



Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria João Pinto Esteves

**Das Garantias no Contrato de Abertura de
Crédito**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria João Pinto Esteves

Das Garantias no Contrato de Abertura de Crédito

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

Setembro de 2012

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 26 de Setembro de 2012.

Assinatura: _____

Ao Professor Doutor Fernando de Gravato Moraes, pela disponibilidade e amabilidade demonstradas desde o momento da projeção da presente dissertação de Mestrado, os meus sinceros agradecimentos.

Aos meus pais, pela paciência, força e carinho demonstrados durante este período, dedico esta dissertação em sinal da perseverança e determinação que sempre me ensinaram a alcançar.

DAS GARANTIAS NO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

O crédito tornou-se num instrumento importante e indispensável na participação no mercado, tanto para as empresas como para os consumidores, abrangendo todas as classes sociais no tocante a estes últimos.

As instituições financeiras, com o objetivo de atender a estes interesses têm vindo a criar e difundir várias espécies de contratos bancários para concessão de crédito, configurando o contrato de abertura de crédito uma das formas contratuais mais utilizadas, sendo vulgarmente conhecido por “linhas de crédito”.

Ora, as instituições financeiras apenas concedem créditos aos sujeitos, quer sejam empresas, quer sejam pessoas singulares, contra a prestação de garantias. Pelo que as partes terão liberdade para escolher e acordar entre si a garantia ou garantias que mais se coadunam com a situação em concreto e que melhor asseguram o cumprimento das obrigações emergentes do contrato de abertura de crédito.

As garantias associadas a esta forma contratual são diversificadas e com especificidades próprias, daí o nosso interesse em estudar tais realidades quer a nível da sua caracterização, quer a nível de soluções no caso de surgirem vicissitudes.

Assim, a dissertação que nos propomos a elaborar procurará caracterizar o contrato de abertura de crédito como ponto de partida para, em seguida, analisar as garantias bancárias mais usais em sede de contrato de abertura de crédito, fazendo uma análise do regime legal vigente de cada uma e, em especial, das características decorrentes da sua prestação em sede de abertura de crédito.

WARRANTIES AND THE CREDIT FACILITY AGREEMENT

Credit has become an important and indispensable instrument in market share, both for businesses and for consumers, covering all social classes with respect to these last.

The financial institutions, with the objective of serve these interests have been creating and disseminating several species of bank contracts for credit concession. The credit facility agreement configures one of the most used types of contract, being commonly known as "credit lines".

However, financial institutions only provide credit to companies or individuals, if they present some warranty. The parts will be free to choose and agree on the guarantee or warranty that more fit into concrete situation and what better ensure compliance with the obligations arising from the credit facility agreement.

The guarantees associated with this contractual form are diverse and specific, hence our interest in studying these realities both in terms of its characterization, both in terms of solutions that should arise from the vicissitudes.

Therefore, the dissertation we propose to develop will seek to characterize the credit facility agreement as a starting point to then analyze the more frequent thirst bank guarantees in place of a credit facility agreement, making an analysis of the current legal regime of each one, in particular the characteristics resulting from its association with the credit facility agreement.

ÍNDICE

ÍNDICE	ix
ABREVIATURAS	xv
PARTE I - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO: ENQUADRAMENTO	1
Capítulo I – Breve Resenha Histórica	1
Capítulo II – Aspectos Iniciais.....	3
Capítulo III – Do Objeto no Contrato de Abertura de Crédito	5
Capítulo IV – Dos Sujeitos do Contrato de Abertura de Crédito	7
Capítulo V – Do Conteúdo do Contrato de Abertura de Crédito	9
Capítulo VI – Forma do Contrato de Abertura de Crédito	11
Capítulo VII – Modalidades de Abertura de Crédito.....	13
i. Quanto à existência ou não de garantia.....	13
ii. Quanto à forma de contabilização pelo creditante.....	14
iii. Quanto ao beneficiário do crédito.....	15
iv. Quanto à existência ou não de um fim vinculado.....	15
Capítulo VIII – Da extinção do contrato de abertura de crédito.....	17
Capítulo IX – Do contrato de abertura de crédito como título executivo	19
i. Considerações introdutórias.....	19
ii. Os títulos executivos	19
iii. Jurisprudência.....	20
Capítulo X – Natureza Jurídica.....	23
PARTE II – DAS GARANTIAS ASSOCIADAS AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO.....	27
Capítulo I – Garantias Especiais	27
i. Introdução.....	27
ii. Modalidades de Garantias Especiais	29
Capítulo II – Garantias Reais	31

Subcapítulo I – Hipoteca	31
1. Introdução	31
2. Tipos de Hipoteca	32
2.1. As hipotecas legais.....	32
2.2. As hipotecas judiciais	34
2.3. As hipotecas voluntárias.....	34
3. Conteúdo da Hipoteca.....	35
3.1. Âmbito do crédito garantido	35
3.2. Objeto da hipoteca	36
3.3. Indivisibilidade	38
3.4. Proibição do pacto comissório	38
4. Modificações da Hipoteca.....	39
4.1. Alteração do objeto da hipoteca.....	39
4.2. Reforço e substituição da hipoteca	39
4.3. Redução da hipoteca.....	40
5. Transmissão da hipoteca.....	41
6. Transmissão da coisa hipotecada	42
7. Extinção da hipoteca	44
8. Execução da hipoteca	48
Subcapítulo II – Penhor	51
1. Introdução	51
2. Legitimidade para a constituição do penhor	54
3. Forma do contrato de penhor	54
4. Conteúdo do penhor	55
5. Penhor de coisas	55
5.1. Constituição.....	55

5.2. Direitos do banco	56
5.3. Deveres do banco	57
5.4. Destino dos frutos da coisa empenhada	58
5.5. Direitos do autor do penhor	58
5.6. Extinção do penhor	59
5.7. Execução do penhor.....	62
6. Penhor de direitos.....	63
6.1. Introdução	64
6.2. Objeto do penhor	64
6.3. Constituição do penhor	64
6.4. Relações entre autor do penhor e banco.....	65
6.5. Deveres do banco	65
6.6. Deveres do autor do penhor	66
6.7. Extinção do penhor de direitos.....	66
7. Casos especiais de penhor de direitos	67
7.1. Penhor financeiro.....	67
7.1.1. Sujeitos do penhor financeiro	67
7.1.2. Objeto e obrigações financeiras.....	68
7.1.3. Desapossamento	68
7.1.4. Prova.....	68
7.1.5. Formalidades.....	69
7.1.6. Direito de disposição.....	69
7.1.7. Titular do direito de disposição	70
7.1.8. Efeitos do direito de disposição	71
7.1.9. Vencimento Antecipado e Compensação	72
7.1.10. Admissibilidade do Pacto Comissório	72

7.2. Penhor de ações	73
7.2.1. Introdução	73
7.2.2. Forma do penhor	74
7.2.3. Constituição de penhor	75
7.2.4. Exercício dos Direitos Sociais	76
7.2.4.1. Direito ao lucro	77
7.2.4.2. Direito de participação das deliberações.....	77
7.2.4.3. Direito de informação.....	78
7.2.4.4. Direito de exoneração	78
7.2.4.5. Conclusão: esgotamento da garantia?	79
Capítulo III - GARANTIAS PESSOAIS.....	81
Subcapítulo I - Fiança	81
1. Introdução	81
2. Forma da fiança.....	82
3. Principais características da fiança	82
3.1. Acessoriedade.....	83
3.2. Solidariedade	86
4. Relações entre banco e fiador	87
5. Relações entre creditado e fiador.....	88
6. Relações entre creditado e banco	89
7. Pluralidade de fiadores.....	90
8. Extinção da fiança	91
9. A fiança associada ao contrato de abertura de crédito: particularidades	92
Subcapítulo II - Aval.....	95
1. Introdução	95
2. Natureza Jurídica	96

3. Regime Jurídico	96
4. Aval Geral	98
CONCLUSÕES.....	101
BIBLIOGRAFIA.....	105

ABREVIATURAS

art.º – artigo

arts. – artigos

AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência

C.C. Código Civil

C.Com. – Código Comercial

C.I.R.E. – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

cit. - citado

C.P.C. – Código do Processo Civil

Cf. – confrontar

CRPredial – Código de Registo Predial

D.R. – Diário da República

Etc. – Etcetera

ie. – isto é

L.U.C. – Lei Uniforme Relativa a Cheques

L.U.L.L. – Lei Uniforme Relativa a Letras e Livranças

pág. – página

págs. – páginas

ss. – seguintes

v.g. – verbi gratia

PARTE I - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO: ENQUADRAMENTO

CAPÍTULO I – BREVE RESENHA HISTÓRICA

A atividade bancária começou a surgir, ainda que de forma incipiente, já na Antiguidade. A partir do século VI a.C. era frequente o empréstimo em dinheiro na Babilônia, Egito e Fenícia. Contudo, foi no mundo greco-romano que se começaram a desenvolver grande parte das atuais operações bancárias, tais como o depósito de moeda ou de valores, empréstimos a juros, garantidos ou descobertos, etc.¹.

Tais atividades eram levadas a cabo pelos designados *trapezistas*, na Grécia, e pelos *argentarii*, em Roma. Estes exerciam funções de troca, depósito e emprestavam moeda, o que levou a terem ganho avultadas fortunas.

Por sua vez, a palavra “crédito” deriva da expressão latina *creditum*, que significa “acreditar”, “confiar”. Ao longo dos séculos, o crédito era visto como um meio de facilitar a permuta de prestações. Foi só no século XIX que começou a ser visto como uma figura autónoma, constituindo hoje a mais aperfeiçoada modalidade de troca na vida económica.

Atualmente, o crédito é visto como um meio que permite o aumento de capacidade económico-financeira, e não apenas como mero auxiliar da negociação jurídica. Nas palavras de WERNER SOMBART, “*crédito é o poder de compra conferido a quem não tem o dinheiro necessário para realizá-la*”.

Por sua vez, o contrato de abertura de crédito teve a sua origem no contrato de mútuo. Por outras palavras, o mútuo, e em concreto o mútuo bancário, constituiu o tronco do qual nasceram vários tipos de crédito bancário, que acabaram por se autonomizar em resultado da prática bancária.

O contrato de abertura de crédito tem, na sua génese, o mesmo objetivo que o mútuo apenas se distinguindo deste pelas suas especificidades que são incompatíveis com as características do mútuo.

A título exemplificativo, através do contrato de mútuo é possível ao devedor satisfazer uma necessidade imediata de dinheiro, já o contrato de abertura de crédito é celebrado por

¹ MOLLE, Giacomo, *I Contratti Bancari*, Milão, Giuffrè Editore, 1992, p. 4

quem pretende financiar-se a longo prazo e em momentos não pré-determinados, em que tal necessidade será mais sentida.

Assim, o crédito surge como um “*bem económico autónomo e de coisa (incorpórea) em sentido jurídico (...) e aparece a esta luz como idóneo para constituir por si só o objetivo para que tendem as partes*”².

² PEREIRA, Sofia Gouveia, *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, Principia, Cascais, 2000, p. 22

CAPÍTULO II – ASPETOS INICIAIS

O crédito tornou-se num instrumento importante e indispensável na participação no mercado, tanto para as empresas como para os consumidores, abrangendo todas as classes sociais no tocante a estes últimos. Os bancos, com o objetivo de atender a estes interesses, têm vindo a criar e difundir várias espécies de contratos bancários, configurando o contrato de abertura de crédito uma das formas contratuais mais utilizadas, sendo vulgarmente conhecido por “linhas de crédito”.

Este tipo de concessão de crédito tem, maioritariamente, como destinatários as empresas pois é uma forma por elas muito utilizada de fazer faces a necessidades de tesouraria e liquidez sem que se sujeitem a juros e despesas desnecessárias que decorreriam de um contrato de mútuo, só por si moroso e oneroso tendo em conta os propósitos comerciais das empresas.

Vejamos: o banqueiro pretende ser informado da situação económica e financeira do potencial cliente para depois negociar taxas de juro e garantias. Por sua vez, o cliente poderá querer consultar vários bancos de forma a encontrar uma boa oportunidade de negócio. Ora, este é um processo moroso face à realidade envolvente do contrato de abertura de crédito: o cliente terá todo o interesse em saber que dispõe de uma “linha de crédito”, em que está previamente informado sobre os juros a pagar, apenas quando dispuser efetivamente das quantias em dinheiro. Trata-se de uma operação que poderá trazer desvantagens para o banqueiro, uma vez que vê determinado capital imobilizado e não produtivo, mas que este sabe contorna-las através da cobrança de comissões, por exemplo.

A particularidade deste contrato reside quer no seu conceito quer no seu regime jurídico. Embora a doutrina maioritária aponte no sentido de estarmos perante um contrato autónomo, o contrato de abertura de crédito não se encontra tipificado na maioria das legislações europeias, inclusive a legislação portuguesa³, com exceção da italiana⁴. Contudo, a abertura de crédito vem referida no artigo 362º do Código Comercial português, sendo identificada como uma operação de banco.

³ A lei portuguesa não regula expressamente esta modalidade de concessão de crédito. Não obstante, a abertura de crédito vem referida no artigo 362º do Código Comercial.

⁴ O Código Civil Italiano consagra a abertura de crédito no seu artigo 1842, definindo-o como o contrato pelo qual o banqueiro se obriga a ter, à disposição do cliente, uma soma em dinheiro, por um dado período ou por tempo indeterminado.

Através do contrato de abertura de crédito⁵ “*um banco, creditante, constitui a favor do seu cliente, creditado, por um período de tempo, determinado ou não, uma disponibilidade de fundos que este poderá utilizar se quando e como entender conveniente*”⁶.

Por outras palavras, o creditante obriga-se a disponibilizar ao creditado uma importância em dinheiro, ou a contrair por conta deste uma obrigação, para que ele faça uso do crédito concedido nos termos em que foi convencionado ficando, posteriormente, o creditado obrigado a devolver ao creditante as somas de que dispôs incluindo os juros e outras comissões previamente acordadas.

Assim, o creditado dispõe da vantagem de só se endividar e pagar os respetivos juros e outros encargos ao creditante conforme as suas necessidades de financiamento.

Relativamente à sua natureza jurídica, existem posições doutrinárias contrárias. O ponto fulcral da discussão reside no nexo existente entre a disponibilidade que decorre da celebração do contrato de abertura de crédito entre o banco e o cliente e os sucessivos atos de disposição efetiva, quando os haja, realizados por este último.

Como adiante veremos, o contrato de abertura de crédito considera-se perfeito a partir do momento em que o creditado pode usufruir de uma quantia monetária, ainda que não a utilize na totalidade, pois não está obrigado a fazê-lo⁷.

⁵ Ricardo Benoliel de Carvalho define que “*a operação bancária de abertura de crédito, como contrato que é, resulta do encontro de vontades das duas partes intervenientes – a instituição bancária que vai conceder o crédito, comumente denominada creditante, e o utente do crédito, conhecido por creditado – pelo que a sua função económica terá de residir na satisfação dos interesses particulares que animam as duas partes em presença. Pelo contrato de abertura de crédito – note-se que nos referimos à sua forma mais simples –, o creditante vincula-se para com o creditado, em regra por um determinado período de tempo, à obrigação de lhe entregar fundos até certo limite previamente convencionado, com a faculdade para o creditado, de os exigir se vier efetivamente a carecer de auxílio financeiro, quando dele necessitar, e com a consequente obrigação de reembolso dos capitais que vier a utilizar*”. In CARVALHO, RICARDO BENOLIEL DE, in “Notas sobre a Abertura de Crédito Bancário, Lisboa”, *Revista Bancária*, n.º 29, 1972, p. 28

⁶ PEREIRA, SOFIA GOUVEIA, *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, cit., p. 7.

⁷ Segundo SOFIA GOUVEIA PEREIRA, a doutrina tem considerado a abertura de crédito como um “negócio de crédito puro” – in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, cit..

CAPÍTULO III – DO OBJETO NO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Segundo SOFIA GOUVEIA PEREIRA, “a prática bancária portuguesa revela que o objeto do contrato de abertura de crédito tem uma especificidade que justifica a sua autonomia face a outros tipos contratuais com função semelhante”⁸.

Por outras palavras, a doutrina considera que o objeto da abertura de crédito não é a quantia monetária em si mas o próprio crédito enquanto bem económico. Daí se distinguir do contrato de mútuo. Na abertura de crédito o creditado procura a fruição da solvabilidade alheia, ou seja, o próprio crédito. Por sua vez, no mútuo o mutuário procura uma determinada quantia monetária e não propriamente a possibilidade de usufruir de uma solvabilidade conforme as suas necessidades futuras, ou seja, o mais usual é o mútuo ter uma finalidade pré-existente e concreta enquanto, no caso da abertura de crédito, o uso da quantia monetária disponibilizada vai depender das condições e/ou eventos futuros que o creditado prevê mas que não tem a certeza de que vão ocorrer.

O objeto do contrato é permitir ao creditado que tenha acesso a uma disponibilidade sobre uma quantia monetária, considerando-se o contrato perfeito pela constituição da referida disponibilidade, como já tivemos oportunidade de referir.

A disponibilidade constitui objeto da abertura do crédito⁹ e é independente da sua utilização, ou seja, é o crédito o objeto do contrato e não a importância monetária em si mesma, uma vez que a perfeição do contrato não depende do uso do capital.

⁸ In PEREIRA, Sofia Gouveia, in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica, cit.*, pp. 56-57.

⁹ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO a abertura de crédito “constitui um bem autónomo, próprio, perfeitamente conhecido por todos os operadores e que não equivale a um crédito. Posto isso: o crédito surge, efetivamente, mas por via potestativa e simples execução do contrato”. In *Manual de Direito Bancário, cit.*, p. 589.

CAPÍTULO IV – DOS SUJEITOS DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Os sujeitos do contrato de abertura de crédito são, como resulta do *supra* exposto, o credente (v.g. instituições de crédito e sociedades financeiras) e o creditado (o cliente). O primeiro disponibiliza a quantia monetária e, o segundo beneficia da segurança que lhe é transmitida pela mera disponibilidade de tal quantia e, ainda, efetua os atos de levantamento no âmbito do contrato de abertura de crédito.

São os bancos as entidades com mais facilidade em dispor de quantias avultadas para ceder nos termos do contrato de abertura de crédito. Ou seja, em termos de viabilidade económica do negócio, são normalmente os bancos que possuem condições de liquidez para mutuar quantias monetárias no âmbito da abertura de crédito, bem como correr o risco do crédito subjacente. Em termos legais, são também os bancos, enquanto uma das espécies de instituições de crédito, que podem conceder crédito¹⁰.

Como *supra* exposto, do lado do creditado encontramos, habitualmente, empresas: quer aquelas com atividades sazonais em que se verificam acentuadas necessidades de tesouraria em certas alturas do ano, quer aquelas que recorrem à abertura de crédito para financiar determinado projeto (*project financing*) que, em determinados momentos, exige avultadas quantias para pagamento.

É usual também verificar-se uma pluralidade de empresas do lado do creditado: são o caso dos grandes grupos económicos em que encontramos várias empresas. Tal pluralidade pode ser originária ou superveniente, e torna a posição do creditado mais forte. Ou seja, o peso do grupo pode ser determinante na negociação de juros e comissões que o banco cobra pela concessão do crédito.

Finalmente podemos ainda conceber a abertura de crédito a favor de terceiro. Neste caso, a abertura de crédito tem um propósito solutório, ou seja, o banco obriga-se perante um terceiro (beneficiário) por conta e interesse do creditado. Na verdade, o banco interpõe-se entre o beneficiário e o creditado com a finalidade de facilitar a sua relação contratual, pelo que, relativamente ao banco, o beneficiário permanece sempre estranho ao contrato de abertura de crédito.

¹⁰ Cf. Artigo 3º, *a)* e artigo 4º, n.º 1, *b)* do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo D.L. n.º 298/92 de 31 de Dezembro.

CAPÍTULO V – DO CONTEÚDO DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Como já observamos, do contrato de abertura de crédito resultam direitos e obrigações para ambas as partes, quer na fase de disponibilidade, quer na fase de disposição efetiva do *plafond* de crédito.

Na fase da disponibilidade, o creditante assume a posição de devedor, uma vez que se obriga a disponibilizar ao creditado um fundo até ao limite estipulado e a manter essa disponibilidade pelo período de tempo acordado. Para tal, deverá assegurar as condições necessárias para que nada obste à fruição da disponibilidade pelo creditado. Por sua vez, o creditado assume, simultaneamente, a posição de credor do banco, pois tem direito àquela disponibilidade bem como à sua utilização nos termos em que entender¹¹ e, ainda, a posição de devedor da comissão ao banco pela “imobilização” dos fundos.

Na fase da disposição efetiva, o creditante passa a assumir a posição de credor das quantias efetivamente levantadas pelo creditado, bem como os respetivos juros e demais encargos. Pese embora, o banco pode assumir também a posição de devedor nas situações em que o creditado, após utilizar determinada quantia a devolve, acrescida dos demais encargos, antes do termo do contrato – em tais casos estaremos perante uma situação de *revolving*. Mas o mais usual será o banco assumir a posição de credor pois a tendência é o creditado utilizar a quantia disponibilizada de forma fracionada.

Assim, independentemente da forma de utilização da quantia disponibilizada, certo é que o banco deverá manter sempre a disponibilidade referida durante a vigência do contrato de abertura de crédito.

Por sua vez, o creditado tem direito a “*exigir do banco prestações de dare ou facere que permitam a satisfação do seu direito de crédito*”¹², bem como o dever de pagar os juros e comissões pelo tempo em que imobiliza os fundos do banco.

Note-se que o conteúdo das prestações a efetuar pelo creditante não se encontra pré-estabelecido, uma vez que só no momento em que o creditado necessitar de usufruir do *plafond*

¹¹ RICARDO BENOLIEL DE CARVALHO afirma que o direito do creditado é “uma verdadeira condição potestativa à parte *creditoris*”. In CARVALHO, RICARDO BENOLIEL DE, in “Notas sobre a Abertura de Crédito Bancário, Lisboa”, *Revista Bancária*, cit., p. 47

¹² O direito de crédito do creditado é considerado um verdadeiro direito potestativo, que o creditado pode exercer em qualquer altura do período de vigência do contrato de abertura de crédito. Daqui ressalta uma característica deste tipo contratual: o interesse que é protegido em primeiro lugar é o do creditado, pois este pode ou não exercer o seu direito de crédito, tendo o banco de aguardar as ordens deste e assegurar o seu efetivo cumprimento. Cf. PEREIRA, Sofia Gouveia, in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, cit., pp. 60-62

é que tal conteúdo vai ser concretizado, podendo assim afirmar que estamos perante obrigações abstratas.

CAPÍTULO VI – FORMA DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Como referimos, o contrato de abertura de crédito é um contrato atípico, pelo que quanto à forma do contrato deverá seguir o critério adotado no artigo 3º do C.Com. segundo o qual aplica-se o disposto na legislação comercial e, subsidiariamente, o disposto na legislação civil.

Ora, não sendo regulado pelo Código Comercial, nem pelo Código Civil, o contrato de abertura de crédito não depende de quaisquer requisitos formais para que seja válido, aplicando-se-lhe o disposto no artigo 219º do C.C., relativo à liberdade de forma.

Contudo, a prática e usos bancários vão no sentido de o contrato de abertura de crédito ser reduzido a escrito.

No caso de a forma ser imposta por lei, como é o caso de a abertura de crédito ser garantida por hipoteca, por exemplo, não há dúvidas da exigência da forma escrita daquele contrato.

Nos casos em que não resulta a obrigatoriedade de celebração do contrato por escrito, vários autores têm considerado que se aplica o regime do contrato de mútuo quanto à forma do contrato¹³, pelo que a forma escrita será obrigatória¹⁴.

Atualmente, como já afirmamos, o mais usual é o contrato ser reduzido a escrito, quer por força das garantias associadas, quer por motivos probatórios em sede judicial.

Quanto ao seu conteúdo não existem formalidades essenciais, pelo que as partes têm liberdade para fixar livremente o seu conteúdo e incluir as cláusulas que lhes aprouver, respeitando as demais regras gerais dos contratos e os limites da lei (*v.g.* não ser contrário aos bons costumes, à boa fé, etc.).

A título exemplificativo, o contrato de abertura de crédito deve conter cláusulas relativas ao montante do crédito, à duração do contrato e eventuais prorrogações, à modalidade de utilização do *plafond*, aos juros e comissões a cobrar em caso de utilização pelo creditado, às condições de revogação do contrato, às garantias associadas, etc.

¹³ Neste sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e SOFIA GOUVEIA PEREIRA.

¹⁴ Cf. Decreto-Lei n.º 32765, de 29 de Abril de 1943 e Artigo 1143º do C.C..

CAPÍTULO VII – MODALIDADES DE ABERTURA DE CRÉDITO

SUMÁRIO: I. QUANTO À EXISTÊNCIA OU NÃO DE GARANTIA; II. QUANTO À FORMA DE CONTABILIZAÇÃO PELO CREDITANTE; III. QUANTO AO BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO; IV. QUANTO À EXISTÊNCIA OU NÃO DE UM FIM VINCULADO

Podemos identificar as várias modalidades de abertura de crédito segundo vários critérios práticos, nomeadamente, segundo a existência ou não de garantia, a forma de contabilização pelo creditante, o beneficiário do crédito, a existência ou não de um fim vinculado e a duração do contrato.

Há também quem distinga a abertura de crédito em sentido estrito e sentido abstrato. Vejamos.

i. QUANTO À EXISTÊNCIA OU NÃO DE GARANTIA

O contrato de abertura de crédito pode ser ou não seguido de uma garantia pessoal ou real sobre a quantia monetária concedida. No primeiro caso estamos perante uma abertura de crédito garantida; no segundo caso estamos perante uma abertura de crédito a descoberto, uma vez que o banco guia-se pela solvabilidade do cliente.

O nosso estudo incide sobre a abertura de crédito garantida que é a mais usual na prática bancária. A garantia associada ao contrato de abertura de crédito surge como uma cláusula acessória no próprio contrato e está dependente da execução deste.

Tanto pode tratar-se de uma garantia pessoal como uma garantia real. Deixamos o seu estudo para a parte segunda parte desta dissertação¹⁵, retendo desde já que as garantias reais mais utilizadas na celebração de contratos de abertura de crédito são a hipoteca e o penhor e, quanto às garantias pessoais, as mais utilizadas são a fiança e o aval.

A abertura de crédito a descoberto¹⁶ é celebrada pelo banco quando este se satisfaz com a garantia geral das obrigações (isto é, o património do devedor), uma vez que não exige a

¹⁵ V. Parte II

¹⁶ Não se confunde com o “descoberto accidental”, ou seja, não previamente autorizado. Neste, os bancos permitem que o cliente ultrapasse o limite de crédito autorizado, desde que seja regularizado num curto período de tempo. Na maior parte das vezes, o descoberto é aceite tacitamente pelo banco, quer pela insignificância do montante em questão, quer pelo período a que respeite. Em ambas as situações, é relevante a relação de confiança entre o banco e o cliente, sem a qual o banco não autorizaria tal atuação por parte do cliente. Não obstante, JOÃO

prestação de qualquer outra garantia. Em caso de incumprimento, o banco terá que, necessariamente, lançar mão de uma ação declarativa para obter um título executivo para depois instaurar a competente ação executiva e, assim, reaver os montantes em dívida. Ora, toda esta tramitação é um dos principais obstáculos à celebração de aberturas de crédito a descoberto, pois exige tempo e despesas incompatíveis com os interesses do creditante. Para não falar de que o banco poder vir a concorrer com outros credores com garantias, pelo que pode correr o risco de ver o seu crédito incumprido definitivamente.

Segundo GOUVEIA PEREIRA, muitas vezes «*para “garantir” as obrigações emergentes da abertura de crédito, essa “garantia” é prestada sob forma cambiária, letra ou livrança, muitas vezes em branco, e que se destina a ser utilizada no termo do contrato de abertura de crédito como forma de recuperação dos saques efetuados, em caso de incumprimento*»¹⁷. Considera a autora que, nestas situações, estamos perante uma abertura de crédito a descoberto e não perante uma abertura de crédito garantida, uma vez que o objetivo da emissão da letra ou livrança é a obtenção de um título executivo que permita a rápida recuperação do crédito por parte do banco e não a constituição de uma garantia em si. Mas só as letras e livranças que não sejam avalizadas porque, neste caso, o banco já pode vir exigir o cumprimento a um terceiro ou a outro património e, nesse caso, estaremos perante um contrato de abertura de crédito garantido.

ii. QUANTO À FORMA DE CONTABILIZAÇÃO PELO CREDITANTE

Conforme a contabilização pelo banco, podemos distinguir entre contrato de abertura de crédito simples e contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

Na abertura de crédito simples, o cliente só pode usar o montante acordado apenas uma vez, ainda que o faça através de vários levantamentos sucessivos (*tranches*). Por outras palavras, o dinheiro levantado só pode ser utilizado uma vez, ainda que seja restituído fracionadamente, ou seja, não é permitido a reutilização das mesmas quantias monetárias, uma vez que o banco não se compromete a disponibilizar tais valores mais do que uma vez.

CALVÃO DA SILVA entende que o “*corte de forma abrupta, injustificado ou não fundamentado em razões novas e supervenientes, pode não ser tolerado pelo princípio da boa-fé e traduzir-se em violação da confiança legitimamente esperada do cliente, com dever de indemnizar os danos decorrentes desse venire contra factum proprium ou incoerência do comportamento reiterado e esperado do banco (artigo 334º do Código Civil)*”. In *Direito Bancário*, cit., p. 367.

¹⁷ In PEREIRA, Sofia Gouveia, in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, cit., p. 32.

Na abertura de crédito em conta-corrente ao creditado é permitido o levantamento de várias *tranches* e o depósito dos valores que entender, podendo voltar a usar montantes já anteriormente utilizados, desde que dentro dos limites do *plafond* de crédito¹⁸. Esta a forma de abertura de crédito mais utilizada na prática bancária portuguesa.

iii. QUANTO AO BENEFICIÁRIO DO CRÉDITO

A abertura de crédito pode ainda distinguir-se conforme o beneficiário seja o próprio contraente, o creditado, ou terceiro, estranho ao contrato.

No primeiro caso, na abertura de crédito a favor do contraente, estamos perante o habitualmente designado “crédito com movimento de caixa” em que o banco se limita à entrega dos montantes ao cliente na sequência das ordens de levantamento deste.

No segundo caso, na abertura de crédito a favor de terceiro¹⁹, estamos perante um beneficiário indicado pelo contraente a quem o banco vai entregar as quantias monetárias na sequência da ordem de levantamento emitida pelo contraente. Há autores que designam este tipo de abertura de crédito por “abertura de crédito imprópria” e “abertura de crédito por assinatura”, uma vez que a sua finalidade não é a obtenção de crédito em si mas sim a satisfação de uma obrigação alheia, estranha à relação entre o creditante e o creditado, normalmente emergente de um contrato celebrado entre o creditado e o beneficiário.

iv. QUANTO À EXISTÊNCIA OU NÃO DE UM FIM VINCULADO

A abertura de crédito pode ser concedida tendo em vista um fim determinado ou não. Havendo-o, terá que existir necessariamente uma cláusula a este respeito no texto do contrato.

¹⁸ Nas palavras de BRITO CORREIA, “o que é característico da abertura de crédito em conta-corrente [...] é que o cliente pode efetuar reembolsos parciais, que lhe garantem a reconstituição do seu direito de saque, aquilo a que se chama a *represtinação da disponibilidade dentro do montante acordado como limite*”. Refere ainda que “na abertura de crédito em conta-corrente há um aproveitamento ou uma combinação das características do contrato de abertura de crédito com as do contrato de conta-corrente, embora não haja, em rigor, confusão entre os dois; como é sabido, o contrato de conta-corrente é um contrato-quadro, que de algum modo abrange vários negócios, um deles pode ser a abertura de crédito”. In *Direito Bancário*, II, Operações Bancárias, *Lições Policopiadas*, cit., p.110

¹⁹ Aqui “o Banco em vez do compromisso de pagamento de dinheiro obriga-se a emprestar a sua assinatura, sem comprometer diretamente os seus fundos. A prestação a que o Banco se obriga diretamente é, por conseguinte uma prestação de facere: prestar um aceite, um aval, uma fiança ou outra garantia.” In PIRES, JOSÉ MARIA, *Direito Bancário, Volume II – As Operações Bancárias*, cit., p. 217.

Não havendo nenhum fim determinado, o creditado pode utilizar a abertura de crédito nos termos em que entender.

A modalidade mais frequente na prática bancária é a abertura de crédito com fim vinculado em que, habitualmente estão em jogo montantes elevados pelo que o banco só concederá o crédito se achar tal fim viável. Note-se que a aprovação da abertura do crédito dependerá da execução do projeto analisado, ou seja, se o creditado utilizar o crédito para fins diversos do estipulado constituirá causa de resolução unilateral do contrato de abertura de crédito por parte do banco.

Por sua vez, a modalidade abertura de crédito sem fim vinculado é, normalmente, utilizada para créditos de montante mais reduzido e por breves períodos de tempo.

CAPÍTULO VIII – DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

Finalmente cumpre dizer que a extinção do contrato de abertura de crédito também não se encontra legalmente regulada. O mesmo se diga para a sua renovação.

Será a vontade das partes a reguladora dos moldes de renovação ou extinção. Na falta de consenso, torna-se necessário recorrer uma vez mais ao artigo 3º do C.Com., pelo que teremos que recorrer ao instituído quanto ao contrato de conta-corrente (artigos 344º e ss. C.Com.).

No seguimento desta disposição ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO vem afirmar que se aplica “*as regras da conta-corrente em geral quando seja o caso; do mandato quanto à disponibilidade; as regras do mútuo quanto ao saldo*”²⁰.

Dispõe o artigo 349º do C.Com. que o contrato “*termina no prazo de convenção, e, na falta de prazo estipulado, por vontade de qualquer das partes e pelo decesso ou interdição de uma delas*”. O creditado não poderá realizar mais nenhuma operação e terá que devolver o montante levantado, acrescidos dos respetivos encargos, tudo no prazo de 30 dias (artigo 1148º, n.º 2 do C.C.).

Assim, no caso de o contrato cessar pela morte ou interdição²¹ de uma das partes não restam dúvidas que o contrato se extingue, pelo que não se transmite aos herdeiros, uma vez que o contrato de abertura de crédito é celebrado com base na confiança entre as partes, algo intransmissível e que não pode ser substituído.

Existem ainda outros motivos para extinção do contrato de abertura de crédito. Designadamente, da parte do creditado pode ainda ocorrer uma impossibilidade da prestação, quer por falta de entrega do valor pactuado ao creditante, quer por falta de restituição daqueles levantamentos, uma mudança na condição patrimonial do creditado (*v.g.* insolvência), a verificação de uma condição resolutiva expressa no clausulado do contrato (*v.g.* insuficiência da garantia prestada) ou, ainda, um processo de execução contra o creditado (*v.g.* pelo vencimento antecipado das prestações conforme o regime geral dos artigos 780º ss. C.C.).

Já da parte do creditante, pode verificar-se também uma situação de insolvência que o impeça de manter a disponibilidade de fundos que contratou com o creditado, por exemplo.

²⁰ In CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário, cit.*, p. 588.

²¹ Tal interdição só valerá para efeitos de extinção do contrato de abertura de crédito quando for declarada judicialmente, pelo que não basta uma declaração médica ou familiar.

Finalmente, os efeitos da extinção do contrato de abertura de crédito são claros: o creditado deixará de usufruir da disponibilidade do crédito e deverá restituir as somas utilizadas às quais acrescem os respectivos juros e comissões acordados.

CAPÍTULO IX – DO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO COMO TÍTULO EXECUTIVO

SUMÁRIO: I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS; II. OS TÍTULOS EXECUTIVOS; III. JURISPRUDÊNCIA

i. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Com o incremento do consumo e das grandes facilidades concedidas pelas bancos na concessão de crédito, de contas com *plafonds* ou limites a descoberto e com a crescente dificuldades dos creditados em cumprir com as suas responsabilidades nesse âmbito, tem-se tornado mais frequente a instauração de ações executivas fundadas em contratos de abertura de crédito e nas quais são peticionados o capital e respetivos juros.

O contrato de abertura de crédito consiste, em regra, num documento escrito do qual decorre o direito de depósito e levantamento de fundos por parte do creditado, com obrigação da entidade bancária registar essas operações em conta corrente. O contrato é dinamizado sobretudo mediante a convenção de cheques que permite ao titular da conta requisitar cheques, com os quais emite ordens de pagamento dos fundos que existam na sua conta, até ao limite dos mesmos ou até ao *plafond* (abertura de crédito) associado ou acordado e que consubstancia um crédito.

ii. OS TÍTULOS EXECUTIVOS

Nos termos do artigo 46.º, alínea c) do Código de Processo Civil, constituem títulos executivos os documentos particulares assinados pelo devedor, que importam constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético.

Deste modo, o título executivo é um documento sujeito a determinados requisitos formais que devem incorporar uma determinada relação jurídica substancial, na medida em que aquilo que não se encontre plasmado no documento ou no título não pode ser objeto de execução. É também do documento que resulta a exequibilidade de uma pretensão e, portanto, a possibilidade da realização coativa da correspondente prestação através de uma ação executiva. Esse título incorpora o direito de execução, ou seja, o direito do credor a executar o

património do devedor ou de um terceiro para obter a satisfação efetiva do seu direito à prestação (cf. artigos 817º e 818º do C.C.).

As partes não podem atribuir força executiva a um documento ao qual a lei não concede eficácia de título executivo ("*nullus titulus sine lege*") e também não podem retirar essa força a um documento que a lei qualifica como título executivo. Ora, isso significa que os títulos executivos são, sem possibilidade de quaisquer exceções criadas "*ex voluntate*", aqueles que são indicados como tal pela lei e que, por isso, a sua enumeração legal está submetida a uma regra de tipicidade.

Ora, daqui resulta que os contratos de abertura de crédito, enquanto documentos particulares e que vinculam o creditado por via da assinatura, constituem títulos executivos. Note-se que com a assinatura do creditado temos um reconhecimento por parte deste da sua obrigação contratual.

iii. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência não tem tido unanimidade quanto à natureza executiva dos documentos de abertura de crédito quando se verifique uma situação de descoberto em conta.

No sentido negativo, veja-se a Relação do Porto (Ac. de 08.10.2001, apelação n.º 1028/01, trp.pt), que decidiu no sentido de considerar que "*o contrato de abertura de crédito é um contrato consensual por via do qual um estabelecimento bancário se obriga a ter à disposição do cliente uma soma de dinheiro que este tem possibilidade de utilizar, mediante uma ou mais operações bancárias. Este contrato, só por si, não é título executivo; os atos subsequentes à abertura de crédito e complementares desta é que titulam o direito de crédito do exequente, na medida do desembolso que este tenha efetuado*".

Mas, mais recentemente, a Relação de Guimarães (Ac. de 30.03.2005, proc. 23/05-1, dgsi.pt), decidiu que "*o contrato de abertura de conta, que envolve a assinatura da ficha, a gestão da conta corrente e os cheques sacados pelo seu titular e pagos pelo banqueiro, para além do saldo positivo, integra o conceito de título executivo previsto no artigo 46.º alínea c) do CPC., no que respeita ao capital, se não houver acordo escrito sobre os juros remuneratórios*".

Assim, entendemos, à semelhança do decidido no Ac. STJ de 15.05.2001 (proc. 01A1113, dgsi.pt) que "*a abertura de crédito visa a disponibilidade do dinheiro, sendo um contrato que fica perfeito com o acordo das partes, sem necessidade de qualquer entrega*

*monetária. O contrato de abertura de crédito titulado por documento particular, assinado pelo devedor, sendo as obrigações pecuniárias determináveis nos termos da liquidação do exequente, através da junção do extrato de conta corrente, constitui título executivo*¹.

CAPÍTULO X – NATUREZA JURÍDICA

Desde sempre a natureza jurídica do contrato de abertura de crédito foi um tema controverso da doutrina. Várias foram as doutrinas defendidas ao longo dos anos, sendo que todas giram à volta da mesma questão: a qualificação dos levantamentos efetuados pelo creditado ao abrigo do contrato de abertura de crédito celebrado com o creditante. A dúvida fulcral consiste em saber se estamos perante a execução do referido contrato ou se, pelo contrário, estamos perante novos atos independentes daquele.

A doutrina do contrato preliminar²², cujo dinamizador foi o jurista italiano COVIELLO, defendia que o contrato de abertura de crédito não era mais do que um contrato prévio com a finalidade de preparar os sucessivos atos de utilização que seriam principais relativamente àquele. Tais atos seriam diversificados e desencadeados pelo contrato de abertura de crédito que teriam apenas uma função instrumental.

Surgiu depois a doutrina do contrato de mútuo consensual²³ que reconduzia o contrato de abertura de crédito ao contrato de mútuo consensual. Por outras palavras, a abertura de crédito era nada mais do que uma forma de mútuo em que o contrato ficava perfeito com o acordo das partes, a prescindir da entrega de determinada quantia. A entrega seria um efeito decorrente do contrato, mas não o seu elemento constitutivo.

Houve quem defendesse a doutrina do contrato de mútuo seguido de um depósito. Aqui, o contrato de abertura de crédito corresponderia a um contrato atípico, ou seja, a um operação complexa resultante da combinação de dois contratos distintos, o mútuo e o depósito.

Finalmente surgiu a doutrina do contrato autónomo e definitivo cujo grande defensor foi MESSINEO. Para esta doutrina, estamos perante um contrato único, definitivo e autónomo, que pode ter *“uma fase, a de simples disponibilidade, sendo essa suscetível de constituir por si só objetivo ao qual tendem as partes, mas pode também comportar um segunda fase, a fase de disposição efetiva, a qual no entanto se integra num contrato único”*²⁴.

²² Em Portugal, esta doutrina foi defendida por J. G. PINTO COELHO. Este autor refere que *“a realização do contrato inicial obedece, como é próprio do contrato preliminar, a um fim de segurança, fim que subsiste mesmo com a natureza condicional da promessa, e que até a condição como que põe mais em destaque, ligando os actos de utilização à conveniência unilateral do creditado”*. In *Operações de Banco, Abertura de Crédito, Fasc. II (Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência – anos CXXXII-CXXXIII, n.º 2912 a 2926)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1950.

²³ O principal dinamizador desta doutrina foi P. GRECO.

²⁴ PEREIRA, Sofia Gouveia, in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica, cit.*, pp. 93-94.

A doutrina majoritária vai no sentido de apontar o contrato de abertura de crédito como um contrato autónomo de definitivo *sui generis*, pois é a teoria que melhor se coaduna com a prática bancária atual. Ou seja, o creditado adquire não só a disponibilidade do crédito, mas também um direito potestativo sobre o creditante, podendo, por simples declaração unilateral, obter contra aquele o direito a uma determinada quantia.

Podemos agora apontar as características do contrato de abertura de crédito. Como referimos anteriormente, trata-se de um contrato nominado²⁵ mas legalmente atípico²⁶, uma vez que não está previsto em nenhum diploma legal.

A abertura de crédito é ainda um contrato consensual²⁷ que se torna perfeito com o simples consentimento das partes contratantes e independentemente da entrega de dinheiro, ou outro valor, pelo creditante ao creditado. Basta o banco disponibilizar a quantia contratada e nem é necessário que o creditado tenha efetuado qualquer levantamento para que o contrato se possa considerar celebrado.

Estamos também perante um contrato complexo que comporta dois efeitos imediatos: a disponibilização dos fundos pelo creditante ao creditado (obrigação de *fare*) e, respetivamente, o pagamento da comissão pela parte deste. Outros efeitos acessórios e eventuais são: a disposição efetiva dos fundos pelo creditado e a entrega dos montantes solicitados por parte do creditante (obrigação de *dare* ou *facere*). Deste último efeito decorre a onerosidade resultante da abertura de crédito: ao banco é devida uma comissão, bem como juros e demais encargos, pela concessão da quantia monetária que é alvo de levantamentos por parte do cliente.

Ora, o contrato de abertura de crédito poderá ser um contrato de eficácia sucessiva²⁸ no caso de o creditado dispor efetivamente da quantia monetária solicitada ao creditante. Vemos que a execução do contrato não é instantânea e sim sucessiva, pois a mesma prolonga-se no

²⁵ Trata-se de um contrato que, como diz ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, tem “*nomen iuris*”, ou seja, encontra-se expressamente designado na lei pelo seu nome (cf. artigo 362º C.Com.).

²⁶ Por força da liberdade contratual das partes para celebrarem contratos diferentes daqueles que se encontram legalmente previsto (artigo 405º C.C.), o contrato de abertura de crédito surge como um contrato atípico mas, atualmente, corresponde a um tipo social sedimentado, quer nos usos sociais quer em cláusulas contratuais gerais, pelo que é habitualmente concluído no mercado em razões de razoável uniformidade.

²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO afirma que “*A abertura de crédito é um contrato consensual, por oposição a real quoad constitutionem: fica perfeito com o acordo entre as partes, sem necessidade de qualquer entrega monetária, ao contrário do que sucede com o mútuo clássico.*” In *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 586

²⁸ O contrato de eficácia sucessiva constitui uma “fonte perene e sempre viva” do qual se “despreendem periodicamente relações jurídicas, conexas entre si pela sua origem comum, mas umas distintas das outras, autónomas. Não há renovação do ato, e sim dos seus efeitos: aquele subsiste como permanente força criadora, e estes vão-se renovando sucessivamente”. In TELES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., p. 406.

tempo e pode consubstanciar-se em mais de um ato de utilização do crédito cedido, pelo que surgem obrigações novas desligadas das anteriores conforme as ordens do creditado.

Trata-se também de um contrato definitivo: a prática bancária assim o demonstra, nomeadamente, da celebração do contrato de abertura de crédito decorrem efeitos que incluem não só a constituição da disponibilidade da quantia monetária, como a sua disponibilidade efetiva²⁹.

Outra característica do contrato de abertura de crédito é a sua bilateralidade, pois dele resultam obrigações para ambas as partes contratantes: à obrigação de disponibilidade do montante cedido por parte do contratante corresponde a obrigação do pagamento de juros e comissões, bem como os demais encargos, caso existam atos de utilização daquele por parte do creditado. Contudo, este contrato pode ser considerado unilateral sempre que a comissão não seja devida e não haja atos de disposição efetiva da quantia monetária³⁰.

Finalmente podemos ainda classificar o contrato de abertura de crédito como um contrato *intuitu personae* porque, à partida, o banco vai contratar com o creditado depois de assegurar a sua solvabilidade e a chamada “dignidade do crédito”³¹.

Assim, podemos concluir que estamos perante um contrato *sui generis* quer pela sua estrutura e especificidades, quer pelo seu objetivo económico-social para o qual serve de meio.

²⁹ Segundo SOFIA GOUVEIA PEREIRA, “o creditado não adquire o direito à celebração de um ou mais contratos – adquire sim um direito potestativo sobre o creditante, podendo exigir daquele, se, quando e nos termos em que entender convenientes a entrega de determinada(s) quantia(s)”. in *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário: prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, cit., p. 97.

³⁰ Posição admissível na teoria, mas que na prática não se tem verificado uma vez que o creditado quando celebra a abertura do crédito é porque necessita da quantia cedida pelo creditante.

³¹ “A própria conduta contratual da contraparte, mesmo sem estar em jogo a garantia do património, é suscetível de destruir a particular confiança banqueiro-cliente e abrir caminho à cessação e crédito prometido ou razoavelmente esperado”. In SÁ, ALMENO DE, “Responsabilidade Bancária, Dever Pré-contratual de Informação e Corte de Crédito”, anotação ao Acórdão do STJ de 14 de Novembro de 1991, in *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, anos XVI-XIX, 1990 a 1993, pp. 627 ss.

PARTE II – DAS GARANTIAS ASSOCIADAS AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

CAPÍTULO I – GARANTIAS ESPECIAIS

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. MODALIDADES DAS GARANTIAS ESPECIAIS

i. INTRODUÇÃO

O contrato de abertura de crédito simboliza a assunção de um risco por conta do credente ao colocar fundos à disposição do creditado. Como tal, as instituições financeiras exigem, normalmente, a prestação de uma garantia sendo que, em alguns casos, tal prestação constitui *conditio sine qua non* para a cedência do crédito.

Ora, para acautelar esse risco surgem as garantias especiais prestadas pelo creditado a favor do credente por forma a limitar o risco da realização da operação de crédito e, simultaneamente, a assegurar o cumprimento do contrato pois, normalmente, os bancos não se contentam com a garantia geral que constitui o património do devedor (artigo 601º e ss. do C.C.)³². Ao exigir uma garantia especial, os bancos estão a acautelar a sua posição caso o creditado não honre o contrato de abertura de crédito.

A questão das garantias prestadas pelo creditado, objeto do presente estudo, é uma matéria a que as instituições financeiras dão grande relevância quer pelo facto de estar em causa o cumprimento do contrato, quer pelo efeito dissuasor da falta de cumprimento por parte do creditado.

Como afirma JOSÉ MARIA PIRES, “*o facto da existência de garantias não justifica que se ponham de lado os aspetos pessoais ligados ao crédito, tais como as condições de honestidade do cliente (solvência moral), a situação do seu património e o estado dos seus negócios (solvência material)*”³³.

Na concessão do crédito e na escolha da garantia a exigir ao cliente ou a aceitar aquela oferecida por este, os bancos têm em conta a respeitabilidade do cliente a nível do cumprimento

³² O credor com garantia especial tem uma posição preferencial em relação aos demais credores e, ainda, continua a ser titular dos direitos atribuídos aos credores comuns. Daí a garantia especial ser um reforço da garantia geral e, no caso de a garantia especial se vier a revelar insuficiente, o credor pode sempre concorrer ao rateio entre os credores quirografários.

³³ *In Direito Bancário, cit.*, p. 418.

das suas obrigações, o montante do crédito, a conjuntura económico-financeira daquele, entre outros fatores. É após a análise dos mesmos que vai decidir a celebração do contrato de crédito, o qual é habitualmente acompanhado pela concessão de uma garantia especial por parte do creditado.

O nosso propósito com esta dissertação é o estudo das garantias especiais associadas ao contrato de abertura de crédito, uma vez que tal negócio constitui um contrato dinâmico ao qual as garantias a ele associadas têm de se adaptar conforme a fase em que o contrato se encontra. Vejamos.

Na fase da disponibilidade, ou seja, após da celebração do contrato e antes de o creditado usufruir daquela disponibilidade, a garantia irá reportar-se a uma obrigação futura e eventual, pois a obrigação só se constitui aquando o uso do crédito pelo creditado. Este uso tanto pode ser realizado através de levantamentos sucessivos, como de um único levantamento, como tivemos oportunidade de constar na primeira parte desta dissertação. Ora, a garantia prestada em sede da abertura de crédito terá que garantir ainda quaisquer outros créditos que surjam na decorrência do contrato, tais como juros e comissões devidas ao creditante.

Daqui resulta que a garantia prestada terá que admitir a hipótese de se reportar a obrigações futuras. É o que acontece com a hipoteca (artigo 686º, n.º 2 do C.C.), o penhor (artigo 666º, n.º 3 do C.C.) e a fiança (artigo 628º, n.º 2 do C.C.), a título de exemplo.

Outra situação que é necessário analisar é a circunstância de a garantia prestada em sede do contrato de abertura de crédito ter a duração deste, mesmo que o creditado não esteja numa posição de devedor do banco³⁴. Só no termo do contrato é que o direito do creditante à devolução do crédito utilizado se vai extinguir. É também à data da extinção do contrato que se vai apurar o saldo final, pelo que até lá a garantia prestada terá de se manter.

Pode ainda ocorrer a situação em que a garantia prestada se revele insuficiente para garantir o crédito contraído, pelo que neste caso o banco poderá exigir, legitimamente, o reforço ou a substituição da garantia.

Finalmente, outra situação que tem gerado controvérsia na doutrina é o caso em que o contrato de abertura de crédito é prorrogado: uns entendem que a garantia inicialmente prestada no momento da celebração do contrato de abertura de crédito se reporta apenas aos créditos emergentes daquele contrato e não das suas sucessivas renovações; outros entendem que

³⁴ A título de exemplo, o caso do *revolving* analisado na Parte I, capítulo V.

estamos perante o mesmo contrato, logo a garantia deverá estender-se às sucessivas prorrogações.

É esta dinâmica entre o contrato de abertura de crédito e a garantia prestada a ele em virtude da celebração daquele que nos propomos a estudar com mais profundidade e que passamos a abordar em seguida.

ii. MODALIDADES DE GARANTIAS ESPECIAIS

A doutrina tradicional³⁵ divide as garantias especiais em garantias reais e pessoais. É esta a sistematização que vamos adotar na presente dissertação.

As primeiras traduzem-se numa preferência sobre alguns bens concedida ao credor beneficiário na satisfação do seu crédito pelo valor deles. Por outras palavras, a garantia real confere ao credor o direito de se fazer pagar, com preferência sobre os restantes credores, pelo valor ou pelos rendimentos de certos bens do devedor. Ou seja, o credor goza de uma posição de vantagem em relação aos demais credores. Aqui estamos perante um reforço qualitativo da garantia. As garantias reais podem ser legais ou convencionais, caso estejam previstas na lei ou resultem do negócio jurídico celebrado pelas partes.

As segundas permitem ao credor a possibilidade de satisfação do seu crédito através da responsabilização de um património de um terceiro (o garante), que se obriga perante o credor pelo pagamento da dívida. Assim, na garantia pessoal existe um terceiro que se obriga perante o

³⁵ Atualmente, foram apontadas outras classificações por diversos autores. ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE dividem as garantias especiais em prestação de caução, garantias pessoais, garantias reais e garantias indiretas – *in Garantias de cumprimento*, Editora Almedina, Coimbra, 2006, 5ª Edição. MENEZES LEITÃO opera uma classificação mais exaustiva: generalidades (onde insere a prestação de caução); garantias pessoais, garantias reais; a propriedade como garantia (onde insere a cláusula de reserva de propriedade, a alienação fiduciária em garantia e a locação financeira); garantias especiais sobre direitos (onde insere o penhor de créditos e a cessão de créditos em garantia); as garantias especiais sobre universalidades (onde insere a separação de patrimónios, os privilégios gerais, a cessão de bens aos credores, o penhor de estabelecimento comercial e a garantia flutuante); e, ainda, as garantias especiais atípicas (onde insere a exceção de não cumprimento do contrato, a compensação, o contrato-promessa de garantia, cláusulas de garantia e segurança e a consignação de receitas em garantia) – *in Garantias das Obrigações*, Editora Almedina, Coimbra, 2008. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS fala em caução, em garantias que permitem o reforço quantitativo da probabilidade de satisfação do crédito (aqui inclui a fiança, o mandato de crédito, o aval, a garantia autónoma, as cartas de conforto, o seguro de crédito, o seguro-caução, a solidariedade passiva, a assunção cumulativa de dívida), em garantias que permitem o reforço qualitativo da probabilidade de satisfação do crédito [aqui divide em garantias reais e figuras próximas (hipoteca, penhor, direito de retenção, privilégios creditórios, consignação de rendimentos, penhora), em direitos com função de garantia (reserva de propriedade, locação-venda, locação financeira, venda a retro, reporte, alienações em garantia) e em criação de patrimónios autónomos] e em outros instrumentos de garantia (aqui inclui a compensação, a exceção de não cumprimento do contrato, a cessão de crédito em função do cumprimento, o crédito documentário irrevogável e as cláusulas de garantia) – *in Direito das Garantias*, Editora Almedina, Coimbra, 2010.

credor, respondendo com o seu património pelo cumprimento da obrigação assumida pelo devedor. Temos pois um reforço quantitativo da obrigação. As garantias pessoais podem ser típicas ou atípicas e, conforme a sua dependência ou não do crédito garantido, podem ser acessórias ou autónomas.

Em sede de abertura de crédito as garantias reais mais usuais são a hipoteca e o penhor. Por sua vez, as garantias pessoais mais utilizadas são a fiança e o aval. Abordaremos brevemente o regime de cada uma delas e a sua relação com o contrato de abertura de crédito de seguida.

CAPÍTULO II – GARANTIAS REAIS

SUBCAPÍTULO I – HIPOTECA

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. TIPOS DE HIPOTECA; 2.1 AS HIPOTECAS LEGAIS; 2.2 AS HIPOTECAS JUDICIAIS; 2.3 AS HIPOTECAS VOLUNTÁRIAS; 3. CONTEÚDO DA HIPOTECA; 3.1. ÂMBITO DO CRÉDITO GARANTIDO; 3.2. OBJETO DA HIPOTECA; 3.2. OBJETO DA HIPOTECA; 3.4. PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO; 4. MODIFICAÇÕES DA HIPOTECA; 4.1. ALTERAÇÃO DO OBJETO DA HIPOTECA; 4.2. REFORÇO E SUBSTITUIÇÃO DA HIPOTECA; 4.3. REDUÇÃO DA HIPOTECA; 5. TRANSMISSÃO DA HIPOTECA; 6. TRANSMISSÃO DA COISA HIPOTECADA; 7. EXTINÇÃO DA HIPOTECA; 8. EXECUÇÃO DA HIPOTECA

1. INTRODUÇÃO

A hipoteca é das garantias reais com mais aplicação prática³⁶ quando o contrato de abertura de crédito envolve montantes elevados, quer por ter como objeto os bens imóveis e equiparados, como pela força que possui enquanto garantia.

A hipoteca é um direito real de garantia que confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas³⁷, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo (artigo 686º do C.C.). Por outras palavras, o credor que tenha constituído uma hipoteca a seu favor tem preferência na satisfação do seu crédito relativamente aos demais credores, ressalvadas algumas exclusões³⁸.

Pode também entender-se por “hipoteca” o próprio contrato mediante o qual se o devedor ou terceiro³⁹ constitui o direito real de hipoteca a favor do credor hipotecário.

³⁶ O seu sucesso explica-se também pelo aumento verificado no recurso ao crédito para habitação: na grande maioria das vezes, é concedido crédito com hipoteca sobre o imóvel que se pretende adquirir.

³⁷ Exemplos de bens móveis equiparados a bens imóveis: automóveis, navios e aeronaves.

³⁸ Os credores garantidos com uma hipoteca tem preferência relativamente aos demais credores, exceto no caso dos privilégios creditórios (artigo 751º C.C.) e no caso do exercício do direito de retenção sobre bens imóveis (artigo 759º, n.º 2 do C.C.).

³⁹ Aqui estamos perante um acréscimo à garantia geral que corresponde ao património do devedor, uma vez que a garantia vai incidir sobre um bem pertencente a um património alheio ao do devedor. Caso o credor hipotecário execute a hipoteca, o terceiro pode sub-rogar-se nos direitos daquele em relação ao devedor, nos termos do artigo 592º do Código Civil.

A hipoteca deve ser registada (artigo 687º do C.C.) e pode incidir sobre bens determinados, nomeadamente, sobre: prédios rústicos e urbanos; domínio direto e domínio útil dos bens enfitêuticos; direito de superfície; direito resultante de concessões em bens de domínio público; usufruto das coisas e direitos enunciados anteriormente; coisas móveis; legalmente equiparadas às coisas imóveis; partes de um prédio suscetíveis de propriedade autónoma; quota de coisa ou direito comum (artigos 688º e 689º do C.C.)⁴⁰.

Relevante para o nosso estudo é o caso de a lei civil permitir que o crédito garantido pela hipoteca possa ser futuro ou condicional: no caso do contrato de abertura de crédito a hipoteca é constituída ao tempo da celebração do contrato de abertura de crédito para garantir o crédito que o banco irá apurar na altura da extinção daquele contrato (o valor a apurar depende das quantias utilizadas pelo creditado e do período de utilização das mesmas). Por outras palavras, o creditante goza da preferência que a hipoteca lhe confere desde a data da sua constituição e não da data do nascimento do crédito.

Finalmente, a hipoteca garante os acessórios do crédito, bem como os juros dos últimos três anos⁴¹, desde que o registo mencione estes aspetos (artigo 693º, n.ºs 1 e 2 do C.C.).

2. TIPOS DE HIPOTECA

Existem três tipos de hipoteca regulados pela lei civil: a legal⁴², a judicial⁴³ e a voluntária⁴⁴. Abordaremos de seguida o regime de cada uma por forma a fazer um enquadramento da matéria, pese embora ser a hipoteca voluntária a que surge associada a um contrato de abertura de crédito. Vejamos.

2.1. AS HIPOTECAS LEGAIS

⁴⁰A lei exclui peremptoriamente a hipoteca de bens comuns do casal e da quota de herança indivisa (artigo 690º do C.C.) porque é inalienável a meação nos bens comuns, por vontade exclusiva de um dos esposos, a hipoteca tem de incidir sobre coisas certas e determinadas (artigo 686º do C.C.), o consorte está impossibilitado de dispor de parte especificada da coisa comum ou de onerá-la (artigos 1408º e 2124º do C.C.) e, ainda, a lei estabelece que as hipotecas gerais são nulas (artigo 716º do C.C.). *In* VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra, 2010.

⁴¹ Apesar de a lei limitar a cobrança de juros, não impede que o credor registe nova hipoteca em relação aos juros em dívida (artigo 693º, n.º 3 do C.C.), nem que se executem juros por mais de três anos. *In* VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *cit.*

⁴² Artigos 704º a 709º do C.C..

⁴³ Artigos 710º e 711º do C.C..

⁴⁴ Artigos 712º a 717º do C.C..

As hipotecas legais resultam da lei e não estão dependentes da vontade das partes, isto é, nas hipóteses previstas na lei, os credores podem fazer o registo da hipoteca e, conseqüentemente, constitui-la sem necessidade do assentimento do devedor. Podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança (artigo 704º do C.C.).

Contudo, a regra do registo mantém-se: a hipoteca legal só se constitui mediante registo, para o qual é necessário juntar a certidão do título de que resulte a garantia e, se necessário, a declaração que identifique os bens⁴⁵.

O artigo 705º do Código Civil prevê as situações perante as quais os credores têm hipoteca legal. Na alínea *a)* vem estabelecido que o Estado e as autarquias locais gozam de hipoteca legal sobre os bens cujos rendimentos estão sujeitos ao pagamento de imposto municipal sobre imóveis⁴⁶. A lei prevê ainda os casos de hipotecas legais atribuídas ao Estado e demais pessoas coletivas públicas sobre os bens dos encarregados da gestão de fundos públicos, para garantia do cumprimento de obrigações por que se tornem responsáveis [alínea *b)* do artigo 705º do C.C.]; ao menor, interdito e inabilitado sobre os bens do tutor, curador e administrador legal, respetivamente, para assegurar a responsabilidade que nestas qualidades vierem a assumir [alínea *c)* do artigo 705º do C.C.]⁴⁷; ao credor sobre alimentos [alínea *d)* do artigo 705º do C.C.]; ao co-herdeiro sobre os bens adjudicados ao devedor de tornas, para garantir o pagamento destas [alínea *e)* do artigo 705º do C.C.]; e ao legatário sobre os bens sujeitos ao encargo do legado ou, na sua falta, sobre os bens que os herdeiros responsáveis houverem a receber do testador [alínea *f)* do artigo 705º do C.C.].

É possível a substituição da hipoteca por outra garantia: para tal o devedor deverá requerer a substituição ao tribunal (artigo 707º, n.º 1 do C.C.).

Pode também acontecer que o devedor não tenha bens suficientes para garantir o crédito ou que sejam suscetíveis de hipoteca: nesta situação compete ao credor exigir a prestação de outra garantia nos termos do artigo 625º do Código Civil (artigo 707º, n.º 2 do C.C.). Já no que diz respeito a um eventual reforço da garantia, tal só é legalmente admissível para o co-herdeiro e para o legatário, se a garantia puder continuar a incidir sobre os bens especificados no artigo 705º, alíneas *e)* e *f)* do Código Civil (artigo 709º do C.C.).

⁴⁵ Daqui resulta que as hipotecas legais não resultam imediatamente da lei uma vez, como as demais hipotecas, necessita de ser registada para se constituir.

⁴⁶ Artigo 122º, n.º 1 do Código do Imposto Municipal sobre Imóveis.

⁴⁷ Neste caso o artigo 706º vem estabelecer que a determinação do valor da hipoteca estabelecida a favor do menor, interdito ou inabilitado, para efeito de registo, e a designação dos bens sobre que há-de ser registada cabem ao conselho de família, solucionando assim a dificuldade que aqueles poderiam enfrentar no caso de terem que determinar o valor e designar os bens objeto de hipoteca.

Finalmente, estão sujeitos à hipoteca legal quaisquer bens do devedor, salvo no caso de ser especificado por lei ou no título respetivo os bens sujeitos à garantia (artigo 708º do C.C.).

2.2. AS HIPOTECAS JUDICIAIS

As hipotecas judiciais resultam do registo de uma sentença condenatória⁴⁸, mesmo que ainda não transitada em julgado (artigo 710º, n.º 1 do C.C.). A condenação do devedor pode consistir na realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível. Mais: se a prestação for ilíquida, o credor pode registar a hipoteca pelo quantitativo provável do crédito (artigo 710º, n.º 2 do C.C.).

No caso de o devedor ser condenado a entregar uma coisa ou prestar um facto, a lei só permite o registo da hipoteca se houver conversão da prestação numa indemnização pecuniária (artigo 710º, n.º 3 do C.C.).

A hipoteca judicial pode equiparar-se a uma espécie de “penhora antecipada” pois recai sobre bens suscetíveis de penhora, deixa de produzir efeitos com a declaração de insolvência (artigo 140º, n.º 3 do C.I.R.E.) e, como vimos, pode ser registada antes do trânsito em julgado da sentença.

2.3. AS HIPOTECAS VOLUNTÁRIAS

A hipoteca voluntária além de ser a espécie mais comum de hipoteca é, também, a que surge associada ao contrato de abertura de crédito, uma vez que resulta da vontade das partes tanto a celebração do crédito como a garantia a ser prestada para assegurar o cumprimento daquele.

Efetivamente, a hipoteca voluntária pode resultar de um contrato ou de uma declaração unilateral (artigo 712º do C.C.).

A hipoteca pode ser constituída pelo próprio creditado ou por terceiro (artigos 717º e 701º, n.º 2 do C.C.). Qualquer uma destas modalidades é perfeitamente aceite pelo creditante: é ao valor da “garantia” que este vai atender e não propriamente à pessoa que a presta. Essencial

⁴⁸ No caso das sentenças estrangeiras, estas só podem ser registadas desde que sejam revistas e confirmadas em Portugal e, também, desde que a ordem legal do país onde foram proferidas lhes confira igual valor (artigo 711º do C.C.). Contudo, as sentenças proferidas por países pertencentes à União Europeia não necessitam de revisão e confirmação, ao abrigo do disposto no artigo 33º do Regulamento (CE) 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000.

é que a pessoa que preste hipoteca tenha legitimidade para alienar os respetivos bens (artigo 715º do C.C.). Por sua vez, nada impede que o dono dos bens os hipoteque de novo (artigo 713º do C.C.)⁴⁹. Prevalece, necessariamente, a hipoteca registada em primeiro lugar, isto é, o credor titular de uma segunda hipoteca só poderá executar e, assim, satisfazer o seu crédito depois de inteiramente pago o titular da primeira hipoteca.

Também a hipoteca voluntária deve observar a forma escrita a que o objeto sobre que incide deve respeitar, isto é, caso se trate de bens imóveis deve constar de escritura pública, de testamento ou de documento particular autenticado (artigo 714º do C.C.). Já no caso de bens móveis é sempre exigida a forma escrita.

No título da hipoteca deve constar os bens sobre os quais a hipoteca incide, quer sejam do creditado ou de terceiro, sob pena de ser nula (artigo 716º do C.C.).

Saliente-se, também no caso da hipoteca voluntária, para que o negócio constitutivo ou modificativo da hipoteca produza efeitos entre as partes e perante terceiros é necessário que se proceda ao registo da mesma (artigo 687º do C.C. e artigo 4º, n.º 2 do CRPredial)⁵⁰.

3. CONTEÚDO DA HIPOTECA

3.1. ÂMBITO DO CRÉDITO GARANTIDO

A hipoteca, enquanto garantia real, visa assegurar o crédito. Ora, mas o que se entende por “crédito”?

Como vimos anteriormente, este crédito pode ser futuro ou condicional (artigo 686º, n.º 2 do C.C.). Ora, como mencionamos, no caso do contrato de abertura de crédito a hipoteca é constituída ao tempo da celebração do contrato de abertura de crédito para garantir o crédito que o banco irá apurar na altura da extinção daquele contrato (o valor a apurar depende das quantias utilizadas pelo creditado e do período de utilização).

Por outras palavras, no momento da celebração do contrato de abertura de crédito ainda não existe “o crédito” total que constitui objeto da hipoteca, na medida em que este só vai ser determinado no fim daquele contrato.

⁴⁹ Neste caso, extinta uma das hipotecas, ficam os bens a garantir, na sua totalidade, as restantes dívidas hipotecárias.

⁵⁰ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS considera que “*O registo é condição de produção dos efeitos desse negócio e, conseqüentemente, da própria constituição do direito real que ele, negócio, visa*”. In *Direito das Garantias*, cit., pág. 197.

Como também já mencionamos, no caso de contrato de abertura de crédito garantido por hipoteca, o creditante goza da preferência que a hipoteca lhe confere desde a data da sua constituição e não da data do nascimento do crédito.

Daí ser uma das garantias mais utilizadas pelas instituições de crédito aquando da celebração destes contratos de crédito.

Ora, este “crédito” futuro ou condicional abrange também os seus acessórios desde que constem do respetivo registo (artigo 693º, n.º 1 do C.C. e artigo 96º, n.º 1, alínea *a*) do CRPredial).

Assim, admite-se que a hipoteca abranja, para além do crédito principal, os juros, as despesas de registo e constituição de hipoteca e as cláusulas penais, desde que no registo da hipoteca surja a menção a estes acessórios do crédito.

No entanto, no que concerne aos juros moratórios, a lei civil estabelece que a hipoteca nunca abrange mais juros do que os relativos a três anos, não obstante as partes convençionem o contrário. Pese embora este limite legal, admite-se ainda que se constitua uma nova hipoteca que incida apenas sobre os juros da dívida (artigo 693º, n.ºs 2 e 3 do C.C.). Esta limitação refere-se tanto aos juros remuneratórios como aos moratórios e, ainda, tem a sua razão de ser na proteção de terceiros credores que poderiam ser surpreendidos com uma quantia que não contavam com uma anormal extensão da hipoteca, bem como no estímulo ao banco de não prolongar a execução contra o creditado, impondo assim alguma celeridade na reação face ao incumprimento deste.

Note-se que tal não significa que a instituição de crédito não pode recorrer à via judicial para obter a satisfação dos juros que ultrapassem aquele prazo de 3 anos. Não estão é cobertos pela hipoteca inicial. Este prazo de 3 anos inicia-se na data do seu vencimento e não da data em que a ação executiva foi instaurada.

3.2. OBJETO DA HIPOTECA

Enquanto direito real de garantia, a hipoteca só pode incidir sobre bens determinados, pertencentes ao creditado ou a terceiro, que a lei elenca pela negativa nos artigos 688º, 689º, 691º, 692º e 690º, todos do Código Civil. Tais bens deverão ser especificados no registo, no

caso das hipotecas legais⁵¹ (708º do C.C.) e judiciais⁵² (710º do C.C.), e no título constitutivo, no caso das hipotecas voluntárias⁵³ (artigo 716º do C.C.).

São bens suscetíveis de hipoteca: os prédios rústicos e urbanos (artigo 688º, n.º 1, alínea *a*) do C.C.); o domínio direto e o domínio útil dos bens enfitêuticos (artigo 688º, n.º 1, alínea *b*) do C.C.); o direito de superfície (artigo 688º, n.º 1, alínea *c*) do C.C.); o direito resultante de concessões de bens do domínio público, observadas as disposições legais relativas à transmissão dos direitos concedidos (artigo 688º, n.º 1, alínea *d*) do C.C.); o usufruto das coisas e direitos constantes das alíneas *a*) a *e*) do artigo 688º, n.º 1 do C.C. (artigo 688º, n.º 1, alínea *e*) do C.C.); e, ainda, as partes de um prédio suscetíveis de propriedade autónoma sem perda da sua natureza imobiliária, que podem ser hipotecadas separadamente (artigo 688º, n.º 2 do C.C.).

Do exposto resulta que os bens suscetíveis de penhora não correspondem a todos os bens imóveis elencados no artigo 204º do C.C., mas apenas as árvores, arbustos e frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo, direitos inerentes, assim como as partes integrantes dos prédios, as acessões naturais e as benfeitorias, salvo o direito de terceiros (artigo 691º, n.º 1 do C.C.).

Podem ainda ser suscetíveis de hipoteca a nua propriedade ou mesmo a quota ideal da coisa (artigo 689º do C.C.), desde que não seja a meação dos bens comuns do casal, nem a quota da herança indivisa (artigo 690º do C.C.), em respeito da regra da necessidade de determinação dos bens hipotecados.

As fábricas são também suscetíveis de hipoteca, sendo que os maquinismos e demais móveis inventariados no título constitutivo, mesmo não sendo parte integrante dos respetivos imóveis, consideram-se abrangidos pela hipoteca (artigo 691º, n.º 3 do C.C.).

Finalmente, na eventualidade de o direito ou a coisa hipotecado se perder, se deteriorar ou sofrer uma diminuição de valor, e tendo o creditado direito a ser indemnizado em virtude de tal acontecimento, o banco mantém a hipoteca sobre esse direito de indemnização ou respetivo crédito, mantendo assim as preferências que resultam da hipoteca constituída sobre o bem

⁵¹ As hipotecas legais podem ser registadas em relação a quaisquer bens do creditado, quando não forem especificados por lei ou no título respetivo os bens sujeitos a garantia, sem prejuízo do direito de redução.

⁵² Também no caso das hipotecas judiciais é admissível o registo da hipoteca sobre quaisquer bens do creditado, mas tal não significa que pode incidir sobre bens indeterminados, isto é, a lei exige que se determine o bem sujeito a hipoteca quando se proceda ao registo.

⁵³ Mais uma vez, a lei exige a determinação dos bens sobre que incide a hipoteca, sob pena de nulidade da mesma (cf. artigo 716º do C.C.).

(artigo 692º, n.º 1 do C.C.). Por outras palavras, estamos perante uma sub-rogação legal em que o objeto da hipoteca deixa de ser o bem hipotecado e passa a ser o crédito indemnizatório.

Assim, caso seja constituída uma hipoteca de um bem insuscetível da mesma, tal negócio terá que ser necessariamente nulo por impossibilidade do objeto (artigo 280º do C.C.).

3.3. INDIVISIBILIDADE

A lei estabelece a regra da indivisibilidade da hipoteca, salvo convenção em contrário das partes (artigo 697º do C.C.).

Tal significa que a hipoteca subsiste por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, ainda que a execução dos bens onerados se estenda para além do necessário à satisfação do direito do credor hipotecário.

Daqui resulta que a hipoteca é una, mesmo no caso de abranger mais do que uma coisa ou direito, subsistindo indiferenciadamente sobre cada uma das partes da coisa, mesmo que estas venham a ser divididas, ficando as coisas resultantes da divisão integralmente abrangidas pela hipoteca (*est tota in toto, et tota in qualibet parte*).

Resulta também que não há qualquer limitação da hipoteca no caso de a obrigação se encontrar parcialmente cumprida. Neste caso, terá de recorrer-se às regras da redução, quando aplicáveis.

Contudo, a lei admite uma atenuação da regra da indivisibilidade da hipoteca no caso de coisa ou direito comum, se a respetiva divisão for feita com o consentimento do credor hipotecário, subsistindo a hipoteca, neste caso, quanto à parte que lhe foi atribuída (artigo 689º, n.º 2 do C.C.).

3.4. PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

A convenção pela qual o banco, ora credor hipotecário, fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir é nula, independentemente de ser anterior ou posterior à constituição da hipoteca (artigo 694º do C.C.).

Tal justifica-se pelo que prejuízo que poderia resultar para o creditado no caso de a diferença entre a dívida e a coisa onerada ser substancialmente diferente, bem como para evitar

situações em que o creditado se sujeita às cláusulas impostas pelo banco, em virtude da sua posição de necessidade.

Esta proibição abrange ainda, no seu espírito, a convenção entre as partes no sentido de convencionar o direito à venda particular.

Caso seja efetuado qualquer pacto comissório, este terá que ser necessariamente nulo sem, contudo, importar a nulidade de toda a hipoteca, isto é, terão de se aplicar as regras da redução de negócios previstas no artigo 292º do C.C..

4. MODIFICAÇÕES DA HIPOTECA

4.1. ALTERAÇÃO DO OBJETO DA HIPOTECA

A lei admite a alteração do objeto da hipoteca no artigo 692º, n.º 1 do C.C., ao estabelecer que *“se a coisa ou direito hipotecado se perder, deteriorar ou diminuir de valor, e o dono tiver direito a ser indemnizado, os titulares da garantia conservam, sobre o crédito respetivo ou as quantias pagas a título de indemnização, as preferências que lhes competiam em relação à coisa onerada”*.

Caso aconteça uma das situações elencadas naquela norma (perda, deterioração ou diminuição de valor), o creditado continua obrigado a cumprir a sua obrigação, aplicando-se as regras da sub-rogação legal, como vimos anteriormente, ou seja, o banco mantém a hipoteca sobre esse direito de indemnização ou respetivo crédito, isto é, sobre as preferências que resultam da hipoteca constituída sobre o bem (artigo 692º, n.º 1 do C.C.).

4.2. REFORÇO E SUBSTITUIÇÃO DA HIPOTECA

Em caso de perda ou diminuição da coisa hipotecada por causa não imputável ao creditado (sob pena de aplicação do disposto no artigo 780º do C.C.) e, conseqüentemente, esta se tornar insuficiente para garantia da obrigação, o banco poderá exigir ao creditado que proceda à substituição (em caso de perda) ou reforço da coisa hipotecada (em caso de diminuição), conforme o disposto no artigo 701º, n.º 1 do C.C.⁵⁴, recorrendo ao processo

⁵⁴ Segundo MENEZES LEITÃO, *“esta faculdade sofre, no entanto, uma restrição relativamente às hipotecas legais referidas no artigo 705º, e) e f), em que o reforço só é permitido se a garantia puder continuar a incidir sobre os bens aí especificados”*. In *Garantia das Obrigações, cit.*, pág. 219.

especial de reforço das garantias especiais das obrigações regulado nos artigos 991º e ss. do C.P.C..

Caso o creditado não proceda em conformidade, não restará alternativa ao banco se não exigir de imediato o cumprimento da obrigação ou, caso estejamos perante uma obrigação futura, como é o caso da obrigação do creditado no contrato de abertura de crédito, o banco tem ainda a legitimidade para proceder ao registo de hipoteca sobre outros bens do creditado (artigo 701º, n.º 1 do C.C.) uma vez que não pode exigir o imediato cumprimento da obrigação⁵⁵.

Tais direitos do banco mantêm-se no caso de a hipoteca ter sido celebrada por terceiro, a não ser que o creditado tenha sido estranho à sua constituição (artigo 701º, n.º 2 do C.C.). Neste caso, não é possível ao banco exigir ao creditado nem, à partida, ao terceiro que reforce ou substitua a coisa hipotecada. Relativamente ao terceiro, o banco só poderá exercer aqueles direitos, tendo o creditado sido estranho à constituição da hipoteca, se o terceiro tiver culpa na diminuição ou perda da coisa hipotecada, sob pena de lhe poder vir exigir o cumprimento imediato ou, caso de trate de uma obrigação futura, de poder registar a hipoteca sobre outros bens do terceiro.

Ora, daqui resulta que o banco tem o direito de exigir ao devedor ou terceiro, nas situações acima enunciadas, o reforço ou substituição da garantia quando esta se mostre insuficiente para garantir o cumprimento da obrigação.

Do exposto resulta também que na hipótese de a hipoteca ter sido constituída por terceiro e sendo o devedor estranho à sua constituição, caso a coisa se perder ou diminuir sem culpa do terceiro, o banco ficará desprotegido face a uma eventual diminuição ou perda de valor da coisa hipotecada. Pelo que o mais usual será o banco exigir que o creditado faça parte da celebração da hipoteca por terceiro, sob pena de se ver desamparada uma eventual situação de diminuição ou perda de valor da hipoteca.

4.3. REDUÇÃO DA HIPOTECA

A lei admite ainda que a hipoteca seja reduzida quer voluntariamente, quer judicialmente (artigo 718º do C.C.). Tal tem interesse quando os bens hipotecados aumentaram de valor ou quando o creditado foi cumprindo parcialmente a obrigação.

⁵⁵ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado, cit.*, pág. 724.

No caso da redução voluntária, esta depende do consentimento de quem pode dispor da hipoteca, aplicando-se as regras da renúncia (artigo 719º do C.C.). Por outras palavras, para que a redução seja válida terá que ser expressa e constar de documento assinado presencialmente pelo representante do banco renunciante, salvo se for feita na presença de funcionário da conservatória do registo competente. A redução não necessita da aceitação do creditado nem de terceiro que prestou a hipoteca, para que produza efeitos (cf. artigo 731º do C.C.).

Já no caso da redução judicial, esta tanto pode incidir sobre uma hipoteca legal como uma hipoteca judicial. Em ambos os casos, depende de requerimento de qualquer interessado, quer no que concerne aos bens, quer no que respeita à quantia correspondente ao montante de crédito, a não ser que, por convenção ou sentença, a coisa hipotecada ou a quantia assegurada tiver sido indicada (artigo 720º, n.º 1 do C.C.).

No que diz respeito a esta parte final, a redução só é admitida se, em consequência do cumprimento parcial ou de outra causa de extinção, a dívida se encontrar reduzida a menos de dois terços do seu montante inicial (artigo 720º, n.º 2, alínea a) do C.C.) ou se, em resultado de acessões naturais ou de benfeitorias, a coisa ou o direito hipotecado se tiver valorizado em mais de um terço do seu valor à data da constituição da hipoteca (artigo 720º, n.º 2, alínea b) do C.C.).

Por sua vez, a redução judicial da hipoteca voluntária também só é admitida nos dois casos anteriormente enunciados.

Finalmente é ainda admissível a redução quanto aos bens hipotecados, ainda que incida sobre um só coisa ou direito, se a coisa ou direito em causa for suscetível de cómoda divisão (artigo 720º do C.C.).

5. TRANSMISSÃO DA HIPOTECA

A lei admite a transmissão da hipoteca em duas modalidades, ou seja, admitindo a transmissão da própria hipoteca que passa a garantir um outro crédito sobre o devedor (artigo 727 e 728º do C.C.) e, ainda, admitindo a cessão do grau hipotecário, isto é, permitindo-se que outro credor hipotecário posteriormente inscrito sobre os mesmos bens assuma a posição do credor hipotecário cedente (artigo 729º do C.C.).

No primeiro caso, desde que a hipoteca não seja incindível da pessoa do creditado, pode ser cedida a outro credor sem o crédito assegurado, observando-se para tal as regras da cessão de créditos⁵⁶ (artigo 727º, n.º 1 do C.C.).

Caso a coisa hipotecada pertença a terceiro, é necessário o consentimento deste para que se possa operar a transmissão da hipoteca (artigo 727º, n.º 1, *in fine* do C.C.).

Ainda assim, a regra da indivisibilidade da hipoteca mantém-se pois o banco cuja garantia incida sobre mais de uma coisa ou direito só pode cedê-la à mesma pessoa e na sua totalidade. Mais: a hipoteca mantém a sua configuração, isto é, só vai assegurar o novo crédito nos termos em que assegurava o crédito anterior, pelo que a posterior extinção deste crédito não vai afetar a subsistência da hipoteca cedida (artigo 728º, n.º 2 do C.C.).

Finalmente, a regra do registo mantém-se quanto à hipoteca cedida, sob pena de não produzir efeitos em relação a terceiros (artigo 2º, n.º 1, alínea h) do CRPredial).

Quanto ao segundo caso, ao da cessão do grau hipotecário, a situação é diversa pois aqui estamos perante duas ou mais hipotecas sobre a mesma coisa ou direito.

A regra é a da prevalência da hipoteca registada em primeiro lugar, que vê o seu crédito satisfeito também em primeiro lugar em caso de execução da garantia.

Ora, a lei vem permitir a cessão do próprio grau hipotecário a favor do credor hipotecário registado em seguida, para que este veja aumentada a sua probabilidade de vir a ser integralmente satisfeito.

6. TRANSMISSÃO DA COISA HIPOTECADA

O facto de um bem ou direito se encontrar hipotecado, tal não obsta a que o mesmo seja excluído do comércio jurídico. Tal resulta expressamente da lei, porquanto se estabelece a nulidade das cláusulas de inalienabilidade dos bens hipotecados (artigo 695º do C.C.).

Ora, no caso de o bem hipotecado sido transmitido a um terceiro adquirente, vem a lei estabelecer a faculdade de este expurgar a hipoteca (artigos 721º e ss. do C.C.), desde que tenha registado o título de aquisição e que não seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação garantida. Tem ainda direito de expurgação da hipoteca o doador e

⁵⁶ Tal implica que exista um negócio base de cessão gratuito ou, provavelmente, oneroso, onde se definirá os requisitos e efeitos da cessão entre as partes. Cf. artigos 577º e ss. do C.C.

os seus herdeiros, relativamente aos bens hipotecados pelo donatário que venham ao poder daqueles em consequência da revogação da liberalidade por ingratidão do donatário, ou da sua redução por inoficiosidade (artigo 722º do C.C.).

A expurgação da hipoteca pode ser feita pelos seguintes modos: pagando integralmente aos credores hipotecários as dívidas a que os bens estão hipotecados (artigo 721º, alínea a) do C.C.) ou, declarando que está pronto a entregar aos credores, para pagamento dos seus créditos, até à quantia pela qual obteve os bens ou aquela em que os estima, quando a aquisição tenha sido feita a título gratuito ou não tenha havido fixação do preço (artigo 721º, alínea b) do C.C.).

No primeiro caso, será observado o processo especial da expurgação de hipotecas regulado nos artigos 998º e ss. do C.P.C.. No segundo caso, seguir-se-á o disposto nos artigos 1002º e ss. do C.P.C. quanto à mesma forma de processo especial.

Em ambos os casos, terão de se respeitar os direitos dos credores, conforme o disposto no artigo 723º do C.C., ou seja, a sentença que proferir a expurgação da hipoteca não deverá ser proferida sem se mostrar que os credores foram todos citados para o processo (n.º 1) e, se um ou mais credores não forem citados nem comparecerem espontaneamente em juízo, manterão os seus direitos de credor hipotecário, independentemente do sentido da sentença proferida (n.º 2). Caso, o requerente não deposite a quantia devida, nos termos da lei do processo, fica o requerimento de expurgação sem efeito e não poderá ser renovado, sem prejuízo da sua responsabilidade quanto aos danos causados aos credores (n.º 3).

Na hipótese de o adquirente da coisa hipoteca ser, previamente à aquisição, titular de uma qualquer direito real sobre a mesma, tal direito extingue-se em virtude de aquele passar a ser o titular da propriedade plena (cf. artigo 1476º, n.º 1, alínea b), 1536º, n.º 1, alínea d) e 871º, n.º 4 *a contrario*, todos do C.C.). Contudo, caso se proceda à venda da coisa hipotecada durante o processo de execução (artigo 824º do C.C.) ou expurgação da hipoteca (artigo 1002º do C.P.C.), tal direito renasce e é atendido em harmonia com as regras legais relativas a essa venda (artigo 724º, n.º 1 do C.C.).

Já as servidões que, à data do registo da hipoteca, oneravam algum prédio do terceiro adquirente em benefício do prédio hipotecado, renascem do mesmo modo e são incluídas na venda (artigo 724º, n.º 2 do C.C.).

Note-se que o banco mantém faculdade de poder exercer os seus direitos contra o adquirente do bem hipotecado, antes do vencimento do prazo, se, por culpa deste, diminuir a segurança do crédito (artigo 725º do C.C.).

Finalmente, e para efeito dos artigos 1269º, 1270º e 1275º do C.C., a lei equipara o terceiro adquirente ao possuidor de boa-fé, na execução, até ao registo da penhora e, na expurgação da hipoteca, até à venda judicial da coisa ou direito (artigo 726º do C.C.).

7. EXTINÇÃO DA HIPOTECA

A lei enumera algumas causas de extinção da hipoteca no artigo 730º do C.C., sendo a primeira a extinção da obrigação a que serve a garantia [alínea a)].

MENEZES LEITÃO admite que *“essa extinção possa nem sempre ocorrer. Assim, por exemplo, em caso de novação da obrigação, havendo reserva expressa, as garantias da obrigação antiga transitam para a nova obrigação (artigo 861.º a contrario)”*⁵⁷.

No entanto, e na eventualidade de a causa de extinção da obrigação for declarada nula ou anulada, ou ficar sem efeito por qualquer outro motivo, a hipoteca renasce desde a data da sua inscrição mas, caso o registo tenha sido cancelado, apenas da data da nova inscrição (artigo 732º do C.C.).

Em seguida, temos que a hipoteca extingue-se por prescrição, a favor de terceiro adquirente da coisa hipotecada, decorridos vinte anos sobre o registo de aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação [alínea b)]. Estamos perante a prescrição da própria hipoteca e não do crédito a ela associado pois, neste caso, estamos perante a extinção da obrigação a que serve a garantia [alínea a)].

Depois, a hipoteca extingue-se também pelo perecimento da coisa hipotecada, exceto se se verificar o disposto nos artigos 692º e 701º, caso em que a hipoteca passa a incidir sobre o crédito indemnizatório, como já tivemos oportunidade de verificar [alínea c)].

Finalmente, a hipoteca extingue-se ainda pela renúncia do credor hipotecário, ora creditante [alínea d)]. Esta renúncia terá de ser expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do representante do banco renunciante reconhecida presencialmente, salvo se for feita na presença de funcionário da conservatória do registo competente, sendo que tal declaração não necessita da aceitação do creditado ou de terceiro autor da hipoteca para

⁵⁷ *In Garantia das Obrigações, cit.*, pág. 226.

produzir efeitos (artigo 731º, n.º 1 do C.C.). Acrescente-se que os administradores de patrimónios alheios não podem renunciar às hipotecas constituídas em benefício das pessoas cujos patrimónios administram (artigo 731º, n.º 2 do C.C.).

MENEZES LEITÃO entende ainda que deve “*ser considerada como causa de extinção, a expurgação da hipoteca no caso de transmissão dos bens hipotecados*”. Ora, como resulta do *supra* exposto, tal pode ser efetuado quer pelo pagamento integral da dívida hipotecária aos respetivos credores, ou pelo pagamento do preço ou do valor dos bens hipotecados (artigo 721º do C.C.). Assim, no primeiro caso a hipoteca extingue-se em consequência da extinção da obrigação a que serve de garantia (artigo 730º, alínea a) do C.C.). No segundo caso, a hipoteca extingue-se em consequência do próprio ato de expurgação.

Outra causa de extinção da hipoteca resulta do disposto no artigo 717º, n.º 1 do C.C., porquanto dispõe que “*a hipoteca constituída por terceiro extingue-se na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não possa dar-se a sub-rogação daquele nos direitos deste*”.

São também causas de extinção da hipoteca, entre outras resultantes dos princípios gerais, o decurso do prazo fixado para a duração da hipoteca, a verificação da condição resolutiva ou de não verificação da condição suspensiva a que aquela se encontra adstrita⁵⁸.

Acontece que, ao tempo da celebração do contrato de abertura de crédito ainda não existe a obrigação, pois trata-se de uma obrigação futura como já vimos. Até aqui não há problema pois a própria lei admite a hipoteca de obrigações futuras.

Caso especial é quando ocorrem as chamadas situações de *revolving*. Ou seja, situações durante a vigência do contrato de abertura de crédito em que o creditado utiliza determinado montante mas devolve-o, acrescido dos demais encargos, antes do final do contrato, ou em que o creditado utiliza o seu crédito de forma fracionada. Em ambas as situações, a posição devedora do banco não se altera, devendo este manter a disponibilidade referida mas, por sua vez, a posição do creditado altera-se pois, a partir do momento em que devolve tudo e cumpre na totalidade a sua obrigação, deixa de ser devedor ao banco.

Ora, a interpretação literal da lei seria que a hipoteca dada extingue-se assim que a obrigação a que serve de garantia se extingue, de acordo com o artigo 730º, alínea a) do C.C. como vimos *supra*. Mas tal não acontece automaticamente quando a hipoteca está associada ao contrato de abertura de crédito, pois aquela dura enquanto este subsistir e perdurar. Ora,

⁵⁸ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, cit.*, pág. 752.

podemos então dizer que estamos perante uma exceção àquela regra da extinção da hipoteca com a extinção da obrigação a que serve de garantia.

Outra solução não se pode alcançar por várias razões. Em primeiro lugar, pelo facto de o contrato de abertura de crédito ter sido celebrado pelo banco com o creditado porque este prestou uma garantia, caso contrário não teria sido celebrado. Temos aqui um interesse juridicamente relevante do banco a que se deve atender, desde logo, em respeito pelo princípio da boa-fé contratual (artigo 762º, n.º 2 do C.C.).

Em seguida, não se poderá fazer uma interpretação literal daquela disposição legal já que resulta da própria dinâmica do contrato de abertura de crédito surgir alturas da relação contratual em que o creditado assume a posição de credor do banco creditante. Note-se que a dívida resultante do contrato de abertura de crédito é uma obrigação futura pelo que, na prática, a questão nem se deve colocar pois só no final do contrato é que temos o “crédito” propriamente dito, pois este surge como o saldo final no termo do contrato de abertura de crédito⁵⁹.

Quanto à hipótese de o contrato de abertura de crédito ser renovado ou prorrogado, tal renovação/prorrogação estende-se à hipoteca dada em garantia?

Aqui estamos perante situações em que decorre o prazo de duração da hipoteca, nomeadamente, decorre o prazo pelo qual foi celebrado o contrato de abertura de crédito.

Aqui encontramos duas posições doutrinárias distintas. Uma defende que as garantias originalmente contratadas caucionam apenas os créditos resultantes do contrato originário e não os que resultam das renovações sucessivas. Por sua vez, outra parte da doutrina entende que, uma vez que estamos perante o mesmo contrato que foi apenas prorrogado temporalmente, as garantias associadas deverão manter-se na mesma medida.

Na doutrina italiana, FERRI segue esta segunda posição, defendendo que temos distinguir consoante estamos perante uma hipoteca celebrada pelo próprio creditado ou por terceiro.

Ora, no primeiro caso, tendo a hipoteca sido prestada pelo próprio creditado aquele autor entende que se deve admitir a extensão da hipoteca na mesma medida de extensão do contrato de abertura de crédito que lhe é subjacente. Na sua essência, a prorrogação do contrato significa o prolongamento da duração, sujeita às condições existentes, e se entre essas condições houve também a prestação da garantia, é lógico que esta deve permanecer firme e deve ser considerada implícita por parte do creditado, isto é, se a sua vontade é

⁵⁹ Neste sentido, BENOLIEL DE CARVALHO, “*Notas sobre a abertura de crédito bancário*”, *cit.*, pág. 51.

prolongar/renovar a duração dos contratos para continuar a usufruir das condições contratadas, é conforme à boa-fé e aos costumes entender-se que aceita que a garantia se mantenha na mesma e exata medida daquela extensão temporal.

Em relação ao terceiro que constituiu a hipoteca, FERRI entende que a extensão do contrato de abertura de crédito não pode abranger na mesma medida a extensão da garantia, pelo que o crédito decorrente do período de prorrogação não fica garantido por aquela hipoteca. Desta forma, seria alterar a redação da garantia como era previsto inicialmente, e, evidentemente, essa mudança não pode ser implementada sem a manifestação da vontade do terceiro em assegurar os “novos créditos” (neste sentido rege o artigo 1598 do Código Civil italiano).

Finalmente, aquele autor entende ainda que, para além dos casos em que a garantia é prestada por um terceiro, no caso de a hipoteca ter sido prestada pelo próprio creditado, ao não subsistir durante a prorrogação/renovação, deverá aceitar-se que o credente tem o direito de resolver o contrato por justa causa.

Ora, analisadas estas posições doutrinárias somos de aceitar a posição que vai de encontro com a posição de Ferri, ou seja, caso a garantia seja prestada pelo próprio creditado, deverá entender-se que o seu termo é adiado para o termo da renovação/prorrogação do contrato de abertura de crédito.

Já se tiver sido prestada por terceiro, tal já não deverá aceitar-se, por várias razões que infra se expõem.

Desde logo, porque o terceiro comprometeu-se a prestar a garantia para aquele contrato e nos exatos termos nele exarados, nomeadamente, a garantia foi celebrada por um período determinado e com um termo certo, nunca se tendo deixado abertura para a ocorrência de um evento futuro que permita a prorrogação daquele prazo e, conseqüentemente, daquela garantia. Assim, não se poderá aceitar que a extensão do contrato de abertura de crédito determine, sem mais, a extensão da duração da garantia.

Caso diferente será o qual o terceiro admite a prorrogação da garantia pelo período de prorrogação do contrato de abertura de crédito. Aqui nem se coloca o problema uma vez que é o próprio proprietário da coisa hipoteca que acorda em dá-la em garantia novamente. Contudo, para que tal declaração de vontade seja legal e eficaz terá que obedecer aos requisitos acima expostos, nomeadamente, terá que se observar a forma legalmente exigida e terá que ser registada, sob pena de não produção de efeitos.

8. EXECUÇÃO DA HIPOTECA

No caso de incumprimento do creditado, o credente poderá executar a hipoteca nos termos da lei do processo civil. A execução da hipoteca não pode ser afastada pois, como vimos *supra*, a lei comina com a nulidade a celebração de qualquer pacto comissório.

Ora, o artigo 835.º do C.P.C. estabelece que, sendo o bem do creditado, a penhora só poderá incidir sobre outros bens se o bem hipotecado, por onde se inicia necessariamente, se mostrar insuficiente para cobrir a quantia exequenda. Tal está em harmonia com o disposto no artigo 697º do C.C., segundo o qual o *“devedor que for dono da coisa hipotecada tem o direito de se opor não só a que outros bens sejam penhorados na execução enquanto se não reconhecer a insuficiência da garantia, mas ainda a que, relativamente aos bens onerados, a execução se estenda além do necessário à satisfação do direito do credor”*.

No caso de o bem onerado pertencer a terceiro, a lei processual civil estabelece no artigo 56º, n.º 2 que a ação seguirá diretamente contra este, se o exequente pretender fazer valer a garantia, pelo que poderá ser demandado juntamente com o creditado. Assim, ao terceiro *“é-lhe lícito opor ao credor, ainda que o devedor a eles tenha renunciado, os meios de defesa que o devedor tiver contra o crédito, com exclusão das exceções que são recusadas ao fiador”* (artigo 698º, n.º 1 do C.C.).

Assim, o terceiro tem o direito de se *“opor à execução enquanto o devedor puder impugnar o negócio donde provém a sua obrigação, ou o credor puder ser satisfeito por compensação com um crédito o devedor, ou este tiver a possibilidade de se valer da compensação de uma dívida do credor”* (artigo 698º, n.º 2 do C.C.).

É do interesse do banco intentar a ação contra o devedor e contra o terceiro que prestou a garantia, desde logo porque, em caso de insuficiência do bem onerado, sempre poderá valer da garantia geral que constitui o património do creditado.

Em termos de graduação de créditos, o credor hipotecário será, em princípio, aquele que vê a sua obrigação cumprida em primeiro lugar através da venda do bem onerado, desde que tenha registado o seu título em primeiro lugar.

Contudo, existem outras garantias reais que prevalecem relativamente à hipoteca independentemente da ordem de registo na conservatória competente, tais como os privilégios imobiliários especiais (artigo 751º do C.C.) e o direito de retenção sobre coisas imóveis (artigo 759º, n.º 2 do C.C.). Ainda assim, estamos perante casos pontuais, pelo que tal circunstância

não impede de ser a garantia mais utilizada pelos bancos na celebração do contrato de abertura de crédito.

SUBCAPÍTULO II – PENHOR

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. LEGITIMIDADE PARA A CONSTITUIÇÃO DO PENHOR; 3. FORMA DO CONTRATO DE PENHOR; 4. CONTEÚDO DO PENHOR; 5. PENHOR DE COISAS; 5.1. CONSTITUIÇÃO; 5.2. DIREITOS DO BANCO; 5.3. DEVERES DO BANCO; 5.4. DESTINO DOS FRUTOS PRODUZIDOS PELA COISA EMPENHADA; 5.5. DIREITOS DO AUTOR DO PENHOR; 5.6. EXTINÇÃO DO PENHOR; 5.7. EXECUÇÃO DO PENHOR; 6. PENHOR DE DIREITOS; 6.1. INTRODUÇÃO; 6.2. OBJETO DO PENHOR; 6.3. CONSTITUIÇÃO DO PENHOR; 6.4. RELAÇÕES ENTRE AUTOR DO PENHOR E BANCO; 6.5. DEVERES DO BANCO; 6.6. DEVERES DO AUTOR DO PENHOR; 6.7. EXTINÇÃO DO PENHOR DE DIREITOS; 7. CASOS ESPECIAIS DE PENHOR DE DIREITOS; 7.1. PENHOR FINANCEIRO; 7.1.1. SUJEITOS DO PENHOR FINANCEIRO; 7.1.2. OBJETO E OBRIGAÇÕES FINANCEIRAS; 7.1.3. DESAPOSEAMENTO; 7.1.4. PROVA; 7.1.5. FORMALIDADES; 7.1.6. DIREITO DE DISPOSIÇÃO; 7.1.7. TITULAR DO DIREITO DE DISPOSIÇÃO; 7.1.8. EFEITOS DO DIREITO DE DISPOSIÇÃO; 7.1.9. VENCIMENTO ANTECIPADO E COMPENSAÇÃO; 7.1.10. ADMISSIBILIDADE DO PACTO COMISSÓRIO; 7.2. PENHOR DE AÇÕES; 7.2.1. INTRODUÇÃO; 7.2.2. FORMA DO PENHOR; 7.2.3. CONSTITUIÇÃO DE PENHOR; 7.2.4. EXERCÍCIO DOS DIREITOS SOCIAIS; 7.2.4.1. DIREITO AO LUCRO; 7.2.4.2. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES; 7.2.4.3. DIREITO DE INFORMAÇÃO; 7.2.4.4. DIREITO DE EXONERAÇÃO; 7.2.4.5. CONCLUSÃO: ESGOTAMENTO DA GARANTIA?

1. INTRODUÇÃO

O penhor é uma garantia real através da qual o credor tem direito à satisfação do seu crédito, bem como aos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor da certa coisa móvel ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro (artigo 666º, n.º 1 do C.C.).

Pelo que o penhor confere ao credor o poder de ver satisfeita o seu crédito à custa de uma coisa ou direito sem necessitar da cooperação do seu proprietário, ou mesmo contra a sua vontade.

A primeira classificação do penhor tem que ver com o regime jurídico em que se insere, pelo que temos o penhor civil que vem regulado nos artigos 666º e ss. do C.C. e o penhor comercial ou mercantil na medida em que a dívida garantida procede de um ato comercial nos termos do artigo 397º do C.Com..

No entanto, o regime geral do penhor remete a sua regulação para o Direito Civil atento o seu carácter subsidiário relativamente ao Direito Comercial.

Por sua vez, o regime civil do penhor é feito com algumas remissões para o regime legal da hipoteca. Desde logo, o penhor, salvo convenção em contrário, é indivisível (artigo 696º do C.C.). Depois, como acontece na hipoteca, também não é admitido o pacto comissório (artigo 694º do C.C.). São também aplicáveis ao penhor as disposições referentes à hipoteca referentes à substituição ou reforça da garantia (artigo 701º do C.C.) e ao seguro da coisa (artigo 702º do C.C.).

O penhor pode ainda classificar-se quanto ao seu objeto. Assim, temos o penhor de coisas que respeita a bens corpóreos e, por outro lado, o penhor de direitos respeita a bens incorpóreos.

O regime do penhor de coisas consta do Código Civil, sendo a regra o desapossamento do autor do penhor (artigo 669º, n.º 1 do C.C.). É na privação da disponibilidade material da coisa e na conseqüente publicidade que se traduz a função de garantia do penhor, isto é, visa-se assegurar que terceiros ao negócio possam ter conhecimento da existência de um penhor sobre determinada coisa móvel. Como tal, é usual ser dados em penhor objetos não essenciais para fins comerciais ou industriais e os quais podem ser dispensados pelo empenhador durante determinado período de tempo, tais como joias, bens de luxo ou metais preciosos.

Já no que diz respeito ao penhor de direitos encontramos um leque mais variado constantes de vários diplomas legais (artigo 668º do C.C.) que estabelecem regimes especiais e excepcionais, regimes esses que, na verdade, são os que mais têm importância no tráfego jurídico. A título de exemplo, temos o penhor de ações, de participações sociais, de títulos de crédito, etc.

O penhor é também considerado uma garantia acessória pois desde a sua constituição até à sua extinção há uma relação de dependência na mesma medida com o crédito garantido.

Também no caso de penhor é admitido que a obrigação principal seja futura ou condicional (artigo 666º, n.º 3 do C.C.), daí a sua aplicabilidade no âmbito do contrato de abertura de crédito.

Ora, no que ao nosso estudo diz respeito, temos que o penhor constituído paralelamente com a abertura de crédito trata-se de um penhor de natureza comercial uma vez que a operação bancária a ele subjacente é uma operação comercial nos termos do artigo 362º do C.Com..

Assim, e uma vez que a dívida é de natureza comercial, o penhor a ela associado terá necessariamente natureza mercantil, nos termos do Código Comercial.

Como veremos de seguida, o penhor resulta de um contrato celebrado entre as partes, podendo ainda ser celebrado entre o banco e o creditado ou entre o banco e o terceiro ao contrato de abertura de crédito. Face a esta característica do penhor, podemos afirmar que estamos perante uma garantia convencional.

No âmbito do direito bancário, o penhor é uma figura muito utilizada mormente pela sua facilidade de circulação. Com efeito, os bens móveis são bens de fácil alienação ao contrário dos bens imóveis, não estão sujeitos a grandes oscilações e são bens suscetíveis de armazenamento ou depósito sem grande perigo de sofrerem perdas ou deteriorações.

Por outro lado, tais bens vão de encontro com almejada liquidez que as instituições de crédito prosseguem através das operações bancárias.

Como tal, são exemplos frequentes de bens dados em penhor os títulos de crédito, mercadorias, metais preciosos, entre outros bens de fácil circulação.

Contudo, somos de sufragar a posição que entende que o penhor mercantil não é um penhor sem desapossamento, por várias razões. Por um lado, porque mesmo nas situações acima elencadas, em caso algum o devedor tem posse material sob a coisa empenhada. Por outro lado, porque os interesses do credor são dignos de tutela e, como tal, é através do desapossamento do autor do penhor que se protegem os mesmos.

A lei comercial não exige a forma escrita para que o penhor mercantil produza efeitos entre as partes mas, em relação a terceiros, já se impõe a forma escrita quando em causa está uma quantia superior a “duzentos mil reis” o que, nos dias de hoje, equivale sensivelmente a um euro (artigo 400º do C. Com.).

Finalmente, quanto à venda do penhor em caso de não cumprimento da obrigação principal, esta deverá efetuar-se por meio de corretor, notificado o devedor (artigo 401º do C.Com.).

Passamos agora a abordar o regime de penhor de coisas no âmbito do contrato de abertura de crédito, apesar de não ser a figura pignoratícia mais utilizada, para depois analisar o penhor de direitos, essa sim, figura utilizada mais frequentemente no âmbito do contrato de abertura de crédito.

2. LEGITIMIDADE PARA A CONSTITUIÇÃO DO PENHOR

Tem legitimidade para dar bens em penhor quem puder alienar (artigo 667º, n.º 1 do C.C.). O penhor tanto pode ser constituído pelo próprio creditado quer por terceiro (artigo 666º, n.º 1 *in fine* do C.C.).

Neste caso, quando o penhor é constituído por terceiro, ele extingue-se-á quando, por facto negativo ou positivo do banco, o terceiro não poder sub-rogar-se nos direitos deste (artigos 667º, n.º 1 e 592º do C.C.).

3. FORMA DO CONTRATO DE PENHOR

A lei não exige nenhuma forma especial para o contrato de penhor de coisas (artigo 219º do C.C.).

Quanto ao penhor de direitos já exige que o contrato adote a forma necessária à transmissão dos direitos empenhados⁶⁰ (artigo 681º, n.º 1 do C.C.). Note-se que a cessão de créditos (artigo 577º e ss. do C.C.) não está sujeita a quaisquer formalidades, pelo que também não se exige forma especial para a constituição de penhor de créditos. Contudo, o artigo 587º do C.C. prevê um regime de cessão de créditos hipotecários sobre bens imóveis: neste caso já se impõe a celebração de escritura pública.

Finalmente note-se que o artigo 681º, n.º 2 do C.C. exige a notificação do devedor para que o penhor produza efeitos entre as partes e, caso o penhor esteja sujeito a registo, exige ainda que se proceda ao mesmo.

Quanto aos vários regimes especiais de penhor de direitos será necessário ter em atenção qual a forma que geralmente se impõe em cada caso, como adiante referiremos.

Na prática, o penhor de coisas para garantia do contrato de abertura de crédito⁶¹ celebra-se sempre por escrito, mediante cláusula especial inscrita no próprio documento que formaliza o contrato de abertura de crédito correspondente ou em documento anexo a este.

⁶⁰ O artigo 3º do Decreto-Lei n.º 29833, de 17 de Agosto de 1939 excluiu do seu âmbito de aplicação “*o penhor de créditos, de títulos de crédito, de quotas e de coisas imateriais, que, mesmo quando dado em garantia de operações bancárias, continuará submetido ao regime até agora em vigor*”. Por outras palavras, aquele diploma não se aplica ao penhor de direitos, pelo que temos que recorrer ao regime supletivo consagrado no Código Civil.

⁶¹ Se o penhor for constituído em garantia de abertura de crédito celebrada com estabelecimento bancário autorizado, terá que constar de documento autêntico ou autenticado e os seus efeitos contar-se-ão da data do documento no primeiro caso ou da data do reconhecimento no segundo caso – cf. artigo 2º do D.L. n.º 29833.

4. CONTEÚDO DO PENHOR

Para além das obrigações presentes, o penhor pode ainda ser celebrado para a garantia de obrigações futuras ou condicionais, daí a sua admissibilidade no âmbito do contrato de abertura de crédito (artigo 666º, n.º 3 do C.C.).

O penhor vai garantir o capital e os respetivos juros, sem quaisquer limitações temporais como sucede na hipoteca.

A coisa empenhada pode respeitar a mais do que um crédito do mesmo banco e, ainda, sobre o mesmo crédito podem incidir mais do que um penhor.

O penhor tem como objeto qualquer bem móvel, desde que não suscetível de hipoteca, bem como outros créditos, participações sociais, universalidades de facto, etc. Não podem ser objeto de penhor coisas fungíveis como, por exemplo, dinheiro a não ser que se individualize por alguma forma (*v.g.* notas de banco numeradas).

Finalmente, o penhor de coisa não abrange as suas coisas acessórias, conforme o disposto no artigo 210º, n.º 2 do C.C..

5. PENHOR DE COISAS

5.1. CONSTITUIÇÃO

O penhor de coisas no âmbito do contrato de abertura de crédito não é muito usual, sendo mais usado no âmbito de empréstimos de valor mais reduzido. Contudo, merece uma breve análise do seu regime. Vejamos.

Enquanto contrato *quoad constitutionem*, o penhor de coisas implica o desapossamento do proprietário da coisa empenhada através da entrega⁶² da coisa ou do título que confira a disponibilidade dela ao banco ou a terceiro (artigo 669º, n.º 1 do C.C.).

O desapossamento do autor do penhor permite dar a conhecer a terceiros da existência do penhor e, assim, transmitir segurança ao banco pois, ao privar-se da coisa, o autor do penhor já não poderá fazê-la desaparecer ou danificá-la, etc., caso que implicaria a redução ou extinção da garantia por parte do credor.

⁶² A entrega pode consistir na mera atribuição de composses ao credor, se essa atribuição impedir a disposição material da coisa pelo autor do penhor. Cf. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, cit., pág. 237.

Assim, a entrega da coisa terá de ser material ou meramente simbólica (v.g. entrega do documento que confira a disponibilidade da coisa), caso em que o banco passa a ter uma posse em nome próprio, nos termos do direito que lhe é conferido pelo penhor⁶³.

Por sua vez, o Código Comercial admite formas simbólicas de entrega, nomeadamente (artigo 398º do C.Com.): declarações ou verbas nos livros de quaisquer estações públicas onde se acharem as coisas empenhadas; tradição da guia de transporte ou do conhecimento de carga dos objetos transportados; endosso da cautela de penhor dos géneros e mercadorias depositadas nos armazéns gerais.

Ora, naturalmente que a entrega material ou meramente simbólica da coisa empenhada não vai de encontro com os interesses dos bancos, quer pela sua eventual dificuldade de armazenamento, quer porque pode levar a que o creditado fique impossibilitado de exercer a sua atividade, o que se torna inconveniente mesmo para o próprio creditante. Como tal, por vezes, as partes acordam na inexigibilidade de desapossamento⁶⁴.

5.2. DIREITOS DO BANCO

O primeiro direito do banco adquirido pela celebração do contrato de penhor é, como já referimos, o direito de satisfazer o seu crédito e acessórios, com preferência sobre os demais credores que não prefiram antes, pelo valor da coisa empenhada. Daqui resulta que o banco pode dar à execução a coisa empenhada logo que se vença a obrigação do creditado, dentro dos trâmites legais, obtendo a preferência que resulta do penhor, desde logo, preferindo sobre os credores comuns.

Note-se que esta venda tanto pode ser feita judicialmente em sede de um processo executivo, como extrajudicialmente se as partes tiverem convencionado nesse sentido (artigo 675º, n.º 1 do C.C.). Na primeira hipótese, o banco tem ainda a possibilidade de convencionar no sentido de fazer sua a coisa empenhada pelo valor que o tribunal fixar (artigo 675º, n.º 2 do C.C.).

⁶³ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 195 e VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA, *Direito das Garantias*, cit., pág. 237, nota 674. Por sua vez, ANTUNES VARELA entende que o credor pignoratício não é um possuidor em nome próprio (*in Código Civil Anotado*, cit., pág. 689).

⁶⁴ A título de exemplo veja-se o D.L. n.º 29833 relativo ao contrato de penhor constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados que estabelece que o penhor produz efeitos quer entre as partes, quer perante terceiros, sem necessidade de o dono do objeto empenhado fazer entrega dele ao credor ou a terceiro. Nestes casos, o credor exige, para garantia do seu crédito, a convenção de uma sanção penal.

A partir da celebração do contrato de penhor o banco passa a ter a faculdade de exercer, em relação à coisa empenhada, todas as ações destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono [artigo 670º, alínea a) do C.C.], de ser indenizado das benfeitorias necessárias e úteis e de levantar estas últimas, nos termos do artigo 1273º [artigo 670º, alínea b) do C.C.], de exigir a substituição ou o reforço do penhor⁶⁵ ou o cumprimento imediato da prestação, se a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para segurança do crédito, nos mesmos fixados para a hipoteca no artigo 701º [artigo 670º, alínea c) do C.C.] e, ainda, de exercer o seu direito nos termos gerais do artigo 780º quando diminuam as garantias do crédito.

5.3. DEVERES DO BANCO

O banco é obrigado a guardar e administrar como um proprietário diligente a coisa empenhada, respondendo pela sua existência e conservação nos termos gerais da lei civil⁶⁶ [artigo 671º, alínea a) do C.C.].

O banco deve também não usar a coisa empenhada sem consentimento do autor do penhor, salvo se o uso for indispensável à conservação da coisa [artigo 671º, alínea b) do C.C.]. Por outras palavras, a possibilidade de uso da coisa é meramente instrumental ao seu dever de conservação da coisa empenhada pelo que não deverá extravasar esses limites pois poderia até levar à desvalorização da coisa.

É também dever do banco restituir a coisa empenhada logo que se extinga a obrigação do creditado [artigo 671º, alínea c) do C.C.]. Daqui ressalta a acessoriedade do penhor enquanto garantia das obrigações. Vimos anteriormente que o banco poderá reclamar a restituição de benfeitorias necessárias e úteis contudo, elas já não serão abrangidas pela garantia conferida pelo penhor, pelo que o banco poderá usar do direito de retenção para garantir o cumprimento destas (cf. artigo 754º do C.C.).

Finalmente, no caso de o banco incumprir a sua obrigação de não usar a coisa empenhada ou, se o fizer, levar a que a mesma corra o risco de se perder ou de se deteriorar, o autor do penhor tem o direito a que o credor preste uma caução idónea ou que a coisa empenhada seja depositada a favor de terceiro (artigo 673º do C.C.).

⁶⁵ Também aqui se terá de observar as regras do processo especial de reforço das garantias especiais das obrigações regulado nos artigos 991º e ss. do C.P.C..

⁶⁶ Saliente-se que a culpa do banco se presume (artigo 799º, n.º 1 do C.C.) uma vez que é ele que tem a posse da coisa empenhada (cf. artigo 798º e ss. do C.C.).

5.4. DESTINO DOS FRUTOS DA COISA EMPENHADA

O banco pode fazer-se pagar com os frutos da coisa empenhada pelas despesas feitas com ela, bem como nos juros vencidos. Quando tais fontes de pagamento forem mais do que suficientes revertendo assim um excesso a favor do autor do penhor, e no caso de as partes não terem convencionado em contrário, os frutos da coisa serão abatidos no capital em dívida (artigo 672º, n.º 1 do C.C.).

Estamos assim perante um pacto anticrético onde é permitido ao banco ir-se pagando através dos frutos da coisa empenhada sem necessidade de ir logo para a execução da coisa e consequente venda. Deste modo, temos um resultado semelhante à da consignação de rendimentos sem que, contudo, estejamos perante bens móveis sujeitos a registo.

Havendo lugar à restituição de frutos da coisa empenhada, não se consideram estes abrangidos pelo penhor, exceto se as partes convencionaram em sentido contrário (artigo 672º, n.º 2 do C.C.).

5.5. DIREITOS DO AUTOR DO PENHOR

O penhor não impede que o autor do penhor continue a exercer todas os direitos de proprietário da coisa, desde que não incompatíveis com o direito do banco enquanto credor pignoratício. Desde logo, o autor do penhor poderá vender ou onerar a coisa empenhada já que o banco poderá opor sem restrições o seu direito ao novo proprietário.

Note-se que a lei comina com a nulidade a convenção pela qual o autor do penhor fique impedido de alienar ou onerar a coisa empenhada, permitindo apenas que a dívida se vença logo que a coisa seja alienada ou onerada (artigo 695º *ex vi* artigo 678º do C.C.).

No caso de o autor do penhor ser o próprio creditado terá direito a se opor à penhora de outros bens enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia resultante do penhor, bem como de opor à execução da coisa empenhada para além do necessário à satisfação do direito do banco (artigo 697º *ex vi* artigo 678º do C.C.).

Já se o penhor tiver sido celebrado por terceiro, este poderá opor ao banco, ainda que a eles o creditado tenha renunciado, todos os meios de defesa que o creditado tiver contra o crédito, com exclusão das exceções que são recusadas ao fiador (artigo 698º, n.º 1 *ex vi* artigo 678º do C.C.). O autor do penhor, terceiro ao contrato de abertura de crédito, tem ainda a

faculdade de se opor à execução enquanto o creditado puder impugnar o negócio, ou o banco puder ser satisfeito por compensação com um crédito do creditado, ou este tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do banco (artigo 698º, n.º 2 *ex vi* artigo 678º do C.C.).

5.6. EXTINÇÃO DO PENHOR

A regra geral é que o penhor se extingue pela restituição da coisa empenhada ou do documento idóneo para usufruir da disponibilidade dela referido no artigo 669º, n.º 1 do C.C. e, ainda, pelas mesmas causas que cessa a hipoteca, exceto a causa prevista no artigo 730º, alínea b) do C.C.. Ora, constituindo a entrega da coisa empenhada uma forma de publicidade da existência do penhor, torna-se necessário que a sua restituição leve à extinção do penhor.

Em termos gerais, a extinção ocorre quer a restituição seja voluntária quer seja involuntária por parte do banco. Ou seja, caso o autor do penhor subtraia a coisa ao banco, poderá dispor dela a favor de terceiros, não sendo aceitável que a estes fosse oponível o penhor já que a sua boa-fé decorreria da falta de publicidade relativamente ao mesmo. Neste caso, e no âmbito do contrato de abertura de crédito, deverá aceitar-se que o banco tem o direito de exigir o reforço ou a substituição da garantia pelo tempo remanescente da duração do contrato, sob pena de o banco ficar desprotegido.

De igual modo, a restituição feita pelo credor, mesmo que temporária e sem intenção de levar à extinção do penhor, não pode ter outra consequência se não a consequente extinção do penhor. Contudo, quando prestado para garantia de um contrato de abertura de crédito, deverá entender-se que só não haverá lugar à extinção do penhor caso o banco assim o transmita expressamente ao creditado, uma vez que, como vimos, no âmbito do penhor comercial é exigido o desapossamento do autor do penhor, ainda que seja meramente simbólico.

Outra causa de extinção é a que resulta da remissão para o artigo 730º, alínea a) do C.C., nomeadamente, a extinção da obrigação do creditado a que serve a garantia. Tal demonstra a acessoriedade do penhor face ao crédito. No caso do contrato de abertura de crédito, temos um pequeno desvio quanto à acessoriedade do penhor nas situações de *revolving*. Ou seja, nas situações durante a vigência do contrato de abertura de crédito em que o creditado utiliza determinado montante mas devolve-o, acrescido dos demais encargos, antes do final do contrato, ou em que o creditado utiliza o seu crédito de forma fracionada. Em ambas as

situações a posição devedora do banco não se altera, devendo este manter a disponibilidade referida mas, por sua vez, a posição do creditado altera-se pois a partir do momento em que devolve tudo e cumpre na totalidade a sua obrigação deixa de ser devedor ao banco.

Apesar de não existir no momento nenhuma obrigação do creditado, este continua a usufruir da possibilidade de dispor das linhas de créditos contratadas com o banco, pelo que é lícito ao banco exigir a manutenção do penhor durante os períodos do *revolving*.

Nestes casos, o penhor terá de manter-se necessariamente na mesma medida em que o contrato de abertura de crédito se mantém.

Como vimos supra, a regra é que a existência do penhor depende da existência daquela obrigação [artigo 730º, alínea a) *ex vi* artigo 677º do C.C.]. Contudo, no âmbito do contrato de abertura de crédito, impõe-se um desvio àquela regra pelas diversas razões já aduzidas e que valem também para o caso do penhor.

Nomeadamente, pelo facto de o contrato de abertura de crédito ter sido celebrado pelo banco com o creditado porque este prestou uma garantia, caso contrário não teria sido celebrado. Temos aqui um interesse juridicamente relevante do banco a que se deve atender, desde logo, em respeito pelo princípio da boa-fé contratual (artigo 762º, n.º 2 do C.C.).

Em seguida, não se poderá fazer uma interpretação literal daquela disposição legal já que resulta da própria dinâmica do contrato de abertura de crédito surgir alturas da relação contratual em que o creditado assume a posição de credor do banco creditante. Note-se que a dívida resultante do contrato de abertura de crédito é uma obrigação futura pelo que, na prática, a questão nem se deve colocar pois só no final do contrato é que temos o “crédito” propriamente dito, pois este surge como o saldo final no termo do contrato de abertura de crédito⁶⁷.

É também causa de extinção do penhor é o perecimento da coisa empenhada, sem prejuízo do disposto no artigos 693º e 701º. Assim, por um lado, se o perecimento da coisa empenhada leva a que o autor do penhor tenha direito a uma indemnização, o banco conserva sobre o crédito respetivo ou sobre as quantias pagas a título de indemnização, a preferência que lhe cabia em relação à coisa empenhada. Por outro lado, o banco pode exigir a substituição do penhor por outra garantia idónea e, se o creditado não o fizer, pode exigir de imediato o cumprimento da obrigação ou, tratando-se de uma obrigação futura como é o caso das

⁶⁷ Neste sentido, CARVALHO, RICARDO BENOLIEL DE, “*Notas sobre a abertura de crédito bancário*”, *cit.*, pág. 51.

obrigações emergentes do contrato de abertura de crédito, o banco pode ainda registrar um penhor sobre outros bens do creditado (artigo 730º, alínea c) *ex vi* artigo 677º do C.C.).

A renúncia do banco ao penhor implica a extinção deste (artigo 730º, alínea d) *ex vi* artigo 677º do C.C.). Note-se que a renúncia não implica a presunção da remissão da dívida (artigo 867º do C.C.) e é consequência de um negócio jurídico unilateral renunciatório do banco, mesmo que se tenha estabelecido ao abrigo de um acordo com o autor do penhor ou com o creditado mediante contrapartida de outras garantias.

A reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e proprietário da coisa empenhada implica a extinção do penhor se não existir interesse justificado do banco na subsistência do penhor (artigo 871º, n.º 4 do C.C.).

Por sua vez, *quid iuris* se o contrato de abertura de crédito for renovado ou prorrogado, deve entender-se que tal renovação/prorrogação se estende ao penhor celebrado com o banco por terceiro?

Aqui estamos perante situações em que decorre o prazo de duração do penhor, nomeadamente, decorre o prazo pelo qual foi celebrado o contrato de abertura de crédito.

Vimos que existem duas posições doutrinárias distintas. Uma defende que as garantias originalmente contratadas caucionam apenas os créditos resultantes do contrato originário e não os que resultam das renovações sucessivas. Por sua vez, outra parte da doutrina entende que, uma vez que estamos perante o mesmo contrato que foi apenas prorrogado temporalmente, as garantias associadas deverão manter-se na mesma medida.

Na doutrina italiana, FERRI segue esta segunda posição, defendendo que temos distinguir consoante estamos perante uma garantia celebrada pelo próprio creditado ou por terceiro.

Ora, no primeiro caso, tendo o penhor sido prestado pelo próprio creditado aquele autor entende que se deve admitir a extensão do penhor na mesma medida de extensão do contrato de abertura de crédito que lhe é subjacente. Na sua essência, a prorrogação do contrato significa o prolongamento da duração, sujeita às condições existentes, e se entre essas condições houve também a prestação da garantia é lógico que esta deve permanecer firme e deve ser considerada implícita por parte do creditado, isto é, se a sua vontade é prolongar/renovar a duração dos contratos para continuar a usufruir das condições contratadas, é conforme à boa-fé e aos costumes entender-se que aceita que a garantia se mantenha na mesma e exata medida daquela extensão temporal.

Em relação ao terceiro que constituiu o penhor, FERRI entende que a extensão do contrato de abertura de crédito não pode abranger na mesma medida a extensão da garantia, pelo que o crédito decorrente do período de prorrogação não fica garantido por aquele penhor. Desta forma, seria alterar a redação da garantia como era previsto inicialmente, e, evidentemente, essa mudança não pode ser implementada sem a manifestação da vontade do terceiro em assegurar os “novos créditos” (neste sentido rege o artigo 1598 do Código Civil italiano).

Finalmente aquele autor entende ainda que, para além dos casos em que a garantia é prestada por um terceiro, no caso de o penhor ter sido prestado pelo próprio creditado, ao não subsistir durante a prorrogação/renovação deverá aceitar-se que o credente tem o direito de resolver o contrato por justa causa.

Ora, analisadas estas posições doutrinárias somos de aceitar a posição que vai de encontro com a posição de FERRI, ou seja, caso a garantia seja prestada pelo próprio creditado, deverá entender-se que o seu termo é adiado para o termo da renovação/prorrogação do contrato de abertura de crédito.

Já se tiver sido prestada por terceiro, tal já não deverá aceitar-se, por várias razões que infra se expõem.

Desde logo, porque o terceiro comprometeu-se a prestar a garantia para aquele contrato e nos exatos termos nele exarados, nomeadamente, a garantia foi celebrada por um período determinado e com um termo certo, nunca se tendo deixado abertura para a ocorrência de um evento futuro que permita a prorrogação daquele prazo e, conseqüentemente, daquela garantia. Assim, não se poderá aceitar que a extensão do contrato de abertura de crédito determine, sem mais, a extensão da duração da garantia.

Caso diferente será o qual o terceiro admite a prorrogação da garantia pelo período de prorrogação do contrato de abertura de crédito. Aqui nem se coloca o problema uma vez que é o próprio proprietário da coisa dada em penhor que acorda em dá-la em garantia novamente. Contudo, para que tal declaração de vontade seja legal e eficaz terá que obedecer aos requisitos acima expostos.

5.7. EXECUÇÃO DO PENHOR

O mais usual é que a execução do penhor seja feita judicialmente, culminando na venda judicial da coisa empenhada e permitindo que o banco se satisfaça pelo produto dessa venda (artigo 675º, n.º 1 do C.C.).

Ora, se o bem pertencer ao creditado, a penhora iniciar-se-á pela coisa empenhada, conforme resulta do artigo 835º, n.º 1 do C.P.C., apenas recaindo sobre outros bens se aquela garantia se revelar insuficiente.

Se a coisa empenhada pertencer a terceiro este tem o direito de se opor a que outros bens sejam objeto de penhora enquanto não se reconhecer a insuficiência da garantia, bem como o direito de se opor que a execução dos bens onerados se estenda para além do necessário à satisfação do direito do banco garantia (artigo 697º *ex vi* artigo 678º do C.C.).

Contudo, para que o banco veja o seu crédito graduado em primeiro lugar é necessário que não concorra com ele outro credor com garantia preferente ao penhor. Por exemplo, prevalecem sobre o penhor os créditos da segurança social por contribuições e respetivos juros de mora, já que gozam de privilégio mobiliário geral, mesmo que o penhor tenha sido constituído anteriormente.

No entanto, como vimos, o banco pode convencionar que a venda possa ser realizada extrajudicialmente (artigo 675º, n.º 1 do C.C.). Ora, esta venda, e em respeito ao princípio da boa-fé, deverá ser realizada com as cautelas necessárias e da forma mais adequada por forma a obter o melhor preço que as condições de mercado permitam.

Finalmente é ainda possível ao banco, bem como ao autor do penhor, proceder à venda antecipada da coisa empenhada sempre que haja o fundado receio de que a coisa se perca ou deteriore sendo, contudo, necessária a autorização judicial⁶⁸ nesse sentido (artigo 674º, n.º 1 do C.C.). Neste caso, o banco mantém os seus direitos agora sobre o produto da venda podendo o tribunal, no entanto, ordenar que o valor seja depositado (artigo 674º, n.º 2 do C.C.). O autor do penhor pode ainda impedir a venda antecipada da coisa desde que ofereça outra garantia real idónea para assegurar o cumprimento da obrigação resultante do contrato de abertura de crédito (artigo 674º, n.º 3 do C.C.).

6. PENHOR DE DIREITOS

⁶⁸ A autorização judicial faz-se nos termos do processo especial de venda antecipada de penhor, consagrado no artigo 1013º do C.P.C..

6.1. INTRODUÇÃO

O penhor de direitos encontra o regime geral consagrado nos artigos 679º e ss. do C.C. que, por sua vez, remete para o regime do penhor de coisas, com as necessárias adaptações, em tudo o que não seja contrariado pela natureza especial desse penhor ou pelo preceituado nos artigos 680º a 685º do C.C..

No âmbito do contrato de abertura de crédito o mais usual é surgirem a mais diversificada panóplia de direitos oferecidos em penhor, nomeadamente, ações, participações sociais, títulos mobiliários, etc.

Vejamos o regime geral para, em seguida, abordar em especial algumas situações de penhor de direitos especiais mais vulgarmente usadas aquando a celebração do contrato de abertura de crédito.

6.2. OBJETO DO PENHOR

O penhor de direitos é admitido quando estes tenham por objeto coisas móveis e sejam suscetíveis de transmissão (artigo 680º do C.C.) e que não sejam passíveis de hipoteca (artigo 666º, n.º 1 *ex vi* 679º do C.C.).

Segundo MENEZES LEITÃO⁶⁹ e PESTANA DE VASCONCELOS⁷⁰, não existem obstáculos à constituição de penhor de créditos futuros: basta que esses créditos se vão igualmente constituindo e se notifique o devedor nos termos do disposto no artigo 681º, n.ºs 1 e 2 do C.C..

6.3. CONSTITUIÇÃO DO PENHOR

A constituição do penhor de direitos está sempre sujeita à forma e publicidade exigidas para a transmissão dos direitos empenhados (artigo 681º, n.º 1 do C.C.).

Como vimos, para que o penhor de créditos produza efeitos terá que se notificar o creditado ou este terá de o aceitar, a não ser que o penhor esteja sujeito a registo pois, neste caso, produz efeitos desde o seu registo (artigo 681º, n.º 2 do C.C.).

⁶⁹ Cf. *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 284.

⁷⁰ Cf. *Direito das Garantias*, cit., pág. 247.

Temos aqui um desvio à regra da cessão de créditos, ou seja, neste caso a cessão produz efeitos antes da notificação só não os produzindo em relação ao devedor cedido ou em relação a um segundo cessionário a quem o cedente tenha transferido o crédito.

Outra exceção é a que ocorre quando o devedor do crédito empenhado pagar à pessoa que constituiu o penhor ou celebrar com ela algum negócio que tenha por objeto o crédito empenhado: nestas situações nem o pagamento, nem o negócio serão oponíveis ao banco (artigos 583º, n.º 2 *ex vi* 681º, n.º 3 do C.C.).

Note-se que o autor do penhor de direitos deve entregar ao banco os documentos comprovativos desse direito que estiverem na sua posse e em cuja conservação não tenha interesse legítimo (artigo 682º do C.C.).

Finalmente acrescenta-se que é admissível a constituição de mais do que um penhor sobre o mesmo crédito por forma a garantir vários créditos, sendo necessário em todos a notificação do devedor cedido e prevalecendo o penhor constituído em primeiro lugar.

6.4. RELAÇÕES ENTRE AUTOR DO PENHOR E BANCO

Mais uma vez, a lei civil remete para o regime da cessão de créditos no que diz respeito às relações entre o autor do penhor e o banco (artigo 684º do C.C.).

Tal implica que o devedor do crédito empenhado poderá opor ao banco os meios de defesa que poderia invocar contra o autor do penhor, salvo aqueles que provenham de facto posterior ao conhecimento do penhor (artigo 585º do C.C.).

6.5. DEVERES DO BANCO

O banco, enquanto credor pignoratício, tem o dever de praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado, bem como o dever de cobrar os juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia (artigo 683º do C.C.).

No que diz respeito à cobrança dos juros e outras prestações acessórias, tais deveres decorrem do facto de ser o banco a pessoa com possibilidade de o fazer, caso contrário poderia sofrer um prejuízo na sua garantia se tal tarefa ficasse única e exclusivamente a cargo do autor do penhor.

Já quanto ao seu dever de conservar o direito empenhado, tal resulta da imposição legal do legislador civil, mas nada impediria que fosse o próprio autor do penhor a fazê-lo. Assim, caso o banco não cumpra este dever de zelo e conservação poderá incorrer em responsabilidade civil contratual. Contudo, a lei não distingue quais as situações em que o autor do penhor poderá praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado, bem como as situações em que não o poderá fazer.

O banco tem ainda o dever de cobrar o crédito empenhado logo que este se torne exigível, passando o penhor a incidir sobre a coisa prestada em satisfação do crédito (artigo 685º, n.º 1 do C.C.). Porém, se o crédito tiver por objeto uma prestação pecuniária ou de outra natureza fungível, o devedor não a pode cumprir senão aos dois credores conjuntamente. Se estes não estiverem de acordo, aquele tem a faculdade de usar da consignação em depósito (artigo 685º, n.º 2 do C.C.).

Por sua vez, se recair mais do que um penhor sobre o mesmo crédito, apenas o credor cujo direito prefira ao demais tem legitimidade para cobrar o crédito empenhado. Neste caso, os restantes credores têm a faculdade de compelir o devedor a satisfazer a prestação ao credor preferente (artigo 685º, n.º 3 do C.C.). Note-se que o direito que prevalece é aquele que foi notificado ou aceite pelo devedor em primeiro lugar, a não ser que o penhor esteja sujeito a registo (artigo 681º, n.º 2 do C.C.).

Finalmente o autor do penhor só pode receber a respetiva prestação com o consentimento do banco, extinguindo-se neste caso o penhor (artigo 685º, n.º 4 do C.C.).

6.6. DEVERES DO AUTOR DO PENHOR

Como acima enunciados, constitui dever do titular do direito empenhado entregar ao banco todos os documento comprovativos desse direito que estiverem na sua posse e cuja conservação não tenha interesse legítimo (artigo 682º do C.C.).

6.7. EXTINÇÃO DO PENHOR DE DIREITOS

Quanto às causas de extinção do penhor de direitos, e por força dos artigos 679º e 677º do C.C., aplica-se o disposto quando à extinção da hipoteca, nos termos do artigo 730º do C.C..

Pelo que o penhor de direitos extingue pela extinção da obrigação do creditado a que serve de garantia. Assim, sendo o penhor de direitos acessório àquela obrigação, a extinção desta acarreta necessariamente a extinção do penhor.

Contudo, como afirma MENEZES CORDEIRO⁷¹, há um desvio a esta regra no caso de confusão, isto é, o penhor subsiste neste caso, independentemente da confusão, em tudo o que exija o interesse do banco (artigo 871º, n.º 2 do C.C.).

7. CASOS ESPECIAIS DE PENHOR DE DIREITOS

7.1. PENHOR FINANCEIRO

O penhor financeiro é das garantias mais utilizadas atualmente aquando da celebração do contrato de abertura de crédito entre as instituições financeiras e as sociedades comerciais ou os grupos económicos.

O seu regime está previsto no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio que, por sua vez, resulta da transposição da Diretiva 2002/47/CE, de 6 de Junho de 2002, do Parlamento Europeu e do Conselho.

7.1.1. SUJEITOS DO PENHOR FINANCEIRO

Para que estejamos perante um penhor financeiro ambas as partes, beneficiário e garante, têm que pertencer a uma das várias categorias referidas no artigo 3º, n.º 1 do D.L. n.º 105/2004.

A título de exemplo, temos o Banco de Portugal, outros bancos centrais, instituições de crédito, pessoas coletivas, entre outras⁷².

É importante salientar que o penhor financeiro só pode ser utilizado, em sede de abertura de crédito, por empresas, ou seja, por pessoas coletivas, nos termos do artigo 3º, n.º 1, alínea f) do D.L. n.º 105/2004.

⁷¹ *In Garantia das Obrigações*, cit., pág. 286.

⁷² As pessoas singulares não podem ser partes de um contrato de penhor financeiro (artigo 3º, n.º 1 a contrario do D.L. n.º 105/2004). Caso seja uma pessoa singular a dar em penhor, v.g., uma conta bancária, a sua regulamentação far-se-á nos termos do regime civil do penhor de direitos.

7.1.2. OBJETO E OBRIGAÇÕES FINANCEIRAS

Nos termos dos artigos 4º e 5º do D.L. n.º 105/2004, o contrato de penhor financeiro tem por base a garantia de quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros.

Por numerário, a lei entende o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confirmam direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário.

Por sua vez, por instrumentos financeiros o legislador entende os valores mobiliários, instrumentos de mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos referidos.

7.1.3. DESAPOSSAMENTO

O D.L. n.º 105/2004 prevê expressamente o desapossamento do autor do penhor financeiro (artigo 6, n.º 1).

Com efeito, exige-se que o objeto da garantia seja entregue, transferido, registado, ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que atue em nome deste, incluindo a composses ou o controlo conjunto com o proprietário (artigo 6º, n.º 2).

7.1.4. PROVA

O contrato de penhor financeiro pressupõe que o próprio contrato e a garantia prestada sejam suscetíveis de prova por documento escrito (artigo 7º, n.º 1 do D.L. n.º 105/2004), sendo admissível o registo eletrónico ou outro suporte duradouro (n.º 2).

É suficiente para identificar o objeto da garantia financeira: nas garantias financeiras sobre numerário o registo na conta do prestador; nas garantias financeiras sobre valores mobiliários escriturais, o registo na conta do titular ou, nos termos da lei, na conta do beneficiário.

7.1.5. FORMALIDADES

A validade, a eficácia e a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem da realização de qualquer ato formal (artigo 8º, n.º 1 do D.L. n.º 105/2004).

Finalmente, e sem prejuízo do acordado pelas partes, a execução da garantia pelo banco não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente, a notificação prévia ao autor do penhor da intenção de proceder à execução (artigo 8º, n.º 2 do D.L. n.º 105/2004).

7.1.6. DIREITO DE DISPOSIÇÃO

O penhor financeiro caracteriza-se por o contrato de penhor conferir ao banco, na qualidade de beneficiário da garantia, o direito de disposição sobre o objeto dado em penhor⁷³ (artigo 9, n.º 1 do D.L. n.º 105/2004). Por outras palavras, o banco fica investido de poderes para alienar ou onerar o objeto dado em penhor, nos termos acordados no contrato de penhor, como se fosse seu proprietário⁷⁴ (artigo 9º, n.º 2 do D.L. n.º 105/2004).

Assim, verificamos que o regime do penhor financeiro vai mais além do que o regime do penhor civil na medida em que permite ao banco a alienação do objeto empenhado sem necessidade de autorização judicial (cf. artigo 674º do C.C.).

Note-se também que aquele direito de disposição resulta do contrato de penhor celebrado entre as partes e não da lei. Ou seja, as partes terão de convencionar expressamente sobre tal direito de disposição.

Uma vez que o banco fica investido nos poderes de disposição da coisa, vamos aplicar o regime supletivo previsto na lei civil quanto ao dever de administrar que recai sobre o banco enquanto credor pignoratício e beneficiário do penhor financeiro nos termos do artigo 671º, alínea a) do C.C., nomeadamente, tem o dever de guardar e administrar o objeto dado em penhor como um proprietário diligente, respondendo civilmente pela sua existência e conservação.

⁷³ O objeto do penhor financeiro tanto pode ser uma quantia em numerário, como um outro instrumentos financeiro ou ação.

⁷⁴ Relativamente aos valores mobiliários escriturais, a lei exige que o direito de disposição conferido pelo contrato de penhor esteja mencionado no respetivo registo em conta. Já quanto aos valores mobiliários titulados, torna-se necessária a menção na conta de depósito – cf. artigo 9, n.º 3 do D.L. n.º 105/2004.

Podemos ainda considerar que estamos perante um pacto anticrético no caso de a coisa dado em penhor seja frutífera, caso em que o banco adquire o direito de utilizar os frutos recebidos na amortização parcial da dívida sem ser necessário, para o mesmo efeito, a execução da garantia. No caso de a coisa não ser frutífera e na ausência de acordo entre as partes em sentido contrário, havendo lugar à restituição de frutos, estes não se consideram abrangidos pelo penhor (cf. artigo 672º, n.º 2 do C.C.).

Mais: o banco pode ainda onerar ou alienar a coisa empenhada ainda antes de se verificar uma situação incumprimento, o que evidencia a irregularidade do penhor financeiro face ao penhor civil e comercial e onde ressalta a indisponibilidade do objeto penhorado por parte do creditado e a preferência pela realização pecuniária, havendo execução.

No caso da abertura de crédito, é mais usual encontrarmos o penhor de títulos mobiliários e outras ações, ou seja, coisas frutíferas, pelo que não podemos deixar de considerar que estamos perante um pacto anticrético, ou seja, que o normal é os frutos civis se encontrem afetos à satisfação do crédito a que a garantia é acessória. A este respeito não podemos esquecer que o banco está obrigado a praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado e a cobrar os juros e demais prestações acessórias compreendidas na garantia (cf. artigo 683º do C.C. aplicável supletivamente).

7.1.7. TITULAR DO DIREITO DE DISPOSIÇÃO

O titular do direito de disposição sobre o objeto dado em garantia atua, nas palavras do legislador português, “*como se fosse seu proprietário*” (artigo 9º, n.º 2 do D.L. n.º D.L. n.º 105/2004).

Contudo, somos de sufragar a posição que entende que o legislador foi infeliz na redação escolhida porquanto o direito de propriedade se transfere através da celebração do contrato de penhor financeiro.

Em primeiro lugar, não é essa a intenção do regime previsto no D.L. n.º 105/2004, conforme resulta do artigo 2º, n.º 2 daquele diploma que dispõe “*a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia*”.

DIOGO MACEDO GRAÇA⁷⁵ entende que “o credor pignoratício age numa qualidade análoga à de um mandatário e não tanto de um proprietário pleno ou fiduciário”. Os poderes de alienar e onerar a coisa empenhada resultam de convenção expressa nesse sentido aposta no contrato de penhor, pelo que estaremos assim perante uma figura jurídica próxima do mandato sem representação⁷⁶ (cf. artigos 1180º e ss do C.C.).

Assim, temos que o penhor financeiro foi concebido em primeira linha, de acordo do interesse do creditado, na qualidade de devedor, em conseguir financiamento mas, também, tendo em conta o interesse do banco, enquanto beneficiário, na manutenção da garantia e a sua proteção, quer pela facilidade de execução, pela posição conferida relativamente a terceiros, quer ainda pela prevenção e controlo dos riscos associados à desvalorização do objeto empenhado.

7.1.8. EFEITOS DO DIREITO DE DISPOSIÇÃO

Nos termos do artigo 10º do D.L. n.º 105/2004, no caso de o banco, ora beneficiário, exercer o direito de disposição deve, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas: restituir ao creditado objeto equivalente ao objeto da garantia financeira original, em caso de cumprimento das obrigações financeiras por parte deste [alínea a)]; quando o contrato de penhor financeiro o preveja e em caso de cumprimento pelo prestador da garantia, entregar-lhe quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento de vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis [alínea b)]; ou, quando o contrato de penhor financeiro o preveja, livrar-se da sua obrigação de restituição por meio de compensação, sendo o crédito do prestador avaliado nos termos da alínea b) [alínea c)].

No caso da primeira hipótese, o banco deverá entregar objeto equivalente que substitui a garantia original. A lei esclarece o significado da expressão “objeto equivalente” no artigo 13º: no caso de numerário, equivale a um pagamento do mesmo montante e na mesma moeda [alínea a)]; no caso de instrumento financeiro, equivale a um instrumento financeiro do mesmo emitente

⁷⁵ *In Contratos de Garantia Financeira*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 51.

⁷⁶ Em termos de proteção de património, a qualificação do titular do direito de disposição enquanto mandatário sem representação é relevante pois permite a proteção do património face a terceiros nos termos do artigo 1181º, n.º 1 do C.C., na medida em que é obrigado a transferir para o mandante os bens adquiridos em execução do mandato. Contudo, as especificidades do contrato de penhor financeiro vão mais longe, daí que não se possa considerar que estamos perante um mandato sem representação sem mais, mas sim perante uma figura semelhante a esta.

ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação, ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original [alínea b)].

Finalmente quanto à expressão “*critérios comerciais razoáveis*” utilizada nas alíneas b) e c), temos que a mesma se reporta quer a proteção do autor do penhor, quer ao controlo *a posteriori* dos tribunais da verificação dos critérios que presidiram à determinação do valor de restituição.

7.1.9. VENCIMENTO ANTECIPADO E COMPENSAÇÃO

“As partes podem convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário da garantia e o cumprimento da mesma por compensação, caso ocorra um facto que desencadeie a execução” – artigo 12º, n.º 1 do D.L. n.º 105/2004.

É a chamada figura do *close-out netting*, isto é, estamos perante uma compensação bilateral no caso do vencimento antecipado que permite aos intervenientes nos mercados financeiros atuar e delimitar, em termos líquidos, os riscos do crédito. Por outras palavras, é uma forma de acelerar quer a restituição do bem empenhado, quer a extinção de ambos os créditos por compensação, devendo o remanescente ser entregue à contraparte, que tanto pode ser o autor do penhor como o seu beneficiário.

Aquele vencimento antecipado terá como causa o não cumprimento do contrato de penhor ou qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo (artigo 12º, n.º 2 do D.L. n.º 105/2004).

7.1.10. ADMISSIBILIDADE DO PACTO COMISSÓRIO

No âmbito do penhor financeiro é admitido o pacto comissório constituindo assim um desvio face ao regime civil que o proíbe frontalmente no artigo 694º do C.C. *ex vi* 678º do C.C..

Contudo, somos de sufragar a doutrina⁷⁷ que entende que não estamos perante um verdadeiro pacto comissório mas sim perante um pacto marciano⁷⁸.

Mas tal pacto “comissório” não é admissível sem mais: é necessário que as partes convençionem expressamente nesse sentido e que haja acordo entre as mesmas quanto à avaliação dos instrumentos financeiros.

Estando estes pressupostos preenchidos, permite-se que o banco, enquanto beneficiário da garantia, a execute e se aproprie do objeto dado em penhor, ficando assim obrigado a restituir ao autor do penhor o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante da quantia em dívida (artigo 11º, n.º 2 do D.L. n.º 105/2004), sob pena de se verificar o seu enriquecimento sem causa.

Finalmente, sem prejuízo do acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros, a lei prevê ainda a obrigação legal de realizar ou avaliar a garantia financeira, bem como de proceder ao cálculo das obrigações financeiras de acordo com critérios comerciais razoáveis (artigo 11º, n.º 3 do D.L. n.º 105/2004). Tal visa proteger a parte mais fraca da relação contratual, o creditado ou terceiro autor do penhor, perante abusos do banco.

7.2. PENHOR DE AÇÕES

7.2.1. INTRODUÇÃO

É frequente no âmbito do contrato de abertura de crédito a prestação de garantias pela própria sociedade⁷⁹, nomeadamente, através da constituição de penhor sobre participações

⁷⁷ Defende esta doutrina, entre outros, PESTANA DE VASCONCELOS e DIOGO MACEDO GRAÇA.

⁷⁸ Através do pacto marciano, o credor poderá fazer sua a coisa onerada ficando, contudo, obrigado a restituir ao autor da garantia a diferença entre o valor do objeto dado em garantia e o montante da dívida. Por sua vez, o pacto comissório não pressupõe qualquer restituição por parte do credor. Ora, atento a diferença das suas situações e o disposto no D.L. n.º 105/2004, somos a entender que o legislador não foi feliz na redação adotada e que não há um verdadeiro desvio ao regime civil quanto à proibição do pacto comissório na medida em que, no âmbito do penhor financeiro, o autor do penhor é restituído da diferença entre o valor do objeto dado em garantia e o montante da dívida. Do exposto resulta outra diferença face ao regime civil: é a desnecessidade de requerer a autorização judicial para fazer sua a coisa empenhada (cf. artigo 675º, n.º 2 do C.C.).

⁷⁹ Existem situações em que a sociedade está absolutamente proibida de prestar garantias. São elas as situações de prestação de garantia para: que um terceiro subscreva ou, por outro meio, adquira ações representativas do seu capital, salvo quando tais transações se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras ou em operações efetuadas com vista à aquisição de ações pelo ou para o pessoal da sociedade ou de um sociedade com ela coligada (artigo 322º, n.ºs 1 e 2 do C.S.C.); obrigações próprias contraídas pelos seus administradores (artigo 397º, n.º 1 do C.S.C.). Em ambos os casos, a prestação de garantias será nula nos termos do disposto no artigo 294º do C.C.. Neste sentido, FONSECA, TIAGO SOARES DA, *O Penhor de Ações*, Coimbra, Almedina, 2007, 2ª Edição, pág. 34-35.

sociais. Tal decorre quer do normal desenvolvimento da atividade da sociedade na prossecução da concessão de crédito, quer da relação pessoal ou institucional entre o creditado e a sociedade⁸⁰.

O Código das Sociedades Comerciais estabelece no artigo 23º, n.º 3 que “*o penhor de participações sociais só pode ser constituído na forma exigida e dentro das limitações estabelecidas para a transmissão entre vivos de tais participações*”.

Por sua vez, os artigos 81º e 103º do C.V.M. admitem expressamente a constituição de penhor sobre valores mobiliários.

Perante a redação destes artigos, coloca-se a questão de saber se estamos perante um penhor de coisas ou um penhor de direitos. No caso de ações tituladas, a doutrina maioritária tem-se inclinado para a posição que admite que estamos perante coisas, pelo que se aplicaria o regime do penhor de coisas. Já no caso de ações escriturais, uma vez que não existe um suporte físico das mesmas, a questão torna-se mais ambígua.

Nesta matéria, TIAGO SOARES DA FONSECA⁸¹ entende que deveremos atentar no “*princípio da igualdade, em termos de direitos, que vigora entre as ações, independentemente da sua forma de representação*”⁸². O mesmo autor acaba por defender que as ações escriturais, enquanto valores mobiliários que carecem de forma de representação, sendo o registo em conta suficiente para substituir a tradicional *traditio*, deverão ser enquadradas no âmbito do penhor de coisas.

De qualquer das formas, concordamos ainda com aquele autor porquanto a lei civil estabelecer que o regime do penhor de coisas se aplica subsidiariamente ao penhor de direitos por força do artigo 679º do C.C., pelo que, na prática, estamos perante uma discussão meramente teórica.

Das normas acima enunciadas decorrem ainda várias exigências que infra se passam a explicitar.

7.2.2. FORMA DO PENHOR

⁸⁰ Contudo, em caso algum se poderá afastar a regra contida no artigo 6º, n.º 3 do C.S.C. segundo a qual presume-se contrário ao fim da sociedade a prestação de garantias, pessoais ou reais, a dívidas de outras sociedades, salvo se: existir justificado interesse próprio da sociedade que presta a garantia; se tratar de sociedade em relação de domínio ou de domínio de grupo.

⁸¹ In *O Penhor de Ações*, cit., pág. 50.

⁸² In *O Penhor de Ações*, cit., pág. 50.

No caso de penhor de partes sociais, o penhor terá de adotar a forma escrita e necessita do consentimento expresso dos restantes sócios (artigo 182º, n.ºs 1 e 2 do C.S.C.).

Por sua vez, o penhor de quotas terá de ser celebrado por escrito particular, exigindo-se também o consentimento da sociedade (artigo 228º, n.ºs 1 e 2 do C.S.C.). A constituição do penhor tornar-se-á eficaz para com a sociedade a partir do momento em que lhe for comunicada por escrito ou por ela reconhecida expressa ou tacitamente (artigo 228º, n.º 2 do C.S.C.).

Em ambas as situações, o penhor está sujeito a registo [artigo 3º, alíneas e) e f) do C.R.Comercial e artigos 242º-A e 242º-B do C.S.C.].

Já o penhor de ações escriturais pressupõe o “*registo na conta do titular dos valores mobiliários, com indicação da quantidade de valores mobiliários dados em penhor, da obrigação garantida e da identificação do beneficiário*” que, no caso do contrato de abertura de crédito será o banco, ora credente (artigo 81º, n.º 1 do C.V.M.). O C.V.M. prevê ainda a hipótese de ser atribuído ao banco a possibilidade de exercer o direito de voto conferido pela ação dada em penhor: neste caso, o penhor será constituído por registo em conta do credor pignoratício, ora credente (artigo 81º, n.º 2 do C.V.M.)⁸³.

No caso das ações tituladas, o respetivo penhor seguirá os termos fixados para a sua transmissão da sua titularidade (artigo 103º do C.V.M.). Assim, o penhor de ações tituladas ao portador constitui-se mediante o acordo entre as partes e a entrega do título ao credente ou a depositário por ele indicado (artigo 101º, n.º 1 do C.V.M.). Já o penhor de ações tituladas nominativas pressupõe, para além do acordo das partes, a existência de uma declaração escrita no título de penhor a favor do creditado, seguida de registo junto do emitente ou do intermediário financeiro que o represente (artigo 102º, n.º 1 do C.V.M.).

Em qualquer dos casos supra, os direitos inerentes à ação, designadamente, o direito aos lucros, direito de voto, entre outros, competem ao autor do penhor. Tais direitos só serão exercidos pelo credente caso as partes convencionem expressamente nesse sentido (artigo 23º, n.º 4 do C.S.C. e artigo 81º, n.º 4 do C.V.M.).

7.2.3. CONSTITUIÇÃO DE PENHOR

⁸³ A entidade registadora onde está aberta a conta dos valores mobiliários empenhados não pode efetuar a transferência desses valores para conta aberta em outra entidade registadora, sem prévia comunicação ao credor pignoratício (artigo 81º, n.º 3 do C.V.M.).

Pode acontecer que os próprios estatutos proibam a constituição de penhor sobre as respetivas ações.

Tal acontece no caso das sociedades anónimas não cotadas em bolsa, cujo contrato de sociedade pode admitir limitações à livre transmissão de ações (artigo 328º, n.º 2 do C.S.C.).

Por sua vez, no caso das ações ao portador já não existe tais limitações por questões de impossibilidade prática de impedir o seu empenhamento.

Já quanto às ações nominativas apenas podem ser objeto de condicionamento e não de proibição total do empenhamento, sob pena de violação da regra da livre transmissibilidade de ações prevista no artigo 328º, n.º 1 do C.S.C..

A regra para a proibição ou condicionamento das ações prende-se com o juízo de interesse social que a mesma acarreta.

Finalmente e agora quanto à aceitação em garantia de ações próprias, o legislador português apenas impôs um limite: exige-se que as ações próprias dadas em penhor sejam consideradas para a determinação do limite de dez por cento do capital de ações próprias que uma sociedade anónima pode ser titular (artigo 325º, n.º 1 e 317º, n.º 2 do C.S.C.).

7.2.4. EXERCÍCIO DOS DIREITOS SOCIAIS

Coloca-se agora a questão sobre a legitimidade para exercício dos direitos sociais emergentes das ações dadas em penhor. Tais direitos estão previsto nos artigos 21º e 22º do C.S.C..

A lei comercial estabelece no artigo 23º, n.º 4 do C.S.C. que *“os direitos inerentes à participação, em especial o direito aos lucros, só podem ser exercidos pelo credor pignoratício quando assim for convencionado pelas partes”*.

No mesmo sentido, a legislação referente aos valores mobiliários estabelece que *“salvo convenção em contrário, os direitos inerentes aos valores mobiliários empenhados são exercidos pelo titular dos valores mobiliários empenhados”* – cf. artigo 81º, n.º 4 do C.V.M..

Do exposto resulta que o legislador português⁸⁴ instituiu a regra de que o exercício dos direitos sociais decorrentes de ações empenhadas pertence ao titular das ações, salvo

⁸⁴ Já o legislador espanhol não permite que o credor pignoratício exerça os direitos sociais emergentes das ações empenhadas. Tal exercício caberá sempre ao seu titular. Por sua vez, o legislador italiano prevê que o exercício da maioria dos direitos sociais seja exercido pelo titular das ações, salvo convenção em contrário. Contudo, impõe que o direito de voto seja exclusivamente exercido pelo credor pignoratício.

convenção em contrário. Enumeremos agora os principais direitos decorrentes das ações sociais.

7.2.4.1. DIREITO AO LUCRO

O direito ao lucro é o primeiro direito elencado no artigo 21º, n.º 1 do C.S.C. que prevê os direitos dos sócios. Regra geral, e na falta de disposição legal em contrário, o lucro de cada ação será proporcional ao valor nominal da respetiva ação.

A questão que agora se coloca é quem tem direito a receber esse lucro: o credor pignoratício ora banco, ou o titular da ação?

Do exposto no artigo 23º, n.º 4 do C.S.C. resulta que tal direito pertencerá ao titular das ações. Contudo, tal interpretação colide com o disposto no artigo 672º do C.C. porquanto este artigo estabelece que os frutos da coisa empenhada serão abatidos no capital que for devido. Tendo em conta a *ratio* do penhor de ações, predominantemente mercantil, aquele entendimento terá de ser necessariamente afastado porquanto o credor pignoratício, ora creditante, veria afastada uma característica do penhor que motivou a opção de exigência da constituição de um penhor como garantia.

Neste sentido, TIAGO SOARES DA FONSECA entende que o artigo 23º, n.º 4 do C.S.C. apenas estabelece uma regra de legitimidade e não de titularidade. Assim, somos de sufragar a posição que entende que o direito aos lucros das ações empenhadas pertencerá ao credor pignoratício, caso não exista convenção em contrário, permitindo-se assim uma interpretação conjunta daquele artigo com o disposto no artigo 672º do C.C.. Tal justifica-se também em termos, digamos, administrativos, porquanto a empresa distribuidora dos lucros teria de fazer cálculos que muitas vezes desconheceria, para averiguar os valores a distribuir diretamente na hipótese de entrega direta ao credor pignoratício.

7.2.4.2. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES

O direito a participar nas deliberações dos sócios (artigo 21º, n.º 1, alínea b) do C.S.C) pertencerá ao titular das ações, salvo convenção em contrário – artigo 23º, n.º 4 do C.S.C.. Aqui não se levantam grandes questões.

Tal direito pressupõe, em sentido amplo, o direito de assistência, de discussão e de voto.

Em termos concretos, terá que se atender ao tipo de sociedade em questão. No caso das sociedades anónimas, a ação pode implicar ou não o direito de voto, pelo que tal deverá ser averiguado casuisticamente.

O penhor de ações é apenas uma forma de garantia e nada mais do que isso, pelo que não será muito produtivo atribuir o direito de voto ao credor pignoratício pois podem ocorrer situações de conflitos de interesse entre este e os restantes sócios.

No caso de se atribuir o direito de voto ao credor pignoratício terá que se ter em conta que o mesmo só poderá exercê-lo enquanto o devedor, ora creditado, não incorrer em mora no pagamento crédito concedido (artigo 384º, n.º 4 do C.S.C.). Por outro lado, o credor pignoratício, ora creditante, terá de respeitar o princípio da unidade das ações que lhe foram dadas em penhor. Finalmente não podemos esquecer que o credor pignoratício está sujeito ao dever de atuar como um proprietário diligente por força do disposto no artigo 671º, alínea a) do C.C..

7.2.4.3. DIREITO DE INFORMAÇÃO

O direito de informação é outro direito decorrente da ação e está previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 21º do C.S.C.. Mais uma vez, tal direito será exercido pelo titular da ação empenhada, salvo convenção em contrário – artigos 23º, n.º 4 e 293º do C.S.C..

Este direito compreende a legitimidade para saber informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do respetivo contrato de sociedade, sendo que abrange sempre o direito a uma informação mínima (artigo 288º do C.S.C.), o direito a informações preparatórias da assembleia geral (artigo 289º, n.º 1 do C.S.C.), o direito de informação em assembleia geral (artigo 290º, n.º 1 do C.S.C.) e o direito coletivo à informação (artigo 291º do C.S.C.).

7.2.4.4. DIREITO DE EXONERAÇÃO

O direito de exoneração confere-se ao seu titular o direito de extinguir a relação societária e que se verifica no caso de ocorrência de determinada situação legal ou estatutariamente prevista, na emissão de uma declaração receptícia de exoneração e se efetiva através do reembolso do valor da participação social detida⁸⁵.

⁸⁵ Vide FONSECA, TIAGO SOARES DA, *O Penhor de Acções*, cit., pág. 96.

Põe-se a questão de saber se tal direito pode ser exercido pelo credor pignoratício, ora creditante, ou se, pelo contrário, apenas pode ser exercido pelo titular da ação.

Quer no direito espanhol, quer no direito italiano, as doutrinas maioritárias têm respondido negativamente argumentando, em síntese, que tal direito excede manifestamente a função de garantia do penhor e por considerarem que tal direito consubstancia-se num verdadeiro ato de disposição⁸⁶.

Também na doutrina portuguesa encontramos defensores desta posição, nomeadamente, TIAGO SOARES DA FONSECA, porquanto defende que o direito de exoneração, apesar de ter um conteúdo patrimonial, consubstancia um ato de disposição da ação. Atenta as características do penhor no nosso ordenamento e que foram já analisadas, não se poderá aceitar que tal direito possa ser exercido pelo credor pignoratício. A título de exemplo, caso se admitisse que o credor pignoratício pudesse exercer tal direito e se este o exercesse efetivamente, ficaria impedido de restituir a ação dada em penhor no termos do disposto no artigo 671º, alínea c) do C.C..

Assim, considerando que tal direito apenas poderá ser exercido pelo credor pignoratício, no caso do seu exercício o credor pignoratício sempre conservará os seus direitos relativos à coisa empenhada através da sub-rogação real, sobre o produto do reembolso (artigo 692º, n.º 3, *in fine*, *ex vi* artigo 678º do C.C.).

7.2.4.5. CONCLUSÃO: ESGOTAMENTO DA GARANTIA?

Como vimos, a lei comercial estabeleceu a regra da atribuição dos diversos direitos sociais ao titular da ação e, apenas permite o seu exercício pelo credor pignoratício, ora creditante, caso existe convenção expressa nesse sentido.

Ora, atento o quadro legal traçado, colocar-se-ia a questão de saber se estamos perante um esgotamento da garantia conferida pelo penhor, uma vez que a conservação da ação e do seu respetivo valor depende das boas diligências do seu titular, sendo que o credor apenas pode atuar quando legitimado para tal.

Face a uma eventual “desproteção” do credor pignoratício, o nosso ordenamento jurídico prevê mecanismos alternativos para o credor assegurar os seus interesses, designadamente, através do princípio da boa-fé contratual (artigo 762º do C.C.), da perda da

⁸⁶ Vide FONSECA, TIAGO SOARES DA, *O Penhor de Acções*, cit., pág. 97.

disponibilidade das ações com a sua entrega ou com o registo do penhor⁸⁷, do direito ao reforço ou substituição da garantia⁸⁸ e do direito à venda judicial antecipada da garantia⁸⁹.

⁸⁷ Como vimos, o penhor exige a *traditio* da coisa, ou seja, o desapossamento constitui um obstáculo à transmissão das coisas empenhadas porquanto tal implica a sua tradição. Cf. artigos 204º, n.º 2, alínea a) do C.V.M. e 72º, n.º 1, alínea a) do C.V.M..

⁸⁸ Cf. artigos 670º, alínea c) e 701º do C.C..

⁸⁹ Cf. artigo 1013º do C.P.C..

CAPÍTULO III - GARANTIAS PESSOAIS

SUBCAPÍTULO I - FIANÇA

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. FORMA DA FIANÇA; 3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA FIANÇA; 3.1. ACESSORIEDADE; 3.2. SUBSIDIARIEDADE; 4. RELAÇÕES ENTRE O BANCO E O FIADOR; 5. RELAÇÕES ENTRE O CREDITADO E FIADOR; 6. RELAÇÕES ENTRE CREDITADO E BANCO; 7. PLURALIDADE DE FIADORES; 8. EXTINÇÃO DA FIANÇA; 9. A FIANÇA ASSOCIADA AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO: PARTICULARIDADES

1. INTRODUÇÃO

A fiança é uma garantia pessoal típica cuja regulação encontra-se nos artigos 627º a 655º do C.C..

Através dela, um terceiro estranho a uma obrigação assume pessoalmente o seu cumprimento perante um banco, dando o seu património como garantia pelo cumprimento da obrigação assumida inicialmente pelo creditado. Ora, daqui resulta que o valor da fiança aferir-se-á pelo valor do património do fiador⁹⁰.

O fiador assume pessoalmente a garantia de uma obrigação, isto é, assume com o seu património pessoal⁹¹. Assim, ao contrário das outras garantias especiais, não estamos perante a oneração de um determinado bem em favor do credente, mas sim da afetação de todo o património do fiador à satisfação da obrigação do creditado para com o credor, assumindo este a posição de credor comum daquele património. Pelo que, quanto maior for o património do fiador, maior será a força da garantia que a fiança constitui.

A fiança resulta de um contrato celebrado entre o banco e o fiador ou num contrato celebrado entre o creditado e o fiador a favor terceiro (banco) ou, ainda, pode ser contrato plurilateral celebrado entre o creditado, banco e fiador.

⁹⁰ A fiança abrange todo o património do fiador salvo estipulação em contrário (artigo 602.º C.C.).

⁹¹ Tem vindo a ser discutido na doutrina se o fiador assume uma obrigação própria ou não. GOMES DA SILVA entende não de pode considerar o fiador como um verdadeiro devedor, apesar de este assumir obrigações de terceiros. Já ANTUNES VARELA, MENEZES CORDEIRO, MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO GOMES consideram que o fiador é um verdadeiro devedor, ainda que acessório, pelo que assume uma verdadeira obrigação. No nosso entender, e tendo em conta que o fiador assume uma obrigação, ainda que de terceiro, o fiador será um verdadeiro devedor porque se encontra obrigado ao cumprimento de uma obrigação e porque, caso não o faça, poderão resultar consequências negativas para o seu património.

Mas esta característica não afasta o facto de a fiança ter uma relação trilateral: fiador, creditado e banco. Daqui decorre que o fiador e creditado não se confundem pelo que serão sempre pessoas distintas, caso contrário a fiança prestada a favor de si próprio não teria qualquer valor uma vez que não viria acrescentar nenhuma garantia especial à garantia geral que o património do creditado confere ao banco. Por sua vez, o banco, enquanto credor da obrigação principal, confunde-se necessariamente com o credor do fiador, caso contrário a fiança deixaria de ter uma função de garantia⁹².

A fiança pode ser prestada para garantir obrigações futuras ou condicionais (artigo 628.º, n.º 2 do C.C.), pelo que é também uma garantia utilizada pelos bancos na celebração do contrato de abertura de crédito, no qual, como vimos, apenas se apura o crédito na altura da sua extinção (o valor a apurar depende das quantias utilizadas pelo creditado e do período de utilização). Pelo que, também no caso da fiança, o creditante goza da garantia conferida pelo património do fiador desde a data de celebração do contrato de abertura de crédito.

2. FORMA DA FIANÇA

“A vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal” (artigo 628.º, n.º 1 C.C.).

Daqui resulta que a declaração do fiador deverá assumir a forma que reveste a obrigação assumida pelo creditado; já quanto às declarações do creditado e banco a lei não estabelece qualquer requisito pelo que elas estarão naturalmente sujeitas ao regime da consensualidade (artigo 219.º C.C.) e podem, inclusive, ser tacitamente declaradas (artigo 217.º C.C.).

Assim, a fiança não terá de ser necessariamente prestada por escrito, podendo revestir a forma verbal, por exemplo. Aqui, a prova da existência caberá ao credor, não podendo o fiador eximir-se alegando a falta de forma escrita. No caso do contrato de abertura de crédito, a fiança terá que constar de documento de escrito, sob pena de o banco não lograr em provar a sua existência.

3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA FIANÇA

⁹² Cf. LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Garantia das Obrigações*, cit., página 108.

As principais características da fiança são a acessoriedade e subsidiariedade. Analisaremos cada uma delas em separado a seguir.

3.1. ACESSORIEDADE

A acessoriedade é a característica mais evidente da fiança. Desde logo, resulta da lei civil que a obrigação do fiador é acessória da obrigação do creditante (artigo 627º, n.º 2 do C.C.). Pelo que, a acessoriedade da fiança traduz-se no facto de a obrigação do fiador depender da obrigação do creditante, desde a sua constituição até à sua extinção (artigo 651º do C.C.).

Desde logo, a fiança não pode exceder a dívida do creditado nem ser contraída em condições mais onerosas mas, contudo, pode ser contraída por quantidade menor ou em condições de menor onerosidade (artigo 631º, n.º 1 do C.C.). Por outras palavras, a fiança tem a mesma medida da obrigação do creditado ou, se resultar de convenção nesse sentido, pode apenas assegurar parte daquela obrigação. Caso exceda os termos da obrigação do creditado, a lei não comina tal excesso com a nulidade mas com a redução até aos mesmo termos daquela obrigação, mantendo-se assim a validade da fiança (artigo 631º, n.º 2 do C.C.).

Em seguida, a validade da fiança depende da validade da obrigação do creditado, assim como a existência da fiança depende da existência daquela obrigação (artigo 632º, n.º 1 do C.C.). Contudo, a fiança só é anulada depois de se declarar a anulabilidade da obrigação do creditado, mantendo-se válida durante esse período⁹³. No caso de a obrigação principal foi anulada por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do creditado, a fiança só será anulada se o fiador desconhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada (artigo 632º, n.º 2 do C.C.).

O fiador pode opor ao banco todos os meios de defesa que lhe são próprios e, ainda, os que caibam ao creditado desde que compatíveis com a sua obrigação (artigo 637º, n.º 1 do C.C.).

No caso do contrato de abertura de crédito, temos um pequeno desvio quanto à acessoriedade da fiança nas situações de *revolving*. Ou seja, situações durante a vigência do contrato de abertura de crédito em que o creditado utiliza determinado montante mas devolve-o, acrescido dos demais encargos, antes do final do contrato, ou em que o creditado utiliza o seu

⁹³ Contudo, enquanto não se decidir a validade da obrigação principal, o fiador poderá recusar o cumprimento da obrigação, nos termos do disposto no artigo 642º, n.º 2 do C.C.. Cf. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, cit., p.494, nota 1.

crédito de forma fracionada. Em ambas as situações, a posição devedora do banco não se altera devendo este manter a disponibilidade referida mas, por sua vez, a posição do creditado altera-se pois a partir do momento em que devolve tudo e cumpre na totalidade a sua obrigação deixa de ser devedor ao banco.

Apesar de não existir no momento nenhuma obrigação do creditado, este continua a usufruir da possibilidade de dispor das linhas de créditos contratadas com o banco, pelo que é lícito ao banco exigir a manutenção da fiança durante os períodos do *revolving*.

Nestes casos, a fiança terá de manter-se necessariamente na mesma medida em que o contrato de abertura de crédito se mantém.

Como vimos supra, a regra é que a existência da fiança depende da existência daquela obrigação (artigo 632º, n.º 1 do C.C.). Contudo, no âmbito do contrato de abertura de crédito impõe-se um desvio àquela regra pelas diversas razões já aduzidas e que valem também para o caso da fiança.

Nomeadamente, pelo facto de o contrato de abertura de crédito ter sido celebrado pelo banco com o creditado porque este prestou uma garantia, caso contrário não teria sido celebrado. Temos aqui um interesse juridicamente relevante do banco a que se deve atender, desde logo, em respeito pelo princípio da boa-fé contratual (artigo 762º, n.º 2 do C.C.).

Em seguida, não se poderá fazer uma interpretação literal daquela disposição legal já que resulta da própria dinâmica do contrato de abertura de crédito surgir alturas da relação contratual em que o creditado assume a posição de credor do banco creditante. Note-se que a dívida resultante do contrato de abertura de crédito é uma obrigação futura pelo que, na prática, a questão nem se deve colocar pois só no final do contrato é que temos o “crédito” propriamente dito, pois este surge como o saldo final no termo do contrato de abertura de crédito⁹⁴.

Quanto à hipótese de o contrato de abertura de crédito ser renovado ou prorrogado, tal renovação/prorrogação estende-se à fiança prestada por terceiro?

Aqui estamos perante situações em que decorre o prazo de duração da fiança, nomeadamente, decorre o prazo pelo qual foi celebrado o contrato de abertura de crédito.

Vimos que existem duas posições doutrinárias distintas. Uma defende que as garantias originalmente contratadas caucionam apenas os créditos resultantes do contrato originário e não os que resultam das renovações sucessivas. Por sua vez, outra parte da doutrina entende que,

⁹⁴ Neste sentido, CARVALHO, RICARDO BENOLIEL DE “*Notas sobre a abertura de crédito bancário*”, cit., pág. 51.

uma vez que estamos perante o mesmo contrato que foi apenas prorrogado temporalmente, as garantias associadas deverão manter-se na mesma medida.

Na doutrina italiana, FERRI segue esta segunda posição defendendo que temos distinguir consoante estamos perante uma garantia celebrada pelo próprio creditado ou por terceiro.

Ora, no caso da fiança, como esta é necessariamente prestada por terceiro FERRI entende que a extensão do contrato de abertura de crédito não pode abranger na mesma medida a extensão da garantia pelo que o crédito decorrente do período de prorrogação não fica garantido por aquela fiança. Desta forma, seria alterar a redação da garantia como era previsto inicialmente e, evidentemente, essa mudança não pode ser implementada sem a manifestação da vontade do terceiro em assegurar os “novos créditos” (neste sentido rege o artigo 1598 do Código Civil italiano).

Ora, analisadas estas posições doutrinárias, entendemos que a duração da fiança prestada por terceiro se mantém na mesma medida do contrato de abertura de crédito, isto é, o seu termo é adiado para o termo da renovação/prorrogação do contrato de abertura de crédito desde que o banco assim o preveja ao tempo da celebração do contrato de abertura de crédito e/ou que notifique devidamente o fiador para o efeito e, em qualquer dos casos, o fiador o admita expressamente⁹⁵.

Note-se que o fiador comprometeu-se a prestar a garantia para aquele contrato nos exatos termos nele exarados, nomeadamente, a garantia foi celebrada por um período determinado e com um termo certo, nunca se tendo deixado abertura para a ocorrência de um evento futuro que permita a prorrogação daquele prazo e, conseqüentemente, daquela garantia. Assim, não se poderá aceitar que a extensão do contrato de abertura de crédito determine, sem mais, a extensão da duração da fiança.

Caso diferente será a hipótese de o terceiro, ora fiador, admitir e conceber a hipótese de prorrogação da garantia pelo período de prorrogação do contrato de abertura de crédito aquando a celebração do contrato de abertura de crédito. Aqui nem se coloca o problema uma vez que é o próprio fiador que aceita tal extensão.

Assim, podemos concluir que a fiança associada ao contrato de abertura de crédito dura enquanto este subsistir e perdurar, deste o momento da celebração do contrato até ao seu

⁹⁵ Só assim se garantirá o respeito pelo princípio da eficácia relativa dos contratos previsto no artigo 406º do C.C., segundo o qual os contratos têm eficácia meramente relativa, ou seja, os seus efeitos são restritos às partes e a sua oponibilidade face a terceiros depende da existência de uma norma legal que lha atribua.

termo, independente das posições que as partes vão ocupando com o normal desenvolvimento do contrato e só se manterá em caso de prorrogação caso o fiador o aceite.

3.2. SOLIDARIEDADE

Nos termos da lei civil, verificamos que a fiança se caracteriza pela subsidiariedade que se revela na possibilidade de o fiador invocar o benefício de excussão⁹⁶, isto é, o fiador tem a possibilidade de impedir que o banco execute o seu património antes de executar o património do creditado⁹⁷ (artigo 638º do C.C.).

Contudo, no âmbito do contrato de abertura de crédito, veremos que esta característica não se verifica pelo facto de estarmos perante uma obrigação comercial nos termos dos artigos 101º e 362º do C.Com..

Assim, no caso da fiança prestada no âmbito do contrato de abertura de crédito, a obrigação do fiador não é subsidiária nos termos da legislação civil mas sim solidária, conforme o disposto nos artigos 101º e 362º do C.Com..

Isto é, o fiador é solidário⁹⁸ com o creditado quanto ao pagamento do crédito concedido pelo banco, pelo que se responsabiliza como principal pagador e responde nos mesmo termos que aquele. Mais: o mais comum é o banco inserir uma cláusula mediante a qual o fiador prescinde do benefício da excussão, apesar de tal cláusula ser prescindível atento a solidariedade imposta pela lei comercial.

A título de enquadramento legislativo, o regime civil estatui que o fiador tem o direito de exigir a excussão das coisas sobre as quais recaia uma garantia real constituída por terceiro para assegurar o cumprimento da mesma dívida, desde que contemporânea ou anterior à fiança (artigo 639º, n.º 1 do C.C.). Tal justifica-se que, se já existiam tais garantias e se estas eram do conhecimento do fiador, ele aceitou prestar a fiança pois estaria a contar com elas, pelo que era sua intenção responsabilizar-se pelo montante não assegurado por aquelas. Mais: sendo aquelas garantias executadas em primeiro lugar, o executado não fica sub-rogado nos direitos do banco face ao fiador (artigo 639º, n.º 3 do C.C.).

⁹⁶ No caso do contrato de abertura de crédito, como estamos perante um contrato comercial (artigo 362º do C.Com.) tal característica é decisiva ao contrário dos contratos regulados pela lei civil onde tal característica é meramente eventual.

⁹⁷ Mas tal não impede que o fiador seja demandado judicialmente só ou juntamente com o creditado.

⁹⁸ Trata-se de uma solidariedade imprópria entre fiador e creditado que se caracteriza por não se admitir que o fiador invoque o benefício da excussão. Neste sentido, LEITÃO, MENEZES, *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 113.

Do exposto resulta que esta subsidiariedade é facultativa, pois o fiador pode obrigar-se em primeiro lugar se assim o entender e, ainda, é não essencial pois o fiador pode recusar a esta característica nos termos do disposto no artigo 640º, alínea a) do C.C., isto é, no caso de o devedor não puder ser demandado em território nacional.

4. RELAÇÕES ENTRE BANCO E FIADOR

O banco vai aceitar a fiança prestada por terceiro se esta for forte o suficiente para garantir a cumprimento da obrigação do creditado. Mas como é que o fiador se relaciona com o banco?

Desde logo, como já vimos, o fiador no contrato de abertura de crédito não goza do benefício da excussão, conforme resulta do acima exposto (artigos 638º e 639º do C.C. *a contrario ex vi* artigo 101º do C.Com.).

Em seguida, vimos também que o fiador tem a possibilidade de opor ao banco todos os meios de defesa que cabem ao creditado, desde que compatíveis com a sua obrigação, bem como os meios de defesa que lhe são próprios (artigo 637º, n.º 1 do C.C.). Acresce que se o creditado renunciar a qualquer meio de defesa tal não obsta a que o fiador continue a usufruir do meio de defesa renunciado (artigo 637º, n.º 2 do C.C.).

Outra característica da relação entre o fiador e o banco é o facto de o caso julgado entre o creditado e creditante não ser oponível ao fiador, apesar de este o poder invocar em seu benefício, salvo se respeitar a circunstâncias pessoais do creditado que não excluam a responsabilidade do fiador (artigo 635º, n.º 1 do C.C.). Tal justifica-se pelo facto de o fiador não ter tido oportunidade de se defender, já que não interveio na lide. Contudo, se o creditado suscitou um meio de defesa pessoal que não podia ter sido arguido pelo fiador aqui já deixam de existir razões para que aquele caso julgado não possa ser oponível ao fiador.

Quanto à prescrição, a lei estabelece a independência das obrigações do fiador e do creditado. Assim, a interrupção da prescrição relativamente ao creditado não produz efeitos contra o fiador e vice-versa (artigo 636º, n.º 1 do C.C.). Para que tal interrupção seja oponível ao fiador basta que o banco dê conhecimento dela a este, considerando-se a prescrição interrompida na data da comunicação. Já no que diz respeito à suspensão e à renúncia da prescrição relativamente ao creditado não produz efeitos contra o fiador e vice-versa (artigo 636º, n.ºs 2 e 3 do C.C.).

Como já vimos, no contrato de abertura de crédito o fiador é solidário com o creditado e não goza do benefício da excussão pelo que nada impede que o banco intente a ação contra o fiador ou contra o creditado ou contra os dois, por forma a obter o cumprimento da obrigação do creditado⁹⁹.

Finalmente é ainda possível ao fiador recusar o cumprimento da obrigação enquanto o direito do banco puder ser satisfeito por compensação com um crédito do creditado ou este tiver a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do banco (artigo 642º, n.º 1 do C.C.). Podemos colocar aqui a questão de saber se o fiador poderá exigir que o creditado faça operar a compensação da obrigação através de, por exemplo, uma conta de depósito no banco que celebrou o contrato de abertura de crédito. Note-se que, neste caso, o creditado tem um “crédito” sobre o banco que consiste no montante depositado no banco a seu favor. Ora, somos de aceitar que o poderá fazer, exigindo-o judicialmente com força no disposto no artigo 642º, n.º 1 do C.C..

Para além desta faculdade o fiador pode ainda recusar o cumprimento enquanto o creditado puder impugnar o contrato de abertura de crédito (artigo 642º, n.º 2 do C.C.). Tal possibilidade justifica-se no caso de o direito de impugnação se basear numa exceção pessoal do creditado, caso contrário aplicar-se-á o disposto no artigo 637º que permite ao fiador usufruir dos meios de defesa que competem ao creditado, bem pelo facto de não ser legítimo estar a exigir o cumprimento do fiador quando existe a possibilidade de o creditado vir a impugnar o contrato de abertura de crédito que deu origem à obrigação principal.

5. RELAÇÕES ENTRE CREDITADO E FIADOR

No caso de o fiador cumprir a obrigação no lugar do creditado fica sub-rogado nos direitos do banco, na medida em que estes foram por ele satisfeitos (artigo 644º do C.C.). Estamos perante um sub-rogação legal (artigo 592º, n.º 1 do C.C.) mediante a qual o fiador vai ocupar a posição do banco, transmitindo-se assim o crédito para o fiador, pelo que o fiador poderá a vir demandar o creditado para cumprir a obrigação.

⁹⁹ Vimos também na Parte I que o contrato de abertura de crédito configura título executivo, pelo que o banco não necessita de intentar uma ação declarativa para obter título executivo contra o fiador ou contra o creditado. Contudo, uma vez que intentada a ação contra um dos devedores, creditado ou fiador, o banco fica impedido de agir judicialmente contra o outro pelo que ao primeiro tenha exigido salvo se houver razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação – cf. art.º 519º, n.º 1 do C.C..

Face a esta sub-rogação, o creditado que seja avisado ou que consinta no cumprimento da obrigação principal pelo fiador não poderá, mais tarde, vier a opor os meios de defesa que teria podido opor ao banco e que, injustificadamente, não deu conhecimento ao fiador (artigo 647º do C.C.). Tal solução justifica-se por razões de boa-fé do creditado para com o fiador, por forma a evitar que o fiador seja surpreendido com a invocação pelo creditado de exceções com que não contava quando assumiu o cumprimento da obrigação. Por outras palavras, a lei tenta prevenir que o comportamento do creditado afete o do fiador e vice-versa.

Desde logo, o fiador que cumprir a obrigação do creditado deve avisar o creditado deste facto sob pena de perder o direito contra este se, por erro, efetuar a prestação devida ao banco (artigo 645º, n.º 1 do C.C.). Neste caso, e apesar de já não poder vir a reclamar a obrigação do creditado, o fiador poderá sempre exigir do banco a prestação feita, como se fosse indevida (artigo 645º, n.º 2 do C.C.).

Por sua vez, o creditado que cumpra a obrigação e, culposamente, não avise o fiador, terá que o indemnizar pelo prejuízo causado uma vez que este estará a cumprir uma obrigação não existente por desconhecimento legítimo (artigo 646º do C.C.).

A lei prevê que o fiador possa exigir ao creditado a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra este¹⁰⁰, nos seguintes casos: se o banco obtiver contra o fiador sentença exequível [artigo 648º, alínea a) do C.C.]; se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente [artigo 648º, alínea b) do C.C.]; se, após a assunção da fiança, o creditado se houver colocado na situação prevista na alínea b) do artigo 640º [artigo 648º, alínea c) do C.C.]; se o creditado se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto [artigo 648º, alínea d) do C.C.]; se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes [artigo 648º, alínea e) do C.C.].

A liberação do fiador ocorrerá, naturalmente, com a extinção da obrigação principal do creditado para com o banco e, a prestação de caução poderá adotar qualquer uma das formas referidas no artigo 623º do C.C..

6. RELAÇÕES ENTRE CREDITADO E BANCO

¹⁰⁰ Este direito à liberação não existe no caso de a fiança ter sido constituída apenas com a anuência do fiador e do banco. Cf. COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, 12ª Edição, pág. 901.

Como vimos, o habitual é o banco exigir ao creditado a prestação de uma garantia. Caso o creditado opte pela fiança, a lei estabelece que o banco, enquanto credor, não é obrigado a aceitar quem não tiver capacidade para se obrigar ou não tiver bens suficientes para assumir o cumprimento da obrigação do creditado (artigo 633º, n.º 1 do C.C.). Tal norma tem a sua razão de ser no facto de ao banco não interessar quem não tenha meios suficientes para assegurar o cumprimento da obrigação o que, naturalmente frustraria a fiança enquanto garantia especial do cumprimento da obrigação do creditado.

Assim, se o fiador do creditado mudar de fortuna de modo a que haja risco de insolvência, o banco tem a faculdade de exigir o reforço da fiança (artigo 633º, n.º 2 do C.C.). Mais uma vez, e paralelamente ao que já vimos nos casos da hipoteca e do penhor, este reforço faz-se nos termos do processo especial de reforço das garantias especiais das obrigações regulado nos artigos 991º e ss. do C.P.C., no qual o creditado é citado para oferecer novo fiador ou outra garantia apropriada.

Por fim, se a diminuição da fiança for por causa imputável ao creditado, terá de ser aplicar o regime geral disposto no artigo 780º do C.C., segundo o qual o banco poderá optar por exigir a substituição ou reforço da garantia e o cumprimento imediato da obrigação.

7. PLURALIDADE DE FIADORES

O creditado pode também apresentar mais do que um fiador para garantir o cumprimento da sua obrigação¹⁰¹. Relativamente ao banco, a responsabilidade de cada fiador irá depender dos termos em que estes assumiram a obrigação. Vejamos.

Se cada um dos fiadores, isoladamente, tiver assumido a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação do creditado, cada um deles irá responder pela satisfação integral da obrigação exceto se houver convenção no sentido da divisão de responsabilidades, caso em que se aplicarão as regras das obrigações solidárias (artigo 649º, n.º 1 do C.C.).

No caso de os fiadores terem assumido a obrigação conjuntamente, ainda que não contemporaneamente, só responderão pela sua quota desde que invoquem o benefício da divisão. Para que se possa afirmar que se obrigaram conjuntamente terá que, necessariamente existir uma relação negocial entre os vários fiadores.

¹⁰¹ V. GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, “*Pluralidade de Fiadores e Liquidação das situações fidejussórias*”, in *Estudos de Direitos das Garantias* (vol. II), Coimbra, Almedina, 2010, pág. 31 e ss.

Caso um dos fiadores se encontre insolvente ou não possa ser demandado nos termos do artigo 640º, alínea b) do C.C., os restantes respondem proporcionalmente pela quota daquele (artigo 649º, n.ºs 2 e 3 do C.C.).

No caso de cada um dos fiadores responder pela totalidade da obrigação, o confiador que cumpra além de ficar sub-rogado nos direitos do banco, usufrui ainda de direito de regresso sobre os restantes confiadores (artigo 650º, n.º 1 do C.C.). Tais direitos não podem, logicamente, serem exercidos conjuntamente, isto é, se o fiador se sub-rogar na posição do banco face ao creditado já não poderá vir exigir dos restantes confiadores que respondam pela sua quota.

Este direito de sub-rogação funciona também no caso de o fiador que só respondeu pela sua quota contra o creditado, ou seja, poderá vir a exigir deste apenas a parte que lhe cabe.

Caso o fiador seja demandado judicialmente e cumprir a obrigação em medida igual ou superior à sua quota apesar de poder invocar o benefício da divisão, tem o direito de reclamar dos outros fiadores as quotas deles, no que haja pago a mais, ainda que o creditado não esteja insolvente (artigo 650º, n.º 2 do C.C.).

Já no caso de um dos fiadores cumprir extrajudicialmente a obrigação para além da sua parte, apenas poderá exercer o direito de regresso sobre os restantes fiadores depois de executados todos os bens do creditado no âmbito do exercício do direito de sub-rogação dos direitos do banco (artigo 650º, n.º 3 do C.C.).

8. EXTINÇÃO DA FIANÇA

A regra é que a extinção da obrigação principal importa a extinção da fiança (artigo 651º do C.C.).

Contudo, a lei civil distingue dois casos de extinção da fiança conforme o comportamento do credor. Assim, se a obrigação principal for a prazo, o fiador que gozar do benefício da excussão pode exigir, uma vez vencida a obrigação do devedor, que o credor atue em conformidade contra o devedor, sob pena de a fiança caducar. Tem, para tal, o prazo de dois meses para o fazer, sem prejuízo de este prazo não terminar sem que tenha decorrido um mês sobre a notificação do credor (artigo 652º, n.º 1 do C.C.).

No caso de a obrigação ser pura, o fiador pode exigir ao credor, quando goze do benefício da excussão, que interpele o devedor, desde que tenha decorrido mais de um ano sob a assunção da fiança, sob pena de esta caducar (artigo 652º, n.º 2 do C.C.).

Ora, tais regras não se aplicam no âmbito da abertura de crédito, uma vez que a obrigação principal é futura e não a prazo.

Depois, caso os fiadores não possam ficar sub-rogados nos direitos do credor, quer por facto positivo quer por facto negativo do credor, ficam desobrigados a cumprir a obrigação (artigo 653º do C.C.). Assim, se apenas ficaram sub-rogados em parte daqueles direitos, a fiança não será considerada extinta mas reduzida na mesma medida¹⁰².

A fiança pode ainda extinguir-se caso se verifique outra causa geral de extinção das obrigações, independentemente da subsistência da obrigação principal. Um exemplo é a caducidade da fiança por decurso do prazo durante o qual foi convencionada.

No caso de a obrigação ser futura¹⁰³, como é a do creditado em resultado da celebração do contrato de abertura de crédito, o fiador tem a possibilidade de se liberar da garantia apenas em caso de agravamento da situação patrimonial do creditado em termos de por em riscos os seus eventuais direitos contra este, ou se tiverem decorridos cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte da convenção (artigo 654º *in fine* do C.C.). Na primeira hipótese, o fiador terá de fazer prova do agravamento da situação patrimonial. Na segunda hipótese, deverá dirigir uma declaração negocial ao creditado nesse sentido.

Note-se que, sendo a obrigação do fiador acessória da obrigação do creditado, verifica-se que a eficácia da fiança vai depender do facto de esta obrigação se concretizar ou não, pelo que é aceitável que o fiador possa se exonerar do cumprimento da obrigação durante esse período de incerteza.

Quando às situações de *revolving* em que se poderia considerar que a obrigação se extinguiu, remetemo-nos para o ponto 3.1., sob a epígrafe “Acessoriedade”, uma vez que a questão já foi oportunamente abordada naquele capítulo.

9. A FIANÇA ASSOCIADA AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO: PARTICULARIDADES

¹⁰² Cf. LEITÃO, MENEZES, *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 118.

¹⁰³ A validade da fiança de obrigações futuras supõe a sua determinabilidade, sob pena de nulidade da mesma nos termos do artigo 280º do C.C..

No âmbito do contrato de abertura de crédito, o fiador aceita assumir a garantia de um saldo devedor do creditado no final do contrato de abertura de crédito. Ao tempo da celebração da fiança tal saldo corresponde a um conjunto de obrigações futuras que não se encontram ainda fixadas.

A fiança é uma garantia suficientemente elástica e flexível que permite assegurar no final aquele saldo que se vier a apurar, pois a fiança estende-se na medida em que o crédito concedido se estende.

O panorama mais usual é a fiança ser prestada pelos próprios sócios da sociedade creditada para garantia das eventuais obrigações futuras, quer por exigência do banco quer para que a sociedade possa prosperar.

Assim assumida, estamos perante uma fiança geral ou *omnibus*¹⁰⁴ já que o fiador vai assumir o cumprimento de qualquer obrigação futura, desde que determinável¹⁰⁵, sob pena de aplicação do disposto no artigo 280º do C.C.¹⁰⁶. Por outras palavras, o fiador terá de ter a possibilidade de se guiar por um critério que lhe permita estimar o risco que assumiu ou, se possível, que possa controlar a constituição dessas obrigações futuras, controlando assim a sua própria responsabilidade.

Para tal, é frequente recorrer-se a limites quantitativos ou à indicação das fontes das obrigações. Na maior parte das vezes, o banco recorrerá às cláusulas contratuais gerais pelo que, em caso de excessos, tais cláusulas serão nulas, mantendo-se o contrato¹⁰⁷.

A regra é que a fiança caduque decorrendo o prazo para a qual foi convencionada que, normalmente, corresponde ao prazo de duração do contrato de abertura de crédito. Verificando-se aquele termo, a fiança extingue-se (artigo 651º do C.C.).

Contudo, temos que atentar na hipótese de renovação ou prorrogação do contrato de abertura de crédito. Como vimos, a situação é distinta da hipoteca uma vez que a fiança é necessariamente prestada por terceiro, pelo que o problema nem se coloca, ou seja, no caso de

¹⁰⁴ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA, “*Garantias de cumprimento*”, cit., pp. 96 e ss.

¹⁰⁵ A prestação do creditado pode ser indeterminada, mas terá de ser determinável, desde logo por se saber, no momento da sua constituição, qual o seu teor e respetivo objeto. Para tal, o fiador deverá conhecer o critério ou critérios indispensáveis para delinear os limites da sua assunção, sendo que a obrigação futura deve corresponder ao conteúdo do contrato de abertura de crédito.

¹⁰⁶ Segundo o Supremo Tribunal de Justiça (Fixada Jurisprudência, n.º 4/2001, de 08.03.2001, disponível em www.dgsi.pt), “*É nula por indeterminabilidade do seu objeto, a fiança das obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha*”.

¹⁰⁷ Aqui recorremos ao regime legal das cláusulas contratuais gerais que resulta do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, que admite inclusive a redução e a integração para a fixação de limites adequados ao princípio da boa-fé contratual.

renovação ou prorrogação de contrato de abertura de crédito não é admissível que o fiador seja afetado pela extensão temporal daquele contrato sem o seu consentimento.

O fiador, no momento em que celebra o contrato, tem de estar em condições de saber o que vai afiançar e em que termos, pelo que a declaração unilateral do creditado no sentido de prorrogar o contrato de abertura de crédito não lhe pode ser oponível se for feita sem o seu consentimento e conhecimento.

Assim, entendemos que a renovação e/ou prorrogação do contrato de abertura de crédito não abrange a renovação e/ou prorrogação da fiança porquanto é necessário uma declaração expressa do fiador a autorizar tal extensão da garantia.

Quid iuris quando o fiador é o sócio gerente da sociedade creditada? Neste exemplo, entendemos que apesar de o fiador se confundir com a gerência da creditada, estamos perante pessoas jurídicas distintas e com patrimónios distintos, pelo que o banco não deverá deixar de exigir diretamente ao fiador o assentimento da extensão da garantia, sob pena de não lhe ser oponível mais tarde no âmbito judicial.

SUBCAPÍTULO II - AVAL

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. NATUREZA JURÍDICA; 3. REGIME JURÍDICO; 4. AVAL GERAL; 5. O AVAL ASSOCIADO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO

1. INTRODUÇÃO

O aval é uma garantia pessoal que surge ligada às obrigações cartulares, nomeadamente, associado às letras e livranças, sendo que o seu regime consta da Lei Uniforme relativa a Letras e Livranças (artigos 30º a 32º e 77º) e da Lei Uniforme relativa ao Cheque (artigos 25º a 27º).

O aval é das figuras mais utilizadas no âmbito do contrato de abertura de crédito porquanto surge associada à letra ou livrança que é assinada em branco¹⁰⁸ junto com o contrato de abertura de crédito, no qual é acordado os termos de preenchimento¹⁰⁹ daquela em caso de incumprimento pelo creditado¹¹⁰. Tal prática tem-se generalizado na celebração do contrato de abertura de crédito e permite que o banco fique munido, por um lado, de um título executivo para intentar a competente ação judicial de forma mais célere desde logo contra o creditado e contra o(s) seu(s) avalista(s) e, por outro lado, vê a sua garantia reforçada com o património de um terceiro ou do creditado enquanto avalista.

Ora, aquele que presta o aval garante o cumprimento total ou parcial da obrigação de um determinado devedor, ora avalizado. Contudo, não participa na circulação do título pois só se limita a reforçar o seu valor através do aval. Em consequência, o aval traduz-se na assunção de uma nova obrigação cambiária que consiste em garantir o bom cumprimento da obrigação dos subscritores do título de crédito.

No âmbito do contrato de abertura de crédito é frequente a prestação de um aval onde não se determina o montante da garantia que se traduz na subscrição de um título de crédito em branco. É a figura do “aval geral”. Abordá-la-emos mais à frente.

¹⁰⁸ Cf. Acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 2001 anotado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO.

¹⁰⁹ Trata-se de um acordo complementar ou acessório onde se estabelecem as regras de preenchimento do título de crédito em caso de incumprimento da obrigação principal. São as chamadas *side letters*, através das quais se pretende regulamentar o preenchimento do título de crédito subscrito em branco.

¹¹⁰ A subscrição de um título de crédito tem a função “pro solvendo”, nos termos e com os efeitos previstos no artigo 840º do C.C., pelo que constitui, só por si, uma meio de tornar mais fácil para o creditado a realização do valor da prestação do devedor, tanto mais que vem reforçado com a prestação de garantias pessoais por terceiros, como é o caso do aval.

2. NATUREZA JURÍDICA

Na doutrina, assistimos a uma divergência quanto à natureza jurídica do aval, destacando-se as seguintes teorias: a teoria do aval-fiança, a teoria do aval-garantia híbrida e a teoria do aval-garantia autónoma.

De acordo com a teoria do aval-fiança, defendida por MARNOCO E SOUSA, o aval terá a natureza de uma fiança, pelo que se reconduzirá a uma fiança pessoal acessória da obrigação do avalizado. Tal acessoriedade resulta do facto de o avalista responder nos mesmos termos que o avalizado (artigos 31º e 32º da L.U.L.L.) ao par da fiança que subsiste em certos casos, apesar de invalidade da obrigação garantida (cf. artigo 632º do C.C.).

De acordo com a teoria do aval-garantia híbrida, o aval não pode ser considerado como uma fiança, desde logo devido ao regime do artigo 32º, primeira parte, da L.U.L.L., porquanto a obrigação do avalista é autónoma. Por outras palavras, será uma garantia híbrida apenas porque se aproxima da fiança em determinados aspetos. Esta teoria é defendida pela doutrina maioritária, nomeadamente, por PAULO CUNHA, FERRER CORREIA e VAZ SERRA.

Em último lugar, temos a teoria do aval-garantia autónoma, segundo a qual o aval não se equipara a uma fiança e nem sequer tem traços semelhantes, pois o aval é uma garantia não da obrigação mas sim do título de crédito. Pelo que entende-se que o aval não tem qualquer traço da fiança, pois trata-se de uma garantia autónoma do pagamento do título de crédito. Entre nós, esta teoria é defendida por FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES, ARLINDO JOSÉ FRANCISCO e FERNANDO ALVES PINTO.

De entre as teorias acima expostas, somos de sufragar a posição que entende o aval como uma garantia híbrida uma vez que podemos encontrar no aval traços da acessoriedade característica da fiança e certa autonomia da obrigação do avalista face à obrigação do avalizado. Note-se que o avalista responde solidariamente com o avalizado e pode opor ao credor as exceções derivadas da falta de forma da relação principal (cf. artigo 32º da L.U.L.L. e artigo 27º L.U.C.), pelo que entendemos que não se pode considerar como uma garantia autónoma sem mais.

3. REGIME JURÍDICO

O aval pode ser prestado pelo creditado, ora subscritor do título de crédito, ou por terceiro a favor de qualquer creditado, ou seja, o avalizado (artigo 30º da L.U.L.L. e artigo 25º da L.U.C.). Na primeira hipótese, o aval só fará sentido se agravar a responsabilidade do signatário.

Quanto à sua forma, o aval é dado sobre o título de crédito ou sobre folha anexa e exprime-se pelas letras “bom para aval” ou por qualquer outra forma equivalente, seguido da assinatura do avalista¹¹¹ (artigo 31º da L.U.L.L. e artigo 26º da L.U.C.).

O aval considera-se como resultado da simples assinatura do dador aposta na face anterior do título de crédito, salvo se se trata das assinaturas do sacador ou do sacado no caso da letra ou livrança (artigo 31º da L.U.L.L. e artigo 26º da L.U.C.).

O aval deve indicar a pessoa por que se dá. Na falta de indicação, entender-se-á ser pelo sacador (artigo 31º da L.U.L.L. e artigo 26º da L.U.C.).

O avalista assume a obrigação do avalizado da mesma forma (artigo 32º da L.U.L.L. e artigo 27º da L.U.C.). Por outras palavras, o avalista vê a sua obrigação assumir o conteúdo e a extensão da obrigação do avalizado, sendo que a mesma subsiste independentemente de a obrigação garantida fosse nula por qualquer razão que não seja um vício de forma¹¹² (artigo 32º da L.U.L.L. e artigo 27º da L.U.C.).

Tais características demonstram, por um lado, a acessoriedade do aval face à obrigação garantida porquanto o aval é moldado em função desta e porque o aval é atingido nos mesmos termos pela nulidade da obrigação garantida. Por outro lado, o facto de o aval subsistir em situações de nulidade da obrigação garantida por qualquer razão que não seja um vício de forma¹¹³ demonstra a sua autonomia face a esta.

Daí que o aval se distinga da fiança por ser uma garantia de carácter preponderantemente autónomo, apesar de a acessoriedade também se revelar na sua dinâmica. Em consequência, poderá afirmar-se que estamos perante uma garantia mista na medida em

¹¹¹ Se não contivesse tal expressão, para além de não estarmos perante um aval, também não se poderia considerar que estaríamos perante uma obrigação assegurada por uma garantia especial, pois o credor, em concurso com os demais, ira concorrer como um credor comum, sem qualquer benefício.

¹¹² Os vícios de forma da obrigação principal que importam a invalidade do aval têm que ver com a subscrição do título, nomeadamente, as declarações cambiárias formuladas incorreta ou incompletamente ou às quais a lei não atribua eficácia cambiária. MENEZES LEITÃO, entende que deve igualmente considerar-se como vício de forma a falta de algum elemento que a lei imponha para que o título valha enquanto tal (in *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 133).

¹¹³ Não se considera vício de forma a falta de capacidade do avalizado ou a não verificação de determinada circunstância em face do título que importe a sua invalidade, bem como a assinatura falsa ou a assinatura de representante sem poderes do avalizado.

que se pode caracterizar quer pela acessoriedade, quer pela autonomia face à obrigação garantida.

Na doutrina tem-se discutido a questão de saber se o avalista pode fazer valer-se das exceções pessoais a que o avalizado poderia recorrer. A maioria inclina-se para uma resposta negativa¹¹⁴.

Do exposto resulta ainda que o aval é facilmente distinguido da fiança. Neste ponto, convém também realçar que, ao contrário da fiança, o avalista que cumpre fica sub-rogado nos direitos emergentes do título de crédito contra o avalizado e contra os obrigados para com esta em virtude do título (artigo 32º da L.U.L.L. e artigo 27º da L.U.C.). Outra diferença é que o avalista não pode invocar o benefício da excussão pois responde solidariamente com o avalizado e com os restantes avalistas, se existirem (artigo 47º da L.U.L.L. e artigo 44º da L.U.C.).

No caso de o avalizado ser aceitante, o avalista responde sempre caso de verifique os pressupostos da responsabilidade daquele, isto é, se o aceitante tiver sido demandado e não ter cumprido as suas obrigações. Nesta hipótese não pode exigir ao credor que reaja contra qualquer outra pessoa. Já no caso de o avalizado ser o sacador ou um endossante, o avalista irá responder na medida da responsabilidade daqueles, isto é, após qualquer um deles ter sido demandado e não tiver cumprido a sua obrigação.

O avalista nunca poderá ser considerado como um obrigado cambiário porquanto não emite ou aceita qualquer ordem de pagamento prevista no título de crédito. O avalista apenas presta uma garantia autónoma ao título de crédito, reforçando-o. Daí que se admita, inclusive, que o aval garanta parcialmente o cumprimento da obrigação avalizada (artigo 30º L.U.L.L. e artigo 25º L.U.C.).

Ora, se o avalista pagar o valor constante do título de crédito, fica sub-rogado nos direitos da mesma contra o avalizado e contra os demais obrigados para com esta (artigo 32º L.U.L.L. e artigo 27º L.U.C.).

4. AVAL GERAL

A celebração de um aval geral configura um negócio de confiança ou um negócio fiduciário¹¹⁵. Na verdade, o objetivo último do aval geral é conferir a possibilidade ao creditante

¹¹⁴ Neste sentido, LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Garantia das Obrigações*, cit., pág. 133.

¹¹⁵ Neste sentido, VASCONCELOS, L. PESTANA DE, *Direito das Garantias*, cit., pág. 117.

recorrer ao património do avalista na eventualidade de o património do creditado se revelar insuficiente para o cumprimento das obrigações emergentes do contrato de abertura de crédito.

A lei admite também a figura do aval geral que corresponde às situações em que o título de crédito garantido ainda não se encontra determinada. Por outras palavras, é emitido um título de crédito sem que se encontre determinado o montante da obrigação garantida, a data da sua emissão, a data de pagamento e o respetivo lugar.

Ora, tal é muito frequente acontecer no âmbito do contrato de abertura de crédito¹¹⁶ como já referimos, nomeadamente, nas situações em que o creditado assina uma letra ou livrança em branco a qual está ligada a um pacto de preenchimento¹¹⁷ – cf. artigos 10º e 77º da L.U.L.L. e artigo 13º da L.U.C..

Tal título pode ser avalizado sem que o avalista tenha conhecimento do montante determinado mas sim do montante máximo que pode atingir que corresponde ao montante objeto do contrato de abertura de crédito. Ou seja, o avalista do creditado aceita um aval geral quanto às obrigações emergentes do contrato de abertura de crédito.

Por outro lado, tal título funcionará como uma espécie de “caução” para garantir o crédito concedido ao creditado por um determinado período de tempo, em que não se consegue, *ab initio*, determinar o montante devido aquando o vencimento da obrigação em consequência da flutuação do montante efetivamente utilizado. As situações mais frequentes acontecem quando os administradores ou os sócios avalizam títulos de créditos emitidos pela sociedade a favor do creditado.

Através do aval geral, o creditante fica com mais do que um património para executar em caso de incumprimento, tantos quantos forem os avalistas a subscrever o título de crédito, tudo sem ter que intentar uma ação declarativa em primeiro lugar para ver o seu crédito reconhecido, pois o título de crédito assume a característica de documento particular assinado pelo devedor e, portanto, constitui título executivo.

Ora, do exposto resulta uma certa flexibilidade para o creditado, daí a sua frequente utilização pelo creditante, pois fica garantido com mais do que um património, aumentando assim as suas hipóteses de reembolso das quantias devidas em caso de incumprimento.

¹¹⁶ Nomeadamente, no caso de contratos de abertura de crédito em que surge a sociedade como creditada e os seus sócios como avalistas por forma a responsabilizar estes pela garantia do crédito e, assim, ultrapassar a limitação conferida pelas sociedades de capitais. Neste sentido, *vide* Menezes Leitão, *cit.*, pág. 135.

¹¹⁷ Sem a existência do acordo de preenchimento não podemos considerar que estamos perante um título de crédito em branco, mas sim perante um título de crédito incompleto. Neste sentido, CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Comercial*, vol. III, Universidade de Coimbra, Coimbra, pág. 132.

Contudo, a confiança depositada no crediante no que respeita à sua legitimidade para preenchimento do título de crédito com base no pacto de preenchimento pode suscitar situações de abuso quando aquele não respeite o convencionado pelas partes.

Ora, nos termos dos artigos 10º e 77º da L.U.L.L. e artigo 13º da L.U.C., o crediante poderá preencher o título com um montante superior ao efetivamente devido e depois endossar o mesmo. Neste caso, o subscritor não poderá opor ao terceiro o pacto do preenchimento, a não ser quer este o tenha adquirido de má-fé ou, adquirindo-o, tenha cometido falta grave. Ou seja, temos aqui a proteção do terceiro de boa-fé, pelo que não restará reagir contra o crediante por abuso de direito e por incumprimento contratual em consequência da violação do pacto de preenchimento do título de crédito subscrito e/ou avalizado em branco.

Note-se, contudo, que no caso de o título de crédito não entrar em circulação, deixa de existir causa justificativa para a aplicação das regras relativas ao endosso (artigos 11º e ss. e 77º da L.U.L.L. e artigos 14º e ss. da L.U.C.).

São poucas as exceções que o avalista poderá invocar para obstar ao acionamento do aval, nomeadamente, o preenchimento abusivo do título será o fundamento mais regularmente invocado mas que implica alguma dificuldade probatória, já que os bancos têm algum cuidado na redação do pacto de preenchimento.

CONCLUSÕES

O contrato de abertura de crédito é um contrato *sui generis* quer pela sua estrutura e especificidades, quer pelo seu objetivo económico-social para o qual serve de meio, como resulta da Parte I desta dissertação.

Designadamente, o contrato de abertura de crédito é um contrato nominado mas legalmente atípico, uma vez que não está previsto em nenhum diploma legal no nosso ordenamento jurídico. Na verdade, atenta a importância de tal figura detém no tráfego jurídico, bancário e comercial, é com alguma estranheza que constatamos que o legislador ficou aquém das expectativas porquanto não existe nenhum diploma legal que regule esta forma contratual.

O contrato de abertura de crédito poderá ser um contrato de eficácia sucessiva e bilateral, pois dele resultam obrigações para ambas as partes contratantes.

Vimos também que a abertura de crédito é ainda um contrato consensual, definitivo e complexo. O contrato considerar-se-á celebrado com o simples consentimento das partes contratantes e implica desde logo dois efeitos imediatos: a disponibilização dos fundos pelo creditante ao creditado e, respetivamente, o pagamento da comissão pela parte deste.

Analisado o contrato de abertura de crédito em si, verificamos a assunção de um risco por conta do creditante ao colocar fundos à disposição do creditado. Como tal, as instituições financeiras exigem, normalmente, a prestação de uma garantia sendo que, em alguns casos, tal prestação constitui *conditio sine qua non* para a cedência do crédito.

É aqui que encontramos a pertinência deste estudo: é no sentido de acautelar esse risco emergente do contrato de abertura de crédito que surgem as garantias especiais prestadas pelo creditado a favor do creditante. Tais garantias têm por objeto a limitação do risco da realização da operação de crédito e, simultaneamente assegurar o cumprimento do contrato.

Pelo que a questão das garantias prestadas pelo creditado, objeto do presente estudo, é uma matéria de relevância e à qual as instituições financeiras dão grande importância quer pelo facto de estar em causa o cumprimento do contrato, quer pelo efeito dissuasor da falta de cumprimento por parte do creditado.

O nosso propósito com esta dissertação foi o estudo das garantias especiais associadas ao contrato de abertura de crédito, uma vez que tal negócio constitui um contrato dinâmico ao qual as garantias a ele associadas têm de se adaptar conforme a fase em que o contrato se encontra.

Na fase da disponibilidade, ou seja, após da celebração do contrato e antes de o creditado usufruir daquela disponibilidade, constatamos que a garantia irá reportar-se a uma obrigação futura e eventual, pois a obrigação só se constitui aquando o uso do crédito pelo creditado. Este uso tanto pode ser realizado através de levantamentos sucessivos, como de um único levantamento, como tivemos oportunidade de constar na primeira parte desta dissertação.

Neste âmbito, vimos que a garantia a prestar teria que admitir a hipótese de se reportar a obrigações futuras. Ora, vimos que a hipoteca, o penhor e a fiança preveem especificamente a garantia de obrigações futuras o que torna aquelas garantias admissíveis em sede de abertura de crédito.

Outra situação analisada foi a circunstância de a garantia prestada (hipoteca, penhor ou fiança) em sede do contrato de abertura de crédito ter a duração deste, mesmo que o creditado não esteja numa posição de devedor do banco, ou seja, nas situações de *revolving*.

Apesar de não existir no momento nenhuma obrigação do creditado, este continua a usufruir da possibilidade de dispor das linhas de créditos contratadas com o banco, pelo que é lícito ao banco exigir a manutenção da fiança durante os períodos do *revolving*.

Nomeadamente, pelo facto de o contrato de abertura de crédito ter sido celebrado pelo banco com o creditado porque este prestou uma garantia, caso contrário não teria sido celebrado. Temos aqui um interesse juridicamente relevante do banco a que se deve atender, desde logo, em respeito pelo princípio da boa-fé contratual (artigo 762º, n.º 2 do C.C.).

Em seguida, não se poderá fazer uma interpretação literal daquelas disposições legais referentes à extinção da hipoteca, do penhor e da fiança, já que resulta da própria dinâmica do contrato de abertura de crédito existirem momentos da relação contratual em que o creditado assume a posição de credor do banco creditante. Note-se que a dívida resultante do contrato de abertura de crédito é uma obrigação futura pelo que, na prática, a questão nem se deve colocar pois só no final do contrato é que temos o “crédito” propriamente dito, pois este surge como o saldo final no termo do contrato de abertura de crédito.

Foi também abordada a hipótese de o contrato de abertura de crédito ser renovado ou prorrogado e se tal renovação ou prorrogação se estende à garantia prestada por terceiro.

Aqui estamos perante situações em que decorre o prazo de duração da garantia, nomeadamente, decorre o prazo pelo qual foi celebrado o contrato de abertura de crédito.

Vimos que existem duas posições doutrinárias distintas. Uma defende que as garantias originalmente contratadas caucionam apenas os créditos resultantes do contrato originário e não

os que resultam das renovações sucessivas. Por sua vez, outra parte da doutrina entende que, uma vez que estamos perante o mesmo contrato que foi apenas prorrogado temporalmente, as garantias associadas deverão manter-se na mesma medida.

Ora, tendo a garantia sido prestada pelo próprio creditado, entendemos que se deve admitir a extensão da hipoteca na mesma medida de extensão do contrato de abertura de crédito que lhe é subjacente. Na sua essência, a prorrogação do contrato significa o prolongamento da duração, sujeita às condições existentes, e se entre essas condições houve também a prestação da garantia, é lógico que esta deve permanecer firme e deve ser considerada implícita por parte do creditado, isto é, se a sua vontade é renovar a duração dos contratos para continuar a usufruir das condições contratadas, é conforme à boa-fé e aos costumes entender-se que aceita que a garantia se mantenha na mesma e exata medida daquela extensão temporal.

No caso de a garantia prestada por terceiro, entendemos que a sua duração mantém-se na mesma medida do contrato de abertura de crédito, isto é, o seu termo é adiado para o termo da renovação do contrato de abertura de crédito desde que o banco assim o preveja ao tempo da celebração do contrato de abertura de crédito e/ou que notifique devidamente o terceiro para o efeito e, em qualquer dos casos, o terceiro o admita expressamente.

Finalmente vimos ainda que apenas se admitirão alterações a nível das garantias prestadas em sede de abertura de crédito (hipoteca, penhor e fiança) caso aquela(s) se revele(m) insuficiente(s) para garantir o crédito contraído pelo que, neste caso, o banco poderá exigir legitimamente o seu reforço ou substituição.

Por último, quanto ao caso do aval, tais questões não se colocam uma vez que em causa está uma garantia de uma obrigação cartular que só se irá constituir em caso de incumprimento, isto é, apenas quando o creditado não cumprir com as suas obrigações é que o avalista irá responder. A grande problemática do aval no âmbito do contrato de abertura de crédito prende-se com o chamado aval geral.

Através do aval geral, o creditante fica com mais do que um património para executar em caso de incumprimento, tantos quantos forem os avalistas a subscrever o título de crédito, tudo sem ter que intentar uma ação declarativa em primeiro lugar para ver o seu crédito reconhecido, pois o título de crédito assume a característica de documento particular assinado pelo devedor e, portanto, constitui título executivo. Uma vez executado o título, responderá pela

dívida o património do creditado e do(s) avalista(s), daí que seja uma das formas de garantia mais correntes no âmbito do contrato de abertura de crédito.

São poucas as exceções que o avalista poderá invocar para obstar ao acionamento do aval, nomeadamente, o preenchimento abusivo do título será o fundamento mais regularmente invocado mas que implica alguma dificuldade probatória, já que os bancos têm algum cuidado na redação do pacto de preenchimento.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – Conceito, Fontes, Formação*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003

ALVES, HUGO RAMOS, *Do Penhor*, Coimbra, Almedina, 2010

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA,

– *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009

– *Os Instrumentos Financeiros*, Coimbra, Almedina, 2009

ATHAYDE, AUGUSTO ALBUQUERQUE DE / ATHAYDE, DUARTE DE, *Curso de Direito Bancário*, Volume I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

CARVALHO, CARLOS MANUEL FERREIRA DE, *Prontuário Bancário*, Castelo Branco, Tipografia Guerra, 1998

CARVALHO, RICARDO BENOLIEL DE, “Notas sobre a Abertura de Crédito Bancário”, *Revista Bancária*, n.º 29, Lisboa, 1972

COELHO, J. G. PINTO, Operações de Banco, Abertura de Crédito, *Fasc. II (Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência – anos CXXXII-CXXXIII, n.º 2912 a 2926)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1950.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES / LEITÃO, LUÍS MENEZES / COSTA, JANUÁRIO DA, entre outros, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume II, Almedina, 2002

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,

– *Direito das Obrigações*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1980

– *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010

– *Estudos de Direito Bancário*, Edição literária Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Comercial*, vol. III, colab. SENDIM, PAULO M. / CABRAL, J. M. SAMPAIO / CAEIRO, ANTÓNIO / COELHO, M. ÂNGELA, Universidade de Coimbra, 1975

CORREIA, BRITO, *Direito Bancário, II, Operações Bancárias, Lições Policopiadas*, 2001

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2009

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.ª Edição, Lisboa, Lex, 1995

FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO A.,
– *Actividade Bancária – Colectânea de Legislação*, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2004

– *Direito Bancário*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2009

FERRI, G. B., *Manuale di Diritto Commerciale*, 10ª Edição, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1996

FONSECA, TIAGO SOARES DA, *O Penhor de Acções*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007

FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO, *Títulos de Crédito: letra, livrança, cheque*, Coimbra, Almedina, 2000

GRAÇA, DIOGO MACEDO, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Coimbra, Almedina, 2010

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA,

– *Estudo de Direito das Garantias*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010

– “Pluralidade de Fiadores e Liquidação das situações fidejussórias”, in *Estudos de Direitos das Garantias* (vol. II), Coimbra, Almedina, 2010

JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Coimbra, Almedina, 2002

LACERDA, PAULO M. DE, *Do Contrato de Abertura de Crédito*, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES,

– *Direito das Obrigações*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2002

– *Garantia das Obrigações*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, 4.ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987

LOPES, FERNANDA CAROLINA, *A extinção do contrato de abertura de crédito bancário*, Tese de Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008

LOPES, J.M. GAMEIRO, “Introdução ao Direito Bancário”, in: *Cadernos de Direito Bancário*, Volume I, Lisboa, Vislis - Editores, 2000

MADALENO, CLÁUDIA, *Vulnerabilidade das Garantias Reais - A Hipoteca Voluntária Face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

MARTINEZ, PEDRO ROMANO / PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contratos em Especial*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996

MATIAS, ARMINDO SARAIVA, *Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998

MOLLE, GIACOMO, *I Contratti Bancari*, Milão, Giuffrè Editore, 1992

MORAIS, JORGE ALVES / ESTEVES, CARLA MENEZES / SILVA, JÚLIA RODRIGUES DA, entre outros, *Manual de Contratos de Direito Bancário e Financeiro*, 2ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2008

NETO, ABÍLIO, *Operações Bancárias – Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, 1ª Edição, Lisboa, Ediforum – Edições Jurídicas, 2008

PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES, *Direito Bancário Privado*, Lisboa, Quid Juris, 2004

PEREIRA, SOFIA GOUVEIA, *O Contrato de Abertura de Crédito Bancário. Prática bancária em Portugal, regime e natureza jurídica*, Cascais, Principia, 2000

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1970

PIRES, JOSÉ MARIA,
– *Direito Bancário – As Operações Bancárias*, Volume 2, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 1995

– *Elucidário de Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

POÇAS, LUÍS, *Antecipação Bancária e Empréstimo Sobre Penhor no Âmbito das Operações Bancárias*, Porto, Almeida e Leitão, 2006

PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008

RODRIGUES, NUNO MADEIRA, *Das Letras: Aval e Protesto*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005

SÁ, ALMENO DE, *Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

SILVA, JOÃO CALVÃO DA,
– *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2002
– *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo 1, Parte Geral, 2ª
Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2007

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO TELES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, Coimbra
Editora, 2002

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES,
– *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000
– *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997

VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2010

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina,
1995

VEIGA, VASCO SOARES DA, *Direito Bancário*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997

VILLAVARDE, RAFAEL GARCÍA / LENZANO, RAFAEL BONARDELL, *Contratos Bancarios*, Madrid,
Editorial Civitas, 1992