVALHO (2012a: 158).

⁸⁹ CARVALHO (2012a: 158).

⁹⁰ ANDRADE (1983: 198).

⁹¹ CARVALHO (2012a: 159).

reconhecer-se que ele pode constituir um bem e, embora «desactivado» enquanto direito-direito, subsistir, mesmo assim, enquanto direito-objecto.”⁹²

Relativamente à doutrina ora analisada, MANUEL DE ANDRADE parece admitir a figura dos direitos sobre direitos, embora não o faça de forma expressa, considerando que a questão é, desde sempre e até aos tempos de hoje, uma questão conturbada na doutrina justificada pela sua complexidade dogmática⁹³.

O autor propugna, então, que não será difícil vislumbrar casos em que se configura um direito recaindo sobre outro direito, como seja o caso do penhor de direitos, e que perante esta realidade cumpre indagar se estamos perante direitos sobre direitos, ou se, por outro lado, apenas aparentemente tal se poderá dizer. Isto é, ver “se as expressões de que a lei e a doutrina costumam servir-se a este propósito valerão apenas como fórmulas abreviadas e sugestivas, como simples modos figurados de traduzir diversos e mais complexos fenómenos, ou devem tomar-se ao pé da letra, admitindo-se que, em bom rigor, naquelas relações o direito subjectivo se objectiviza e como que se materializa até ao ponto de sobre ele incidir outro direito subjectivo.”⁹⁴

Neste sentido, MANUEL DE ANDRADE refere que muitos autores enveredam pela primeira solução criando, contudo, ramificações distintas, sendo de destacar duas principais.

No que concerne à primeira teoria, a sua base reconduz-se à “transmissão do direito que *prima facie* se apresenta como sendo objecto de outro direito”⁹⁵, ou seja, não haveria aqui lugar a qualquer constituição de um direito sobre outro direito, uma vez que haveria a transmissão do direito. Todavia, esta transmissão não seria plena, mas antes condicionada ou limitada às finalidades visadas pelas partes.

Deste modo, “no penhor ou no usufruto dum crédito haveria, no fundo, uma simples cessão do mesmo crédito, ainda que só para a hipótese de o respectivo credor não pagar a dívida à segurança da qual foi constituído o penhor, e sempre limitada aos juros (crédito

⁹² CARVALHO (2012a: 159).

⁹³ No mesmo sentido, MOTA PINTO referindo que “o problema, autêntica *vaxata questio*, é de índole construtiva, discutindo-se se se trata de *direitos sobre direitos* ou de transmissões limitadas do direito que *prima facie* aparece como objecto de outra relação jurídica ou ainda de um novo direito limitado com o mesmo objecto do direito anterior”. PINTO (2005: 338).

⁹⁴ ANDRADE (1983: 195 e 196).

⁹⁵ ANDRADE (1983: 196).

reditício), no usufruto, ou então ao capital necessário para satisfação do credor pignoratício.”⁹⁶

Assim, esta teoria reconduzir-se-ia a uma transmissão condicional de um direito coartado ao fim do negócio que une as partes. Não nos parecerá, no entanto, adequado conceber nestes termos aquilo que se passará, a título de exemplo, com o penhor de conta bancária, entre outras figuras subsumíveis aos direitos sobre direitos.

Senão vejamos: no penhor de conta bancária, quando há o empenhamento do direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco para garantir uma quantia mutuada por este, não parecerá que o empenhador queira fazer uma cessão desse crédito, nem tão pouco isso se afigura necessário. Assim sendo, não se compreende como se poderá compor a figura ora analisada como uma cessão desse mesmo crédito para o banco, pois não é isso que efetivamente ocorre.

Ademais, mesmo considerando a garantia real em causa – o penhor – esta não se compadece com a cessão de nenhum crédito, mas antes a sua guarda ou afetação ao cumprimento de uma determinada obrigação, pelo que manifestamos discordância com a teoria ora exposta.

Por oposição, outros autores entendem que não haverá aqui lugar a qualquer transmissão condicionada ou limitada do direito, mas antes “a constituição dum novo direito, tendo o mesmo objecto do primeiro, mas igualmente condicional ou limitada, ficando este último cerceado ou comprimido por aquele na proporção correlativa.”⁹⁷

Deste modo, estaríamos perante uma nova forma de transmissão constitutiva de direitos, na medida em que “sobre a base de um direito mais amplo o respectivo titular criaria a favor de outra pessoa um direito novo com idêntico objecto e menor conteúdo.”⁹⁸

Ora, ainda que nos pareça mais fácil aceitar esta teoria quando comparada com a anteriormente exposta, parecerá ainda assim que não deverá ter acolhimento. Isto porque, não se compreende como se poderá conceber que existam direitos de direitos e não direitos sobre direitos, quando a primeira hipótese se afigura muito mais desajustada àquilo que são os princípios orientadores do direito civil.

⁹⁶ ANDRADE (1983: 196).

⁹⁷ ANDRADE (1983: 195 e 196).

⁹⁸ ANDRADE (1983: 195 e 196)

De facto, aplicando esta doutrina ao caso concreto do penhor de conta bancária, rejeitamos que seja admitida mais facilmente a hipótese de criação de um direito menor titulado pelo credor pignoratício sobre o direito de crédito titulado pelo empenhador, do que a coisificação do direito de crédito titulado pelo empenhador, de modo a inseri-lo no conceito amplo de coisas, possibilidade essa que nos é conferida pela própria redação do art. 202.º.

Destarte, somos do entendimento que esta doutrina confere uma complexidade adicional ao defender a criação de direitos menores sobre os direitos. Neste caso, estaríamos perante “direitos filiados noutros direitos, derivados deles, formados à sua custa, e que depois entrariam em concorrência com os direitos de onde procederam, afrontando-os, ilaqueando-os até certo ponto no seu exercício”⁹⁹, não parecendo que, nos casos previstos na lei civil seja este o objetivo do legislador.

Por seu turno, e após a explanação destas duas teorias, MANUEL DE ANDRADE advoga a admissibilidade da figura dos direitos sobre direitos afirmando que “tal ideia terá realização concreta, reflectirá exactamente os dados positivos do sistema jurídico, toda a vez que a uma pessoa sejam atribuídos no seu interesse (ou de outrem que ela represente) poderes mais ou menos amplos para influir ou actuar sobre um direito preexistente, isto é, para dispor dele, para o dominar – a estes poderes se contrapondo as obrigações correlativas.”¹⁰⁰

Manifestamos, desde já, a nossa concordância com o autor, na medida em que consideramos, de igual modo, que a admissão dos direitos sobre direitos não colide com princípios estruturais de direito civil.

Assim, se um indivíduo é titular de um direito e pretende que este seja objeto de outro direito não haverá, em princípio, obstáculo a que isso ocorra. Não obstante, cumpre ressaltar que o direito vai ter por objeto outro direito e já não o objeto desse direito agora onerado, sem prejuízo de poderem “coexistir uns e outros poderes, por aí se explicando até a perduração, geralmente admitida, do direito dominante, quando o direito dominado venha a extinguir-se por confusão.”¹⁰¹

⁹⁹ ANDRADE (1983: 196 e 197).

¹⁰⁰ ANDRADE (1983: 197).

¹⁰¹ ANDRADE (1983: 197).

Todavia, como já fora oportunamente referido, a doutrina dos direitos sobre direitos não tem grande acolhimento no nosso ordenamento jurídico, uma vez que parte da doutrina rejeita esta concepção jurídica, destacando-se neste ponto OLIVEIRA ASCENSÃO, CARVALHO FERNANDES E MENEZES CORDEIRO¹⁰².

Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, não se compadece com os argumentos das teses apresentadas, *maxime* a tese propugnada por ORLANDO DE CARVALHO manifestando-se negativamente no que concerne à admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, referindo aliás que “na realidade não há direitos sobre direitos.”¹⁰³

O autor, partindo do exemplo do usufruto de créditos, conclui que nestes casos em que se equaciona a possibilidade de estarmos perante um direito sobre outro direito o que sucede é que o objeto do direito em causa é uma prestação e, assim, deve ser considerado um direito de crédito, e já não um direito real, porque por definição o direito a uma prestação é um direito de crédito¹⁰⁴.

Ademais, o autor considera que coisa “*é uma realidade exterior ao homem e dele independente na sua subsistência, que tem individualidade e utilidade e é susceptível de apropriação*”¹⁰⁵, pelo que integrar direitos no conceito de coisa é incoerente, pois os direitos são “evidentemente entidades jurídicas, produto de uma determinada valoração.”¹⁰⁶

OLIVEIRA ASCENSÃO, não olvidando a complexidade ínsita a esta questão, mais uma vez partindo do caso do usufruto, conclui que pensando nos casos em que o usufruto incide sobre uma coisa, “não se diz que o objecto do usufruto é a propriedade, ou em geral o direito maior, que recaía sobre essa coisa: o objecto do usufruto é a coisa que é já objecto desses direitos”¹⁰⁷. Por similitude de razão, também nos casos em que estamos perante um usufruto de créditos devemos considerar que o objeto é a prestação e já não o direito que o usufruto limita.

¹⁰² No mesmo sentido, CASTRO MENDES considera que “o nosso código trata por vezes os direitos objecto de relações jurídicas como coisas; coisas incorpóreas, então. Parece-nos, porém, esta técnica de rejeitar”. MENDES (1978: 256).

¹⁰³ ASCENSÃO (2000a: 39).

¹⁰⁴ ASCENSÃO (1968: 276 e 277).

¹⁰⁵ ASCENSÃO (2000b: 344).

¹⁰⁶ ASCENSÃO (2000b: 354).

¹⁰⁷ ASCENSÃO (1968: 277).

Mais acrescenta que, quando o legislador contempla estas questões fá-lo porque se mantém a figura do direito, mas já não com natureza real, advogando que “o facto de a lei recorrer a uma figura que tem sido integrada no Direito das Coisas, não significa necessariamente que essa figura tenha natureza real.”¹⁰⁸

No que concerne ao penhor, OLIVEIRA ASCENSÃO aplica, no mesmo sentido, o regime do usufruto ao penhor de créditos, considerando que este último apenas terá efeitos *inter partes*. Neste ponto, e colocando a tónica em especial no penhor de conta bancária, não poderemos deixar de discordar, pois consideramos que a natureza real se mantém, na medida em que o facto de o direito sotoposto depender indubitavelmente do direito sobreposto não poderá retirar o conteúdo real da garantia.

De igual modo se manifesta CARVALHO FERNANDES, considerando que os direitos subjectivos devem ser afastados do conceito de coisa e, neste sentido, considerar-se possível a admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, analisando para tanto as doutrinas também já expostas por MANUEL DE ANDRADE.

Contudo, o autor considera que “a construção jurídica de situações deste tipo tem de ser estabelecida autonomamente e não como simples corolário do tratamento dos direitos subjectivos como coisas”¹⁰⁹, advogando que a doutrina exposta relativa à aquisição derivada constitutiva de direitos apresenta um vício fundamental: o facto de não se enquadrar com a realidade jurídica.

Manifestamos a nossa concordância com o autor neste ponto, a qual já expusemos, uma vez que não há qualquer transmissão de poderes para o credor pignoratício.

Mais se acrescenta que, ainda que assim não se entenda, sempre se poderá considerar que a transmissão de qualquer poder para o credor pignoratício estará, indubitavelmente, excluída da vontade das partes aquando da realização do negócio. Tal é notório quando estamos perante um penhor de conta bancária, negócio de natureza garantística e que não parece poder englobar qualquer possibilidade de transmissão de poderes sobre o direito empenhado.

¹⁰⁸ ASCENSÃO (1968: 277).

¹⁰⁹ FERNANDES (2007: 704).

Neste seguimento, CARVALHO FERNANDES advoga que “o credor, ao conceder um penhor sobre o seu crédito, quer apenas constituir uma garantia, em termos análogos aos que se verificariam se o objecto desse penhor fosse uma coisa móvel.”¹¹⁰

No que contende com a outra teoria, também já analisada, relativa à transmissão condicionada ou limitada do direito, o autor de igual modo se manifesta com reservas, que subscrevemos. Efetivamente, considerar que há uma transmissão do direito sob condição resolutiva não parece, de modo algum, adequar-se à realidade jurídica em que as partes se inserem.

Como bem ensina CARVALHO FERNANDES “o regime legal afasta uma construção que implica a transmissão de alguns poderes que integram o crédito, por maioria de razão – se assim se pode dizer – exclui a cessão do direito, no seu todo, ainda que sob condição.”¹¹¹

Este autor propugna que quando estamos perante uma situação que se poderia subsumir à figura dos direitos sobre direitos estamos, na verdade, perante um direito que incide sobre o bem que tem como objeto, ou seja, “o direito, ao incidir sobre outro direito, acaba por recair, embora indirectamente, sobre o bem que este tem por objecto, seja este uma coisa ou uma prestação.”¹¹²

Nesta senda, o autor considera que quando estamos perante uma hipoteca de usufruto, a primeira incide sobre o bem objeto do usufruto e já não sobre o direito de usufruto, pelo que por similitude de pensamento no caso do penhor de conta bancária o bem seria a conta bancária – mormente o saldo desta – ao invés do direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco.

Neste último ponto, temos que nos distanciar do autor, uma vez que, como já fora oportunamente referido, consideramos não existirem óbices à coisificação do direito de crédito – enquanto situação economicamente vantajosa – por forma a integrar o conceito de coisa e, bem assim, ser passível de ser objeto de um direito real. Consideramos, então, que o penhor de conta bancária incide sobre o direito de crédito à restituição do dinheiro.

Em jeito de crítica, poder-se-á dizer, na esteira de ORLANDO DE CARVALHO e MANUEL DE ANDRADE, que a limitação do conceito de coisa defendida por

¹¹⁰ FERNANDES (2007: 705).

¹¹¹ FERNANDES (2007: 705).

¹¹² FERNANDES (2007: 706).

OLIVEIRA ASCENSÃO e CARVALHO FERNANDES, entre outros, não parece adequar-se ao conceito de coisa vigente no direito civil português, uma vez que perante a conceptualização lata que o art. 202.º apresenta não se compreenderá como se pretende restringir deste modo a aplicabilidade do preceito¹¹³.

Efetivamente, não se encontra patente na lei uma diferenciação de regime que permita estabelecer, concreta e minuciosamente, a inadmissibilidade do legislador da doutrina dos direitos sobre direitos e, bem assim, da definição de coisa em sentido lato, englobando nesta os direitos.

Por oposição, até se poderá dizer que, pelo menos aparentemente, esta doutrina se encontra consagrada no Código Civil, na medida em que no art. 204.º n.º 1 d) está presente no conceito de coisa um direito subjectivo. Na mesma senda, também na consagração do usufruto de créditos ou do penhor de direitos estamos perante direitos sobre direitos.¹¹⁴¹¹⁵

Com efeito, a doutrina dos direitos sobre direitos afigura-se fulcral, acima de tudo, no acompanhamento das necessidades da sociedade, nunca olvidando que a preocupação primeira do Direito será sempre a organização da vida em sociedade, “na previsão de conflitos de interesses humanos e o direito subjectivo é um mecanismo de tutela que se traduz na concreta situação de prevalência que se reconhece a uma pessoa em vista dessa possível colisão.”¹¹⁶

Por tudo, consideramos que tal doutrina se afigura fundamental para aferir da natureza jurídica do penhor de conta bancária, na medida em que o objeto do penhor será efetivamente o direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco, direito esse que parecerá configurar, de acordo com as lições de ORLANDO DE CARVALHO, uma situação economicamente vantajosa.

Posto isto, partilhamos o entendimento de que o penhor de conta bancária consubstancia um penhor de direitos, pois não parecerão existir óbices à coisificação da

¹¹³ Neste sentido, PAIS DE VASCONCELOS refere que “coisa é o que não for pessoa. É, no fundo, esse o conceito de coisa que aparece definido no n.º 1 do artigo 202.º do Código Civil”. VASCONCELOS (2012: 191).

¹¹⁴ Neste âmbito, HÖRSTER advoga que “de igual modo não existem dúvidas de que um direito pode ser objecto de relações jurídicas. A lei prevê esta situação em muitos preceitos. P. ex: penhor de direitos (arts. 679.º e ss.)”. HÖRSTER (1992: 176).

¹¹⁵ A este propósito, VAZ SERRA apesar de considerar que a qualificação da natureza jurídica do penhor de direitos é desprovida de interesse prático refere que “não cabe à lei decidi-la. Só importa a esta reconhecer que a vida exige o penhor de direitos e regulá-lo”. SERRA (1956b: 241).

¹¹⁶ ORLANDO (2012b: 157).

referida situação economicamente vantajosa – o direito de crédito à restituição – e, deste modo concluímos pela admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, sem que se firam princípios basilares e estruturantes do Direito Civil Português. Por conseguinte, o penhor de conta bancária é uma garantia dotada de natureza real, com todas as características ínsitas a estas, destacando-se a preferência do credor pignoratício face aos demais credores.

Não obstante a escassez de casos analisados na jurisprudência relativos à natureza jurídica do penhor de conta bancária, cumpre atentar que já o STJ se pronunciou favoravelmente à integração desta garantia no seio das garantias reais, propugnando que “o penhor da conta bancária é um direito real de garantia e respeita a característica da tipicidade destes, enquanto e como penhor que é.”¹¹⁷

Em suma, com a adoção da teoria dos direitos sobre direitos serão facilmente evitadas possíveis colisões de interesses havendo, por oposição, harmonia do Direito, assegurando-se, nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, “o direito subjectivo como instrumento da autodeterminação da pessoa e mecanismo de tutela da respectiva autonomia”¹¹⁸, “crendo como cremos que o mundo jurídico-civil é que é o mundo da pessoa e dos direitos da pessoa, defendermos a importância do direito subjectivo como a ideia central do mundo jurídico-civil, como o seu meio de acção e de regulamentação mais fisiológico.”¹¹⁹

4.2.2. O penhor irregular

Uma outra doutrina que importa analisar para aferir da natureza jurídica do penhor de conta bancária é a teoria que propugna que este consubstancia um penhor irregular.

Com efeito, o penhor irregular é uma figura atípica no nosso ordenamento jurídico. Contudo não o será em outros ordenamentos contíguos, pelo que cumpre atentar nas especificidades e particularidades deste instituto, com vista a equacionar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico português, mais concretamente enquanto garantia no Direito Civil.

¹¹⁷ Ac. do STJ de 07/06/2005 onde se pode ler que “É admissível o penhor da conta bancária, trata-se de um penhor de crédito”. No mesmo sentido, o Ac. da TRL de 14/06/2007 refere que “O contrato de penhor pode incidir sobre um depósito bancário”.

¹¹⁸ ORLANDO (2012b: 101).

¹¹⁹ ORLANDO (2012b: 103).

O penhor irregular é uma figura típica e regulada em Itália¹²⁰ no âmbito da antecipação bancária, uma vez que dentro desta o crédito do banco pode estar garantido por penhor regular ou irregular. Neste último caso, o penhor tem como objeto dinheiro, mercadorias ou outros títulos, cuja titularidade é transmitida para o credor¹²². A não ser assim, ainda que não haja transmissão da titularidade, o credor fica com a faculdade de dispor dos bens.

Já na Alemanha¹²³, o regime é particularmente diferente, na medida em que o credor pignoratício pode consumir ou alienar as coisas dadas em penhor, procedendo posteriormente à restituição com coisas idênticas. Assim, para se aferir se houve ou não transmissão da propriedade dos bens objeto da garantia, é necessário interpretar a vontade das partes.

Em termos gerais, no que contende com o penhor irregular em que há transmissão da titularidade do bem, “podemos de forma lata caracterizar esta figura como um contrato de garantia, denominado pelas partes como penhor, que tem por objecto bens fungíveis (em particular, dinheiro) cuja titularidade passa para o credor, obrigando-se este a retransmitir o objecto da garantia, logo que a obrigação for cumprida.”¹²⁴

HUGO RAMOS ALVES, que defende a admissibilidade do penhor irregular no ordenamento jurídico português, propugna que “a garantia real procurou o seu desenvolvimento atendendo à segurança da relação com a própria coisa – conforme sucede, sobretudo, na *fidúcia* – ou no seu valor – casos do penhor e da hipoteca”¹²⁵, acrescentando que nos casos em que se empenha dinheiro estas duas vertentes coexistem na mesma figura. Deste modo, o autor define o penhor irregular como “um contrato restitutivo que, à imagem do depósito irregular, implica a obrigação de restituição do *tantundem eiusdem generis* por parte do credor pignoratício.”¹²⁶

¹²⁰ Previsto no art. 1851.º do *Codice Civile*.

¹²¹ Em Itália a utilização do vocábulo irregular deve-se unicamente ao facto de o credor não ter que restituir a coisa dada em garantia, mas apenas o *tantundem*, pois o contrato em si é perfeitamente regular. CICCARELLO (1982: 687-688).

¹²² Neste âmbito, a doutrina italiana considera que muitas vezes o problema suscitado pelo penhor irregular é o de coordenar a função de garantia dos bens fungíveis com a transferência da propriedade sobre os mesmos. CICCARELLO (1982: 688).

¹²³ Neste sentido, atente-se que no direito Alemão esta figura não está expressamente admitida, não obstante a crescente tendência para a sua admissibilidade e aplicação dos parágrafos 1229, 1223 e 1252 do BGB. Por tudo, poderá concluir-se que o penhor irregular não se encontra isento de óbices no direito comparado.

¹²⁴ VASCONCELOS (2011b: 367).

¹²⁵ ALVES (2010: 185).

¹²⁶ ALVES (2010: 187).

Ora, com a celebração de um penhor irregular de dinheiro, o credor adquire a propriedade sobre o montante que é objeto de penhor, pelo que em caso de cumprimento da obrigação garantida, o credor terá que restituir a soma objeto do penhor. Por oposição em caso de inadimplemento da obrigação este valor será imputado ao bem dado em garantia. Neste sentido, o autor considera que o penhor irregular se distancia do penhor de direitos, na medida em que “temos (...) como elemento de estraneidade a transmissão da propriedade do bem empenhado.”¹²⁷

Relativamente às vantagens inerentes a esta garantia, ressalte-se, em primeiro lugar, a solidez que a mesma confere ao credor através da transmissão da propriedade do bem objeto de garantia para a sua esfera jurídica, sendo que, simultaneamente, se afigura aprazível ao devedor, na medida em que permite que a rentabilidade do depósito – ou seja, do dinheiro objeto do depósito – não seja afetada. Todavia, apesar de serem claras as vantagens da constituição de um penhor irregular para ambas as partes, poder-se-á dizer que o devedor arcará sempre com o risco de incumprimento da restituição do bem empenhado pelo credor pignoratório, findo o contrato que subjaz à garantia.

PESTANA DE VASCONCELOS advoga que na fase que antecede o cumprimento da obrigação emergente da concessão do crédito, o devedor tem um direito condicional à restituição do objeto dado em penhor, sendo precisamente essa condição o seu cumprimento.

Desta feita, impõe-se concluir qual o regime a aplicar ao penhor irregular, ou seja, aferir se este é, ainda e apesar de todas as suas particularidades, uma modalidade de penhor; se, por outro lado, constitui um tipo de contrato autónomo e que apenas tem na sua designação o vocábulo penhor ou, ainda, se é um contrato diverso do penhor, mas passível de se lhe aplicarem algumas disposições deste.

A este propósito, PESTANA DE VASCONCELOS considera que a posição correta será a última, na medida em que as semelhanças com o penhor se centram no reforço qualitativo sobre o bem, “contudo, dentro desta modalidade de garantias (de reforço qualitativo) insere-se já no recurso à titularidade de um direito, e não na criação de um direito real de garantia sobre um bem de outrem.”¹²⁸

¹²⁷ ALVES (2010: 190).

¹²⁸ VASCONCELOS (2011b: 376).

Não obstante a adoção deste entendimento, o autor propugna que, ainda assim, é possível a aplicação de algumas normas do penhor ao penhor irregular. Neste sentido, e partindo da doutrina de PAIS DE VASCONCELOS as partes vão reportar a qualificação do contrato ao penhor ao modelo regulativo do tipo¹²⁹, mas naquilo em que for adequado, ou seja, naquilo em que a regulamentação do penhor não colida com os dogmas do penhor irregular.

Neste sentido, HUGO RAMOS ALVES advoga que uma das semelhanças entre o penhor irregular e o penhor é, efetivamente, o direito à restituição do objeto empenhado. No que contende com a restituição, dever-se-á aplicar o disposto no art. 672.º – salvo estipulação das partes em contrário – pelo que os frutos da quantia empenhada deverão ser abatidos ao capital¹³⁰.

Naquilo que nos compete, parecerá que o penhor irregular se distancia em larga medida do regime civil do penhor, aproximando-se, por outro lado, da estrutura fiduciária dos contratos de garantia financeira, ressaltando-se o papel de destaque dado à transmissão da propriedade do bem dado em garantia.

4.2.2.1. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular

Finda uma breve exposição acerca do instituto do penhor irregular e das suas características, cumpre de momento analisar a corrente doutrinária que qualifica o penhor de conta bancária como um penhor irregular.

Neste sentido, salienta-se a posição de HUGO RAMOS ALVES ao defender expressamente que o penhor de conta bancária consubstancia um penhor irregular, na medida em que o banco é o proprietário do bem empenhado.

O autor considera, então, que o penhor sobre dinheiro apenas será um penhor regular quando incida sobre o dinheiro na sua individualidade, referindo para tanto o exemplo do Direito Romano de Caio e Tício, quando o primeiro deu a Tício uma determinada quantidade de dinheiro num sobrescrito fechado¹³¹. Por oposição, ocorrendo

¹²⁹ “A estipulação do tipo constitui um poderoso elemento de interpretação revelador de uma vontade contratual firme e ponderada de adopção do modelo regulativo do tipo estipulado”. VASCONCELOS (1995: 131).

¹³⁰ Na mesma senda, o autor defende que o art. 671.º b) não poderá ser aplicado.

¹³¹ No mesmo sentido VAZ SERRA refere que “o penhor sobre *dinheiro* pode ser um *verdadeiro direito de penhor* sobre dinheiro, e pode ser um penhor *irregular* ou *impróprio*” SERRA (1956b: 102).

a transferência da propriedade do dinheiro para o credor já não estaremos perante um penhor de dinheiro.

Destarte, HUGO RAMOS ALVES afirma que “não é a natureza fungível das coisas empenhadas que justifica a transmissão da sua propriedade, mas sim a combinação do acto de vontade das partes com o facto concludente de não se ter efectuado um qualquer procedimento de individualização das coisas empenhadas.”¹³² Deste modo, o autor considera que o penhor de conta bancária é, efetivamente, um penhor irregular porquanto o banco é o proprietário da quantia empenhada.

Na nossa opinião, é de rejeitar a subsunção do penhor de conta bancária ao penhor irregular, na medida em que consideramos que o objeto da garantia é o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e já não o dinheiro, pelo que nunca se poderia considerar que estávamos perante um penhor constituído sobre um bem que passaria para a titularidade do credor¹³³.

Sendo assim, poderia pensar-se que a questão central se mantém, pois o penhor é realizado sobre o direito de crédito, mas o devedor desse direito é o banco que no contrato de penhor figura como credor e, assim, seria realizado um penhor sobre um direito que incide sobre um bem que é propriedade do credor, ou seja, poderíamos estar perante um penhor irregular.

Contudo, não cremos que tal se possa cingir nestes termos, uma vez que ainda que o banco seja proprietário do dinheiro depositado e este seja, em última *ratio*, o objeto do penhor – pois é com esse dinheiro depositado que o banco se irá ressarcir em caso de inadimplemento do devedor – o verdadeiro objeto do penhor é o direito à restituição do dinheiro.

Desta feita, e apesar de o direito empenhado ser um direito sobre o dinheiro, é manifestamente diferente realizar o penhor sobre o dinheiro ou sobre o direito de crédito à restituição do mesmo. Assim, só poderíamos estar perante um penhor irregular se o penhor incidisse sobre o dinheiro e o banco ficasse proprietário do dinheiro por forma a garantir o seu crédito sem que na sua esfera jurídica nascesse alguma obrigação de restituição. Todavia, tal não ocorre, uma vez que o efeito translativo da propriedade do

¹³² ALVES (2010: 202 e 203).

¹³³ Não obstante, note-se que em Espanha este entendimento será rejeitado, uma vez que consideram que não existe diferença entre o penhor irregular e o penhor de créditos, pois consideram que o primeiro se reconduz ao segundo. PERERA (2002: 860).

dinheiro ocorre em virtude da celebração do contrato de depósito bancário, pelo que também por aqui se afasta a qualificação deste penhor como irregular.

PESTANA DE VASCONCELOS, com o qual manifestamos total concordância, advoga que “naqueles casos em que o devedor tenha já depositado a quantia junto do credor, em regra um banco, o que será empenhado será o crédito à restituição dessa quantia de que o devedor é titular face ao banco, ou seja, empenha-se um crédito a uma prestação de que o credor pignoratício é devedor (o banco torna-se dessa forma titular de um direito de penhor sobre um crédito a uma prestação de que é ele próprio devedor). Não se trata de um penhor irregular.”¹³⁴

Além do mais, quando estamos perante um penhor irregular, aquando do cumprimento do devedor o credor tem a obrigação de retransmitir a propriedade do bem, na medida em que a relação creditícia terminou e, por inerência, a garantística também. No caso do penhor de conta bancária, para aqueles que consideram que o objeto deste é o dinheiro, isso nunca poderia suceder, pois o banco não poderia transmitir a propriedade do dinheiro que estava depositado na conta para a titularidade do depositante, uma vez que enquanto o dinheiro estiver depositado no banco este é o seu proprietário, sendo certo que o contrato de depósito não cessa por ter terminado o contrato de garantia.

Ademais, e por hipótese de raciocínio, se se considerar que o penhor é realizado sobre o dinheiro em si e já não sobre o direito de crédito à restituição, estaríamos perante um penhor criado sobre um bem alheio, na medida em que o dinheiro em virtude do contrato de depósito fica propriedade do banco.

Por tudo, consideramos que não se pode considerar o penhor de conta bancária um penhor irregular, uma vez que o objeto do penhor não é transmitido a título de propriedade para o credor, pois o objeto do penhor é, efetivamente, o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e não o dinheiro. Assim, só se poderia falar em penhor irregular neste caso concreto se o objeto do penhor fosse o dinheiro e, não sendo, o que pensamos estar demonstrado, rejeitamos a subsunção do penhor de conta bancária ao penhor irregular.

¹³⁴ VASCONCELOS (2011b: 368).

4.2.3. O penhor financeiro: breve análise à luz do DL n.º 105/2004

Certa parte da doutrina considera que o penhor de conta bancária pode consubstanciar um penhor financeiro, pelo que cumpre atentar no regime legal deste último.

O penhor financeiro é regulado no âmbito do DL n.º 105/2004 de 8 de maio que foi elaborado tendo por base a harmonização comunitária, sendo o principal objetivo da intervenção da União Europeia neste âmbito a criação de um grupo de garantias que permitissem um reforço qualitativo, isto é, o reforço através da titularidade de um direito¹³⁵, tendo em conta “a necessidade de circulação de riqueza e importância crescente das operações transfronteiriças.”¹³⁶

Prima facie, cumpre atentar que apenas poderão ser subsumidos a este regime os contratos de garantia que preencham os requisitos exigidos, nomeadamente os requisitos subjetivos e objetivos, patentes nos arts. 3.º a 7.º do referido diploma.

No que concerne ao requisito subjetivo, e porque este é dotado de elevada importância, na medida em que não estando preenchido não será possível aplicar o regime patente no DL, é necessário que os intervenientes pertençam a uma das categorias elencadas no art. 3.º, sem prejuízo de se admitir que um dos contraentes não esteja especificamente nesse elenco, conquanto seja uma pessoa coletiva.

Relativamente ao objeto da garantia financeira, e em concreto do penhor financeiro, podemos concluir que o penhor de conta bancária será um penhor financeiro uma que vez, após passar o crivo do elemento subjetivo, configura um penhor sobre um numerário, ou seja, sobre o saldo disponível de uma conta bancária denominada em qualquer moeda, ou um crédito similar que confira direito à restituição de dinheiro¹³⁷.

No que respeita ao regime dos contratos de garantia financeira, e em concreto à aplicação do penhor financeiro, ressalta-se o facto de as partes poderem convencionar que o credor pignoratício tenha o direito de dispor do objeto, ou seja, de agir “como se fosse seu proprietário”¹³⁸, todavia, “devemos sublinhar que o direito de disposição é um direito

¹³⁵ VASCONCELOS (2010: 268).

¹³⁶ GRAÇA (2010: 49).

¹³⁷ Vide art. 5.º a) do DL 105/2004.

¹³⁸ Art. 9.º n.º 2 DL 105/2004

contratual, não resulta directamente da lei, ele só existe se, tal como, definido pela *voluntas* das partes, expressa no contrato de garantia financeira.”¹³⁹¹⁴⁰

A este propósito, realce-se a enorme relevância que adquire a atribuição do direito de disposição ao credor pignoratício, na medida em que isso irá permitir ao credor “recorrer a esse bem para, dentro do período de tempo balizado pela data de vencimento da obrigação garantida, o usar, transformando-o em liquidez através de uma venda, ou, eventualmente, dando-o em garantia”¹⁴¹ e, desta feita, o devedor – enquanto instrumento facilitador do credor para a persecução dos seus negócios – poderá obter condições mais vantajosas no que contende com a concessão de crédito.

Em suma, e como já tivemos oportunidade de referir, o penhor de conta bancária será um penhor financeiro sempre que se verificarem os requisitos de aplicação do DL n° 105/2004, sendo certo que muitas vezes se excluí a aplicabilidade deste diploma e, bem assim, a recondução da garantia a este regime específico, uma vez que o penhor de conta bancária é frequentemente realizado por pessoas singulares, o que impossibilita a subsunção aos sujeitos contratuais admitidos no DL dos contratos de garantia financeira.

4.2.4 O penhor de conta bancária enquanto garantia especial sobre um direito

Alguns autores consideram que o penhor de conta bancária não é uma garantia dotada de natureza real, encarando-a antes como uma garantia especial sobre um direito, destacando-se neste âmbito MENZES CORDEIRO E MENEZES LEITÃO.

Neste sentido, MENEZES CORDEIRO considera que o penhor de conta bancária se afasta em larga medida do penhor civil, uma vez que não só não recai sobre uma coisa corpórea ou a ela assimilável, como o dinheiro depositado é propriedade do banco. Mais acrescenta que o mecanismo satisfatório, ou seja, a afetação do dinheiro depositado através do débito na conta sobre a qual incidiu o penhor, se afigura como um regime peculiar.

O autor advoga que “o penhor de créditos tem por objecto não um direito – ou uma coisa – mas uma prestação. Consequentemente não é um direito real, nem penhor. A

¹³⁹ GRAÇA (2010: 46).

¹⁴⁰ Neste particular, CALVÃO DA SILVA fala na novidade deste preceito neste DL, relativamente ao *ius abutendi* quando em comparação com a regulamentação do CC. SILVA (2013: 232).

¹⁴¹ VASCONCELOS (2008:1287).

semelhança económica que apresenta com o penhor em sentido próprio justifica, contudo, que se fale de penhor de créditos.”¹⁴²

Ademais, considera que a verdadeira diferença entre o penhor de conta bancária e o penhor civilístico é o facto de aquele impor ao autor do mesmo a obrigação de manter a conta provisionada, considerando que, assim, a garantia não é real sendo, ao invés, pessoal.

Nestes termos, o autor considera que não estamos perante um verdadeiro depósito e, mais que isso, não estamos perante um verdadeiro penhor, advogando que “o denominado “penhor” de conta bancária não é um verdadeiro penhor, no sentido dum direito real de garantia; trata-se, antes, duma garantia pessoal dobrada pela autorização de debitar, na conta garante, determinadas importâncias.”¹⁴³ No seu entendimento, todo o funcionamento e mecanismo satisfatório da garantia tem por base a “cláusula de principal pagador, perfeitamente visível, perante o artigo 640.º a), do Código Civil.”¹⁴⁴¹⁴⁵

Neste sentido, cumpre manifestar a nossa discordância com o autor, uma vez que não consideramos que se possa considerar que haja uma “personificação” da garantia. Com efeito, não existe uma obrigação do depositante em manter a conta provisionada, uma vez que é prática comum que haja, aquando da constituição do *pignus*, um acordo de bloqueio da movimentação da conta, sendo esse bloqueio uma das grandes vantagens da celebração desta garantia.

A este propósito acompanhamos HUGO RAMOS ALVES que considera que a função social e económica do penhor de conta bancária nunca se poderá aproximar da fiança, advogando que “enquanto o penhor se caracteriza pela afectação de uma reserva de utilidade constituída por um determinado bem que permite a satisfação creditícia, na fiança não coloca à disposição do credor o objecto da satisfação, mas, pelo contrário, assume-se como devedor.”¹⁴⁶

¹⁴² CORDEIRO (1979a: 1076).

¹⁴³ CORDEIRO (2010: 728).

¹⁴⁴ CORDEIRO (2010: 728).

¹⁴⁵ Não obstante a adoção desta posição, o autor não olvida as dificuldades da *questio*, referindo no penhor de crédito “se não haverá aqui uma hipótese de *direito real sobre coisas incorpóreas*, ou, mais latamente, de *direito sobre direito*”. CORDEIRO (1979b: 753).

¹⁴⁶ ALVES (2010: 227).

Refira-se, contudo, que o Ac. Do TRP de 03/10/1996 partilhou do entendimento de MENEZES CORDEIRO, tendo considerado a natureza pessoal e não real do penhor de conta bancária.

Por seu turno, MENEZES LEITÃO considera que “o penhor de direitos, designadamente o penhor de créditos, não constitui, porém, um direito real de garantia, uma vez que não incide sobre coisas corpóreas, sendo antes uma garantia especial sobre direitos.”¹⁴⁷ Neste sentido, o autor entende que o penhor de conta bancária é um penhor de créditos e, por similitude de razão, uma garantia especial sobre um direito, pois considera que o penhor incide sobre o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e já não sobre o dinheiro depositado.

Relativamente ao mecanismo de satisfação do credor pignoratício em caso de inadimplemento do devedor, o autor advoga que a execução da garantia é feita através da cativação do saldo em conta¹⁴⁸, afastando-se assim da doutrina propugnada por MENEZES CORDEIRO.

Por tudo, cumpre concluir que nos distanciamos das doudas doutrinas ora enunciadas, na medida em que consideramos que o direito de crédito – objeto do penhor de conta bancária – é passível de se integrar no conceito de coisa e, bem assim, integrar o âmbito do penhor de créditos, pelo que a garantia é de natureza real.

¹⁴⁷ LEITÃO (2012a: 424).

¹⁴⁸ LEITÃO (2012b: 257).

5. (Possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório

Uma questão contendente com o penhor de conta bancária e que poderá figurar como um obstáculo à sua admissibilidade, é a possibilidade de este violar o princípio da proibição do pacto comissório, sendo esta pretensa possibilidade legitimada pela remissão do art. 678.º para o art. 694.º.

Em traços gerais, poder-se-á definir o pacto comissório como “um pacto por força do qual se transfira do devedor para o credor a propriedade do bem dado em garantia se, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não a cumprir.”¹⁴⁹ Efetivamente, tal questão é suscitada, na medida em que o credor pignoratício debitará a quantia depositada na conta bancária em caso de incumprimento, pelo que se poderá questionar se tal configurará uma situação em que o devedor faz sua a coisa dada em garantia.

Cumpre, desde logo, ressaltar que a natureza do bem em causa – um direito de crédito pecuniário que se traduz posteriormente em dinheiro – sempre conduziria à conclusão de que estamos perante um bem fungível, o que atenuaria a aplicabilidade da proibição comissória. Tal dever-se-á ao facto de o valor do dinheiro ser aferido tendo por base o valor do mercado, pelo que “nessa medida, será do ponto de vista substancial irrelevante se a satisfação se faz por débito em conta ou pela alienação do crédito que gerará esse valor.”¹⁵⁰

Mais se acrescenta que, parece resultar claro que o recurso à possibilidade conferida através da norma positivada no art. 675.º n.º 1 (venda extraprocessual) não fará sentido neste contexto, uma vez que não se afigura necessário proceder à avaliação de dinheiro¹⁵¹. Ademais, o débito na conta apenas ocorrerá relativamente ao dinheiro devido, e já não em relação a outro qualquer valor, pelo que também a partir daqui se exclui a possibilidade de locupletamento do credor.

Em suma, cumpre concluir que não consideramos que haja violação do princípio da proibição do pacto comissório, uma vez que o credor apenas debitará o valor

¹⁴⁹ MATOS (2006: 26).

¹⁵⁰ VASCONCELOS (2010: 290).

¹⁵¹ No mesmo sentido, se se recorresse à ação executiva após a penhora iria proceder-se ao pagamento através do dinheiro existente e, já não, pela venda do crédito, nos termos do art. 798.º CPC.

correspondente ao crédito, não havendo qualquer enriquecimento por parte deste. Ainda que assim não se entenda, mais concretamente no que concerne à questão de o credor ficar com a coisa dada em garantia, parecer-nos-á que tendo em conta o objeto da conta bancária, isto é, o dinheiro, parecerá que considerando a sua natureza fungível esse argumento não logrará.

5.1. No âmbito do penhor irregular

Com efeito, a transmissão da propriedade do bem empenhado para o credor surge como elemento caracterizador do penhor irregular, pelo que cumpre atentar se no caso de incumprimento por parte do devedor, estamos perante um caso de violação do princípio da proibição do pacto comissório.

HUGO RAMOS ALVES advoga que “o penhor irregular transcende a aplicação da proibição do pacto comissório, dado que repousa sobre uma obrigação de restituição do excesso relativamente ao valor do crédito no momento do seu vencimento.”¹⁵²

Ademais, acrescenta o autor que ainda que assim não se entenda as similitudes da figura com o instituto do pacto marciano são inegáveis, pelo que nunca se poderia concluir, sem mais, pela sua nulidade.

Deste modo, manifestamos a nossa concordância com o autor, concluindo que não parecerá que o penhor irregular viole o princípio da proibição do pacto comissório.

5.2. No âmbito do penhor financeiro

Com efeito, o DL que regula o penhor financeiro trouxe um elemento inovador no paradigma do direito nacional¹⁵³, mormente a previsão do pacto marciano no art. 11.º.

Neste sentido, “no caso de o devedor não cumprir, o beneficiário pode proceder à execução do penhor financeiro, fazendo seu o objecto empenhado (...), mediante venda ou apropriação, se tal estiver previsto no contrato de penhor e houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros e dos créditos sobre terceiros.”¹⁵⁴

Todavia, como bem ensina DIOGO MACEDO GRAÇA, o legislador precipitou-se ao considerar que a previsão do pacto marciano corresponde à aceitação do pacto

¹⁵² ALVES (2010: 218).

¹⁵³ Ainda que o DL tenha uma aplicação restrita e, bem assim, não seja este regime previsto na lei civil portuguesa, isso não obsta à qualificação desta previsão como verdadeiramente inovadora.

¹⁵⁴ SILVA (2013: 235).

comissório¹⁵⁵, uma vez que pelo contrário aquilo que se encontra previsto neste âmbito é admissibilidade do pacto marciano, não sendo afastada a proibição do pacto comissório¹⁵⁶.

O pacto marciano poderá caracterizar-se como a “convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respectivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo”¹⁵⁷, de modo 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*.”¹⁵⁸

Destarte, a destriça fundamental entre o pacto comissório e o pacto marciano é o facto de o bem dado em garantia ser avaliado – aquando do incumprimento¹⁵⁹ – por forma a não haver um enriquecimento injustificado do credor. Posteriormente, caso o valor do bem seja superior há uma obrigação do credor de entregar o excedente ao devedor.

Assim, e no que concerne ao penhor de conta bancária enquanto penhor financeiro¹⁶⁰ é possível concluir que este não colide com o princípio da proibição do pacto comissório, na medida em que no DL onde está regulado há a previsão do pacto marciano, pelo que o mecanismo satisfatório do credor pignoratício em caso de incumprimento se subsume ao mesmo.

5.3. No âmbito das garantias especiais sobre um direito

Os autores que propugnam que o penhor de conta bancária consubstancia uma garantia especial sobre um direito consideram que não estamos perante uma garantia com natureza real. Desta feita, cumpre indagar se, ainda assim, estaremos perante um negócio com natureza comissória, violando o vertido no art. 694.º do CC.

¹⁵⁵ GRAÇA (2010: 59).

¹⁵⁶ Neste sentido, o autor rejeita a terminologia utilizada pelo legislador no referido DL, aspeto com o qual manifestamos a nossa total concordância.

¹⁵⁷ MATOS (2006: 82).

¹⁵⁸ GRAÇA (2010: 62).

¹⁵⁹ Neste particular, cumpre atentar que a doutrina se divide relativamente ao momento em que tal avaliação deve ser realizada e de igual modo acerca dos critérios que deverão ser utilizados para a mesma. Contudo, e uma vez que no caso do penhor de conta bancário o bem dado em garantia é um crédito pecuniário que se traduz em dinheiro, o valor do bem será sempre dado pelo valor da moeda, pelo que tal não reveste tanto interesse *in casu*.

¹⁶⁰ Ou seja, nos casos em que, como já dissemos, estejam verificados os requisitos subjetivos de aplicação do diploma.

Prima facie, atente-se que apesar do princípio da proibição do pacto comissório estar previsto no art. 694.º, dever-se-á ter como extensível a sua aplicação a todas as garantias, ainda que atípicas, uma vez que “a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa”¹⁶¹, “valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência”¹⁶². No mesmo sentido, JÚLIO GOMES refere que “só a tese que encara a proibição do pacto comissório como um vestígio ou resquício histórico sem qualquer justificação racional é que rejeita a extensão da proibição aos pactos autónomos.”¹⁶³

Neste sentido, não obstante a posição assumida, MENEZES CORDEIRO não obvia a similitude de situações, pelo que questiona a possível natureza comissória do penhor de conta bancária. Todavia, considera que tendo o depósito um valor objetivo que é dado pelo seu montante, não se poderá concluir que haja aqui um enriquecimento indevido por parte do credor.

Assim, apesar de demonstrado – como cremos que está – que o penhor de conta bancária não viola o princípio da proibição do pacto comissório, ainda que se considerasse que este assume a forma de uma garantia especial sobre um direito e, conseqüentemente não é revestido de natureza real, tal nunca invalidaria a necessidade de subsunção ao crivo do art. 694.º.

¹⁶¹ GOMES (2000: 94).

¹⁶² GOMES (2000: 94).

¹⁶³ GOMES (2004: 68-69).

Conclusão

A realização deste trabalho teve em vista a determinação da natureza jurídica do penhor de conta bancária no Direito Civil Português, em especial considerando que se trata de um aspeto que assume contornos controversos no panorama jurídico-civilístico.

Com efeito, podemos concluir que, em nossa opinião, o penhor de conta bancária é um direito real de garantia na modalidade de penhor de direitos – ao abrigo dos arts. 679.º e seguintes do CC – não negando, de igual modo, que a interceção da natureza real desta garantia com o direito das obrigações, a imbuí de uma complexidade de especial relevo, que se evidenciou ao longo do presente estudo. Todavia, e não obstante o entendimento ora exposto, ressaltamos que o penhor de conta bancária consubstanciará, ao invés, um penhor financeiro sempre que estejam preenchidos os requisitos para a aplicação do DL onde este é regulado.

De qualquer modo, concluímos que, uma vez que o Direito Civil vigente admite o penhor de direitos – pelo que esta positividade da garantia parecerá conferir um reforço a favor da sua admissibilidade neste âmbito – acrescido do facto de considerarmos que os direitos afloram como possíveis objeto de outros direitos, não poderá ser negada a natureza real do penhor de conta bancária.

Ademais, parecerá consentâneo com a realidade social e económica atual a coisificação do direito de crédito à restituição do dinheiro depositado, por forma a que o mesmo possa ser objeto de um direito real de garantia, ressaltando-se que na prática bancária esta garantia é assaz frequente e, por esse motivo, deve também a “tipicidade social” da sua natureza real ser tomada em conta.

Por oposição, no que concerne à teoria que subsume o penhor de conta bancária à figura do penhor irregular, concluímos que em virtude de o objeto do penhor ser um direito de crédito e já não dinheiro, nunca se poderá admitir a sua subsunção. De facto, os autores que advogam esta teoria concluem que o bem empenhado é o dinheiro e, nesse sentido, concluem que o mesmo fica propriedade do credor. Contudo, uma vez que não é esse o objeto do penhor em análise, nunca se poderá admitir que o direito de crédito fica na titularidade do credor pignoratício, pelo que se rejeita esta teoria neste âmbito.

Relativamente às teorias que propugnam que estamos perante uma garantia especial consideramos, de igual modo, que as mesmas padecem do mesmo vício, ao não integrarem o direito de crédito no conceito lato de coisa.

Por último, cumpre concluir que o penhor de conta bancária não viola o princípio da proibição do pacto comissório, considerando a natureza fungível do dinheiro e o facto de apenas ser debitado da conta o valor em dívida, pelo que se exclui qualquer possibilidade de locupletamento do credor.

Em suma, afigurar-se-nos-á inegável a natureza real do penhor de conta bancária. De facto, parecer-nos-á que tal se adequa à vontade do legislador que contemplou esta figura na lei civil portuguesa como, de igual modo, representa a situação mais ajustada às necessidades hodiernas do direito das garantias que apresenta um crescente recurso a garantias conexas com os direitos de crédito.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2013) – *O contrato de conta corrente e a conta corrente bancária* in Estudos em homenagem ao professor doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2015) – *Contrato Bancário Geral e Depósito Bancário* in Direito Bancário, Lisboa, CEJ.

ALVES, Hugo Ramos (2010) – *Do penhor*, Coimbra, Almedina.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de (1983) – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia (2009) – *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1968) – *Tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, Petrony.

ASCENSÃO, José de Oliveira (2000(a)) – *Direito civil: Reais*, 5ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

ASCENSÃO, José de Oliveira (2000(b)) – *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

BURDESE (1982) – *Pegno. Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, coord. Francesco Calasso.

CAMANHO, Paula Ponces (1998) – *Do contrato de depósito bancário*, Lisboa, Almedina.

CAMPITELLI, Adriana (1982) - *Pegno. Diritto Intermedio*, Milano: Giuffrè, coord. Francesco Calasso.

CARVALHO, Orlando Alves Pereira de (2012(a)) – *Direito das Coisas*, Coimbra, Coimbra Editora.

CARVALHO, Orlando Alves Pereira de (2012(b)) – *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora.

CICCARELLO, Sebastiano (1982) – *Pegno. Direito Privato*, Milano: Giuffrè, coord. Francesco Calasso.

CORDEIRO, António Menezes (1979(a)) – *Direitos Reais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 114, Vol. II, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa Da Moeda.

CORDEIRO, António Menezes (1979(b)) – *Direitos Reais*, Reprint, Lisboa, Lex.

CORDEIRO, António Menezes (1999) – *O «contrato bancário geral»* in Estudos de Direito Bancário, FDUL, Coimbra, Coimbra Editora.

CORDEIRO, António Menezes (2003) – *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Coimbra, Almedina.

CORDEIRO, António Menezes (2010) – *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição, Lisboa, Almedina.

COSTA, Mário Júlio Almeida (1980) – *Noções de direito civil*, Coimbra, Almedina.

COSTA, Mário Júlio Almeida (2016) – *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina.

FERREIRA, António Pedro A. (2009) – *Direito Bancário*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Iuris.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (2000) – *Lições de Direitos Reais*, 3ª Edição, Lisboa, Quis Iuris.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (2007) – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 4ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.

GRAÇA, Diogo Macedo (2010) – *Contratos de garantia financeira*, Coimbra, Almedina.

GOMES, Manuel Januário da Costa (2000) – *Assunção Fidejussória da dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Lisboa, Almedina.

GOMES, Manuel Januário da Costa (2012) – *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina.

GOMES, Júlio Manuel Vieira (2004) – *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano* in Cadernos de Direito Privado, n.º 8, Braga: CEJUR.

GUIMARÃES, Maria Raquel (2017) – *As cláusulas contratuais gerais bancárias na jurisprudência recente nos tribunais superiores* in II Congresso de Direito Bancário, coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, Coimbra, Almedina.

HÖRSTER, Henrich Ewald (1992) – *A parte geral do código civil português. Teoria Geral do direito civil*, Coimbra, Almedina.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2012(a)) – *Direitos Reais*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2012(b)) – *Garantias das Obrigações*, 4ª Edição, Lisboa, Almedina.

LIMA, Pires de e ANTUNES VARELA (1987) – *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição Rev. e At., Coimbra, Coimbra Editora.

LIMA, Pires de e ANTUNES VARELA (1986) – *Código Civil Anotado*, Vol. I I, 3.ª Edição, Rev. e At., Coimbra, Coimbra Editora

MARTINEZ, Pedro Romano (2003) – *Direito das obrigações: Programa 2003/2004. Apontamentos*, Lisboa, AADFL.

MARTINEZ, Pedro Romano e Pedro Fuzeta da PONTE (2003) – *Garantias de Cumprimento*, 4ª Edição, Lisboa, Almedina.

MATOS, Isabel Andrade (2006) – *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, Coimbra, Almedina.

MENDES, João de Castro (1978) – *Direito Civil: Teoria Geral*, Lisboa, AAFDL.

NEVES, Rui de Oliveira (2012) – *O penhor de créditos: notas sobre o seu conteúdo* in Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles, Vol. II, Coimbra Almedina.

PERERA, Ángel Carrasco (2002) – *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi.

PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco (1967) – *Teoria Geral do Direito Civil*, Trad. Professor Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântida

SERRA, Adriano Vaz (1956(a)) – *Penhor* in BMJ, n.º 58, julho, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa.

SERRA, Adriano Vaz (1956(b)) – *Penhor* in BMJ, n.º 59, outubro, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa.

SILVA, João Calvão da (2001) – *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina.

SILVA, João Calvão da (2013) – *Banca, Bolsa e Seguros*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina.

VARELA, João de Matos Antunes (2001) – *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7ª Edição, Lisboa, Almedina.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2007) – *Cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular a posição do cessionário na insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2008) – *Os contratos de Garantia Financeira. O dealbal do direito europeu das Garantias* in António Menezes Cordeiro et al. (org.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2010) - *Direito das Garantias*, Lisboa, Almedina.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2011(a)) – *Dos contratos de depósito bancário* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 8, Coimbra Editora.

VASCONCELOS, LUÍS M. PESTANA DE (2011(b)) – *Notas sobre o penhor irregular* in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Carvalho Fernandes*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2017(a)) – *A constituição da relação bancária* in Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP, Coimbra, Almedina, FDUP.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2017(b)) – *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (1995) – *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2012) – *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina.

Jurisprudência citada¹⁶⁴:

Supremo Tribunal de Justiça:

Ac. 07/05/2009, Proc. n.º 3116/06TVLSB.S1, Relator: Hélder Roque;

Ac. 08/05/2012, Proc. n.º 96/1999.G1.S1, Relator: Gregório Silva Jesus;

Ac. 09/06/2009, Proc. n.º 09A0662, Relator: Mário Cruz;

Ac. 07/06/2005, Proc. n.º 05A1774, Relator: Lopes Pinto.

Tribunal da Relação do Porto:

Ac. de 03/10/1996, Proc. n.º 9531254, Relator: Cesário de Matos.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Ac. de 14/06/2007, Proc. n.º 2815/2007-8, Relator: Salazar Casanova

¹⁶⁴ Toda a jurisprudência citada pode ser consultada em www.dgsi.pt