

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

DIREITO DAS GARANTIAS

JURISDIÇÃO CIVIL

DEZEMBRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luis Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





Os Temas de Direito Civil e Processual Civil integrados nos Planos de Formação Anual do Centro de Estudos Judiciários produzem um manancial de conteúdos jurídicos de altíssima qualidade, que importa deixar usufruir a toda a Comunidade Jurídica.

Os textos que aqui se juntam correspondem a comunicações sobre o regime das garantias no direito civil, os quais, pela sua qualidade científica e utilidade prática, vão - por certo - ajudar os que no dia-a-dia dos Tribunais se confrontam com realidades factuais que podem merecer outra(s) leitura(s) e enquadramento(s).

Fica assim a disposição de juízes/as, magistrados/as do Ministério Público, auditores/as de Justiça, advogados/as, académicos e restantes profissionais do Direito, mais este e-book da "Coleção Formação Contínua".

Que todos/as dele tirem proveito!

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito das Garantias

Jurisdição Civil:

Gabriela Cunha Rodrigues (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Laurinda Gemas (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Estrela Chaby (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Margarida Paz (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Ana Rita Pecorelli (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Patrícia Helena Costa (Juíza de Direito e Docente do CEJ*)

Coleção:

Formação Contínua

– Plano de Formação 2014/2015:

Temas de Direito Civil: Direito das Garantias, Direito dos Seguros e Propriedade Horizontal ([programa](#))

Conceção e organização:

Gabriela Cunha Rodrigues

Laurinda Gemas

Margarida Paz

Intervenientes:

Carolina Cunha (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Hugo Ramos Alves (Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Filipe Santos Barata (Advogado e Docente Universitário do ISEG, Universidade de Lisboa)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Filipe Alves – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

* Desde 15 de setembro de 2017.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 20/12/2017	

Direito das Garantias

Índice

1. A garantia cambiária do aval Carolina Cunha	11
2. Compensação voluntária e função de garantia da compensação Hugo Ramos Alves	25
3. As garantias especiais no regime das obrigações hipotecárias (<i>covered bonds</i>) Filipe Santos Barata	59

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A GARANTIA CAMBIÁRIA DO AVAL

CAROLINA CUNHA



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A GARANTIA CAMBIÁRIA DO AVAL¹

Carolina Cunha*

1. Quadro geral dos problemas: selecção dos mais relevantes.
2. As relações entre co-avalistas: conflitos e regime aplicável.
3. O regime do art. 10º LU e a dupla subscrição em branco por avalista e avalizado.
 - 3.1. O art. 10º da LU: estrutura da norma e ónus da prova.
 - 3.2. Tipos de preenchimento abusivo e suas consequências.
 - 3.3. Crítica à aplicação do art 17º LU aos casos de dupla subscrição em branco por avalista e avalizado.
 - 3.4. Solução defendida.
4. O aval *omnibus*: condições de admissibilidade.
 - 4.1. Caracterização do aval *omnibus*.
 - 4.2. Condições de admissibilidade.
 - 4.3. Interface com o acordo de preenchimento.
5. O aval *omnibus* (cont.): consequências da cessão da quota do avalista.
 - 5.1. Os termos do problema.
 - 5.2. A faculdade de desvinculação existe unicamente quando houver sido prestado um aval *omnibus*.
 - 5.3. Justificação da faculdade de desvinculação do avalista *omnibus* face ao acordo de preenchimento.
 - 5.4. Alcance da desvinculação do avalista *omnibus*.
 - 5.5. Qualificação, condições de exercício e de eficácia da faculdade de desvinculação.
 - 5.6. Consequências sobre uma eventual futura execução baseada no título.
 - 5.7. A (auto-)tutela dos interesses do banco credor.
 - 5.8. Alcance da fixação de jurisprudência pelo AUJ STJ n.º 4/2013.

Bibliografia.

Vídeo.

1. Quadro geral dos problemas: selecção dos mais relevantes

Esta curta intervenção irá abordar alguns dos problemas suscitados pelo aval cambiário, a saber:

- i) As relações entre co-avalistas;
- ii) A dupla subscrição em branco por avalista e avalizado;
- iii) O aval *omnibus*.

Deixarei de fora outras questões igualmente interessantes, às quais me limito a fazer, aqui, uma breve referência. Desde logo, a da identificação da relação subjacente ao aval, bem como dos *meios de defesa oponíveis pelo avalista ao credor do avalizado* – em termos telegráficos, o avalista só poderá opor as excepções que resultem da relação imediata que eventualmente o

¹ O presente texto corresponde, com meras alterações de pormenor, à conferência que proferi na acção de formação do Centro de Estudos Judiciários sobre “Temas de Direito Civil e Processual Civil - Direito das Garantias”, o que explica o seu carácter sintético. Para maiores desenvolvimentos e referências bibliográficas, poderá consultar-se CAROLINA CUNHA, *Lições de Letras e Livranças* (em curso de publicação), capítulo 4 (todos os números) e capítulo 5 (n.ºs 5.3.1 e 5.3.3).

ligue ao credor (o que supõe a prévia determinação da sua existência) ou de uma convenção extracartular *ad-hoc* que preveja oponibilidade de meios de defesa do avalizado. Caso contrário, o princípio *res inter alios acta* e o 32º LU obstam a sua invocação. A menos, claro, que se trate do pagamento realizado pelo avalizado ao credor – porque nesse caso, apesar do facto ser alheio, o meio de defesa é próprio e cambiário.

Também não iremos aqui abordar as dificuldades levantadas pelo *aval incompleto, i.e., aquele que não indica a pessoa por quem se dá*. A resposta convoca a interpretação da declaração de aval enquanto negócio jurídico formal, bem como a questão de saber se e até que ponto é atendível a vontade real do declarante que não tenha um mínimo de correspondência no texto do documento. Aplicando-se, como defendo, o regime do art. 238º, 2, CCiv., a vontade real (para mais, conhecida do declaratório) pode ser feita valer se as razões determinantes da exigência de forma não se opuserem – o mesmo é dizer, se o título não circulou.

Quanto à questão da *necessidade de protesto para accionar o avalista do aceitante*, sou de opinião que o avalista é um obrigado de garantia como qualquer outro (cfr. art. 30º LU) e que protesto é a comprovação formal do preenchimento da condição a que está sujeita a sua efectiva responsabilização – o não pagamento da letra pelo aceitante no vencimento – logo é sempre necessário. A alusão do art. 32º LU ao facto de ser responsável “da mesma maneira que” o avalizado apenas vale para aferir a extensão objectiva (montante por que responde) e subjectiva (posição na cadeia cambiária) da responsabilidade do avalista.

Finalmente, quanto a saber se *poderá uma declaração de aval valer como fiança*, nos casos em que a questão se levanta porque o *direito cambiário prescreveu* nos termos do art. 70º da LU a resposta (dificilmente positiva) passará pela interpretação da declaração de vontade à luz das circunstâncias envolventes. Já nas hipóteses em que o problema eclode porque o *título cambiário é inválido por carência de requisitos essenciais* (art. 2º LU), tudo está em apurar se é viável a conversão do aval nulo em fiança nos termos do art. 293º CCiv. – e aqui uma resposta positiva terá de superar dificuldades quanto à demonstração de que o aval nulo contém, ainda assim, os requisitos essenciais de substância do negócio sucedâneo de fiança (identificação do credor e da dívida fundamental), sem deixar de notar que a melhor solução teria sido o credor haver preenchido os elementos em falta (falta que se deve, normalmente, a lapso) antes de se lançar no exercício do direito cambiário.

2. As relações entre co-avalistas: conflitos e regime aplicável

Conforme fixado pelo AUJ do STJ n.º 7/2012, “sem embargo de convenção em contrário, há direito de regresso entre os avalistas do mesmo avalizado numa livrança, o qual segue o regime previsto para as obrigações solidárias”.

Como também esclarece o acórdão uniformizador, *não existem pretensões cambiárias entre co-avalistas* na fase de liquidação que corresponde ao exercício do direito de regresso: porque são obrigados de idêntico grau, nenhum é garante do outro (cfr. os arts. 32º III e 49º LU).

Também *não é correcto pretender aplicar o regime da pluralidade de fiadores*, pois não só não ocorre qualquer lacuna na Lei Uniforme, como falta a identidade de situações susceptível de justificar uma analogia. Repare-se que, ao contrário do fiador, o avalista garante um resultado (o pagamento da letra – art. 30º LU), não cauciona a vinculação cambiária do avalizado, e que a responsabilidade do avalista não é acessória (a sua obrigação é invulnerável a vicissitudes que afectem a obrigação do avalizado com a única excepção do vício de forma – art. 32º III LU). Além do mais, as concretas normas cuja aplicação se pretende *revelam desadequações concretas*. O art. 650º, 1, CCiv. iria reconhecer, ao arrepio do que resulta da LU, o direito de accionar cambiariamente os restantes co-avalistas, por subrogar o avalista solvens no próprio direito cambiário. E o art. 650º3 (meio de defesa interno previsto para os co-fiadores) supõe que o *solvens* tenha renunciado a fazer valer o benefício da divisão; ora, o co-avalista nunca goza do benefício da divisão, pois segundo o art. 47º LU responde solidariamente para com o portador.

O que (justamente) existe entre os diversos avalistas de um mesmo avalizado é *solidariedade passiva, mesmo na ausência de qualquer convenção prévia das partes, já que decorre da lei* – do art. 47º da LU (“Os sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas de uma letra são todos solidariamente responsáveis para com o portador”) e do próprio art. 100º do CCom. (a norma estabelece a solidariedade como *regra nas obrigações comerciais* e os negócios cambiários são actos de comércio).

Diversos outros argumentos reforçam esta conclusão – *o argumento histórico* (os trabalhos preparatórios da Convenção de Genebra apontam nesse sentido) e *o racional- sistemático*: recusando esta solução iríamos introduzir um elemento de aleatoriedade (v.g., o credor escolhia demandar o avalista que tivesse mais bens penhoráveis), além de penalizar comportamentos diligentes (obrigando o avalista cumpridor a suportar em definitivo a totalidade do pagamento efectuado) e correndo o risco de recompensar eventuais “infractores” (v.g., os avalistas que se conluiassem com o credor para não serem por este demandados).

Assente que o avalista *solvens* possui direito de regresso contra os outros *co-avalistas através de uma acção declarativa nos termos do art. 524º CCiv.*, resta esclarecer *qual a medida do reembolso* que lhes pode exigir. Aqui vale a regra do art. 516º CCiv.: em princípio, no plano interno, *a responsabilidade está dividida em parcelas iguais, a menos que se demonstre o contrário*. Desde logo, podem os avalistas ter celebrado uma *convenção expressa* procedendo à repartição da responsabilidade segundo um critério não igualitário. E também é adequado valorar certas circunstâncias como revelando um *acordo tácito de repartição não igualitário* (v.g., grande desproporção na dimensão da participação social de que cada um dos sócios avalistas é titular; prova por um dos avalistas de que os restantes lhe asseguraram que a sua assinatura seria “de favor” e que nada teria a desembolsar na eventualidade de um incumprimento do avalizado).

3. O regime do art. 10º LU e a dupla subscrição em branco por avalista e avalizado

3.1. O art. 10º da LU: estrutura da norma e ónus da prova

Dispõe o art. 10 da LU que “Se uma letra incompleta no momento de ser passada tiver sido completada contrariamente aos acordos realizados, não pode a inobservância desses acordos ser motivo de oposição ao portador, salvo se este tiver adquirido a letra de má-fé ou, adquirindo-a, tenha cometido uma falta grave”.

De acordo com o preceito, portanto, à partida *o subscritor em branco suporta o risco do eventual preenchimento abusivo* – solução justificada pela tutela da circulação e da confiança de terceiros, sobretudo daqueles que recebam o título já preenchido e nada saibam da sua origem.

Só não será assim se ocorrer *má-fé ou falta grave do portador* na aquisição do título, pois aí *o desvalor da sua conduta* (ao pretender fazer valer o direito tal como está documentado, sabendo ou devendo saber que o preenchimento foi abusivo) deixa de justificar o sacrifício dos interesses subscritor em branco.

Mas sobre este, naturalmente, recai o *ónus da prova*, que podemos subdividir em *dois segmentos*.

Desde logo, terá se ser demonstrada a *discrepância entre o preenchimento de que o título foi alvo e a vontade objectivamente manifestada pelo subscritor em branco*. É certo que o art. 10º utilização da expressão desconformidade com os “acordos realizados”, mas o acordo de preenchimento *não tem de ser expresso* (embora frequentemente seja, sobretudo quando consta de um formulário composto por cláusulas contratuais gerais). Pode perfeitamente ser tácito – *v.g.*, deduzido dos termos da relação fundamental – e pode, inclusive, nem existir tecnicamente um acordo mas uma mera manifestação unilateral de vontade. Porque, na verdade, se houve emissão voluntária do título em branco, *a vontade de preenchimento é quase sempre reconstituível em termos objectivos* com as ferramentas hermenêuticas à disposição no nosso ordenamento jurídico (arts. 236º e 239º CCiv.).

Cabe, em seguida, ao subscritor em branco a prova de *que o portador adquiriu o título de má-fé ou cometendo falta grave* – se conhece aquela vontade objectivamente manifestada, está de má-fé; se só por negligência grosseira não a conhece, mas devia conhecer, comete falta grave. Note-se que esta prova é normalmente muito simples quando o *título não circula* e permanece em poder do credor originário (o que corresponde à situação-tipo na maioria dos casos).

Saliente-se, por último, que a “aquisição” do título de que fala o art. 10º LU *não tem de ser uma aquisição por endosso: basta aquisição de facto, i.e.*, o título chegar às mãos do credor por entrega (como sucede quando as assinaturas são apostas pelo obrigado principal e seu avalista antes de remeter o título ao sacador à própria ordem, que o conserva em branco).

3.2. Tipos de preenchimento abusivo e suas consequências

Existem *duas modalidades de preenchimento abusivo* de uma letra ou livrança em branco.

A mais radical corresponde ao *preenchimento injustificado*, ou seja, aquele que é realizado apesar de não se verificar a ocorrência que legitimava o portador a fazê-lo. Os *exemplos* mais frequentes incluem a ausência de incumprimento da relação fundamental garantida ou os casos em que essa relação se extingue satisfatoriamente mas o credor conserva indevidamente o título em branco, que depois mobiliza para garantia de outro contrato.

Preenchendo o demandando o ônus da prova acima discriminado, logrará o *afastamento da pretensão cambiária* nos termos do art. 10º LU e a concomitante *extinção total da execução* (art 732º, 4, 1ª parte, CPCiv.).

A segunda modalidade de preenchimento abusivo traduz-se na *incorrecta configuração das menções introduzidas no título*, sendo o exemplo mais comum o da inscrição de um valor superior ao devido.

Nestas hipóteses, provando o demandando os requisitos do art. 10º logrará não o afastamento mas a *redução e/ou reconfiguração da pretensão cambiária*, que defendo dever seguir os termos do art. 238º, 2, CCiv. Quer isto dizer que deve proceder-se à interpretação da declaração negocial, tal como foi completada, por forma a atribuir-lhe o sentido que corresponde à vontade real manifestada pelo declarante. Ainda que este sentido não tenha no conteúdo do documento um mínimo de expressão (embora haja quem defenda que sim, na medida em que o valor superior inserido “contém” a soma inferior realmente devida), o certo é que as razões determinantes da exigência de forma não se opõem, uma vez que não há terceiros a proteger.

Por conseguinte, a *execução prosseguirá* nos termos correspondentes àquela vontade (*v.g.*, por um valor inferior), *operando-se uma extinção parcial* conforme previsto no art 732º, 4, 2ª parte, CPCiv.

3.3. Crítica à aplicação do art 17º LU aos casos de dupla subscrição em branco por avalista e avalizado

São frequentes os casos em que uma letra ou livrança em branco *ostenta duas assinaturas*: a do obrigado principal (aceitante ou emitente) e a do seu avalista.

E é nítida a tendência de uma substancial corrente de jurisprudência e doutrina para resolver o problema através da aplicação do art. 17º LU – norma que faz *depende* a oponibilidade de meios de defesa da existência de relações imediatas.

Claro que esta tese se debate, desde logo, com dificuldades na identificação de relações imediatas entre *avalista e credor portador do título* – ou porque entre ambos não existe qualquer ligação extracambiária (o avalizado limitou-se a recolher a assinatura e entregou o

título ao credor), ou, mesmo quando o avalista subscreveu acordo de preenchimento (normalmente uma cláusula do contrato fundamental) porque adopta um rígido critério formal de sequência cambiária na identificação daquelas relações.

Mas o que é mais grave é que esta corrente *ignora em absoluto* a solução legal decorrente da LU: a subscrição em branco *tem um regime especial no art. 10º o qual, como vimos, é totalmente alheio ao conceito de relações imediatas*. Por outras palavras, é incorrecto resolver o problema através do art. 17º, uma vez que a norma especial (art. 10º LU) afasta a norma geral.

3.4. Solução defendida

Em meu entender, e no quadro legal fornecido pelo art. 10º LU, o avalista pode perfeitamente invocar em sua defesa a desconformidade reportada ao acordo de preenchimento celebrado entre credor e avalizado. Se não, vejamos.

Se o avalista *também outorgou no acordo de preenchimento*, podemos dizer que a sua vontade foi expressamente manifestada (o que facilita aquela primeira prova exigida pelo art. 10º) e que o credor-portador estará certamente de má-fé (segunda prova), porque seguramente conhece o acordo de preenchimento, incorrendo quando muito em falta grave caso se haja “enganado” a completar o título.

Nos casos em que o avalista *não outorgou no acordo de preenchimento*, podemos não obstante *reconstruir objectivamente a sua vontade* de preenchimento unilateralmente manifestada. Recorrendo à doutrina da impressão do destinatário consagrada no art. 236º CCiv., um declaratório normal na posição do concreto credor que exige um avalista para título em branco *há-de deduzir que esse sujeito* (ainda que nunca tenha tido qualquer contacto com ele) *quer garantir a relação fundamental nos mesmos termos que vierem a valer para o avalizado*. E esta dedução é *reforçada* pelo art. 32º da própria LU, quando prescreve que “o dador de aval e responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada.” Com isto consegue o avalista superar o ónus da primeira prova exigida pelo art. 10º LU e haverá, pelo menos, *cognoscibilidade patente* da manifestação daquela vontade pelo avalista (o que equivale a falta grave do credor para efeitos da segunda prova requerida).

Cabe perguntar, por último, se avalista em branco também pode (ao contrário do que será o padrão da normalidade) *manifestar em concreto uma vontade diferente da do avalizado* no que toca ao preenchimento da letra – em particular limitando a sua responsabilidade a certo montante, como aliás permite art. 30º LU.

A resposta em abstracto é claramente positiva, mas o avalista deverá ter em concreto um *especial cuidado* em fazer chegar semelhante manifestação de vontade ao credor. De outro modo, ser-lhe-á extremamente difícil realizar a segunda prova exigida pelo art. 10º LU, isto é, demonstrar a cognoscibilidade dessa limitação pelo credor.

4. O aval *omnibus*: condições de admissibilidade

4.1. Caracterização do aval *omnibus*

Trata-se de um *aval prestado sobre título cambiário em branco*, mas não é qualquer aval em branco: *apenas* aquele de cujo acordo de preenchimento consta uma cláusula segundo a qual o título se destina à garantia de “todas e quaisquer dívidas, emergentes de relações actuais ou a constituir no futuro” entre o avalizado e um certo credor (que é tipicamente, um banco, sendo os avalistas tipicamente os sócios da sociedade garantida).

4.2. Condições de admissibilidade

Ora semelhante aval terá de se justificar (tal como é geralmente admitido para a fiança *omnibus*) à luz daquele *princípio de ordem pública de protecção* que torna inadmissíveis as garantias de *extensão inabarcável* pelo garante (cfr. art. 280º CCiv.).

Assim, podemos genericamente apontar como *condições de admissibilidade* da prestação de um aval *omnibus*:

- i) Que o garante esteja em condições de controlar o fluxo de endividamento (*v.g.*, por ser sócio maioritário ou gerente);
- ii) Ou então que haja oposição de um limite máximo à responsabilidade (um *plafond* quantitativo)

4.3. Interface com o acordo de preenchimento

Escusado será dizer que este controlo incide sobre o *acordo de preenchimento* e não propriamente sobre título, seja antes seja depois de preenchido

Note-se, aliás, que antes de preenchido o título *o aval não existe enquanto negócio jurídico*: o que existe é a vinculação jurídica decorrente do acordo de preenchimento, o que implica conjugar a vinculação cambiária em estado embrionário (através da *assinatura* aposta no título) e o *poder* de o portador do título o vir a preencher nos termos previstos naquele acordo.

Ora, se o acordo de preenchimento for de reputar nulo por infringir as condições acima enunciadas, então o exercício do simples poder de facto de preencher o título, consolidando a vinculação cambiária, irá cair nas malhas do art. 10º da LU.

Dito de forma mais simples: *o preenchimento será abusivo* porque o título foi completado “*contrariamente aos acordos realizados*” – uma vez que o acordo está ferido de nulidade, os seus efeitos não se produzem e deixa de existir qualquer justificação para o credor preencher o título. Acresce que o credor-portador, ao preencher neste contexto, age de *má-fé* ou pelo menos com falta *grave*: conhece o acordo de preenchimento, pois que o celebrou, e se não sabe, devia saber que é contrário ao art. 280º CCiv. (como prescreve o art.º do CCiv., “a

ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”).

5. O aval *omnibus* (cont.): consequências da cessão da quota do avalista

5.1. Os termos do problema

Um dos maiores problemas suscitados pelo aval *omnibus*, a par com o da sua admissibilidade, é o de *saber qual a sua sorte em caso de cessão de participações sociais*.

Quid iuris se um sócio que prestou um aval *omnibus* sobre letra ou livrança em branco transmite a sua quota: continuará, não obstante, vinculado a garantir *cambiariamente ad aeternum* as dívidas daquela sociedade perante o banco, ou devemos equacionar uma *faculdade de desvinculação* do ex-sócio avalista? Defendo a existência desta faculdade, nos termos que passo a explicar.

5.2. A faculdade de desvinculação existe unicamente quando houver sido prestado um aval *omnibus*

Desde logo, é importante frisar que a admissibilidade de desvinculação só se deve equacionar quando exista um aval *omnibus* válido, e não já nas hipóteses em que nos deparamos com *aval simples prestado sobre um título em branco* (v.g., um aval em branco apostado sobre título que garante uma locação financeira ou um mútuo simples).

Nestas hipóteses, tudo que o cedente pode fazer é regular a questão da responsabilidade no *plano interno, i.e.*, nas suas relações com o cessionário da quota. Permanece, todavia, *responsável perante o credor* na qualidade de avalista mesmo que deixe de ser sócio, pois não existe qualquer justificação para o reconhecimento da faculdade de desvinculação nos termos em que a propomos.

5.3. Justificação da faculdade de desvinculação do avalista *omnibus* face ao acordo de preenchimento

A faculdade de desvinculação que em minha opinião deverá ser reconhecida assenta em alguns *pressupostos fundamentais* (muito semelhantes, aliás, aos que se reconhece valerem no caso de haver sido prestada uma fiança *omnibus*).

Para começar, supõe a existência de *uma indissociável ligação* entre a qualidade de sócio e a prestação do aval. Ora tal ligação está *tipicamente presente* nas situações que analisamos, já que a prestação da garantia pessoal pelos sócios é uma das formas preferenciais de os credores curto-circuitarem o mecanismo legal da responsabilidade limitada (o sujeito acaba por responder por dívidas sociais não enquanto sócio, mas enquanto avalista).

Depois, assenta na ideia basilar de *inexigibilidade*: é inexigível, no horizonte negocial do pacto

(o acordo de preenchimento) que o avalista firmou com o credor, *continuar a garantir a devolução* de financiamentos societários cuja concessão *não lhe vai ser dado apreciar, controlar ou sequer conhecer* e dos quais *não vai beneficiar* minimamente, perdida que seja a sua qualidade de sócio.

E trata-se, concomitantemente e pelo menos em parte², também de uma exigência daquela mesma *ordem pública de protecção* que, como vimos, baliza as fronteiras da admissibilidade do aval *omnibus*: ao sair da sociedade, mantendo-se avalista, o sujeito iria ficar sujeito a um fluxo de responsabilidade por si doravante inabarcável e incontrolável

5.4. Alcance da desvinculação do avalista *omnibus*

É preciso frisar, contudo, que mesmo que o ex-sócio avalista se desvincule, *responde sempre por dívidas constituídas até à sua saída da sociedade – rectius*, por dívidas cujo concreto factio constitutivo (v.g., libertação de uma a tranche de financiamento) ocorra *antes* do momento em que a desvinculação se torna eficaz.

Isto porque, quanto a essas dívidas anteriores, obviamente não colhe a *ratio* assinalada à desvinculação; com essas responsabilidades *poderia e deveria contar* no momento em que deixou a sociedade.

5.5. Qualificação, condições de exercício e de eficácia da faculdade de desvinculação

Sob o ponto de vista da qualificação jurídica, estará em causa uma faculdade *de resolução do acordo de preenchimento por justa causa objectiva* (a inexigibilidade de permanecer vinculado nas concretas circunstâncias). Não me parece adequado ver aqui uma denúncia *ad libitum*, com fundamento na inadmissibilidade de vínculos perpétuos; a ser assim, qualquer sócio se poderia desvincular a qualquer momento, mesmo permanecendo na sociedade, desde que houvesse decorrido o chamado período de duração razoável.

Quanto ao modo de exercício, supõe uma *declaração* (de preferência) *escrita ao credor garantido*, com quem o avalista celebrou o acordo de preenchimento, comunicando a cessão de quotas e a sua intenção de se desvincular daquele acordo.

Esta declaração é dotada de eficácia meramente *ex nunc*, ou seja, *produz efeitos à data da sua recepção* (nos termos do art. 224º CCiv.): só a partir desse instante cessa a responsabilidade do avalista *omnibus*.

5.6. Consequências sobre uma eventual futura execução baseada no título

Quid iuris, perguntar-se-á, se o banco *ignora* a declaração de resolução recebida e *executa, no futuro, o ex-sócio com base no título cambiário preenchido*? A solução depende das responsabilidades abrangidas pelo concreto preenchimento do título.

² Dizemos “pelo menos em parte” porque esta específica objecção poderia ser afastada pela existência de um tecto de responsabilidade.

Assim, se tal preenchimento se reportar *apenas a dívidas posteriores* à desvinculação, dá-se a *extinção total da execução contra aquele executado* (mas não, naturalmente, contra a sociedade ou contra os outros sócios-avalistas).

Caso o preenchimento do título *abranja igualmente dívidas anteriores à desvinculação*, pelas quais o ex-sócio ainda responde, a extinção da execução será *apenas parcial* (relativa às dívidas posteriores).

Já se todas as dívidas vertidas no título forem *anteriores* à desvinculação do ex-sócio, é óbvio que execução também procede *integralmente* contra ele.

5.7. A (auto-)tutela dos interesses do banco credor

A solução que defendo *não desprotege intoleravelmente a posição do banco credor*, que tem ao seu alcance diversos expedientes para defender os seus próprios interesses.

Desde logo, *ex ante*, pode *prever no formulário do acordo de preenchimento as consequências* de uma desvinculação – embora não possa afastá-la ou penalizar o seu exercício: semelhantes estipulações seriam nulas pelas razões acima apontadas, ou seja, iam sujeitar o avalista a um fluxo de responsabilidade inabarcável e incontrolável, violando a ordem pública (art. 280º CCiv.). Mesmo que tivesse sido fixado um tecto quantitativo à responsabilidade, o que poderia afastar a objecção da falta de limites e da violação do art. 280º CCiv., subsiste intocada a *ideia de inexigibilidade*, pedra angular do mecanismo de desvinculação. Por conseguinte, qualquer afastamento ou entrave ao exercício de uma faculdade fundada nesta ideia constituiria uma *cláusula contrária à boa fé* e logo nula pelos arts. 15º e 16º do diploma que rege a utilização de cláusulas contratuais gerais.

Seja como for convém não esquecer que a perda de garantias pelo banco credor *apenas se projecta para o futuro*, logo estará perfeitamente ao seu alcance reagir *ex post* à ocorrência de uma diminuição. Na hipótese de continuar a interessar-lhe a manutenção da relação jurídico-negocial com a sociedade, *poderá introduzir nela modificações aptas a reforçar a sua posição credora* – por exemplo, reduzir o *plafond* da abertura de crédito ou exigir a prestação de garantias adicionais (pelos novos sócios, pelos antigos ou pela própria sociedade).

Semelhante modificação das relações jurídicas em vigor tanto pode corresponder ao exercício de uma *faculdade unilateral contratualmente prevista* (realçando, uma vez mais, a importância da previsão inicial deste tipo de ocorrências), como *ao expediente da resolução-salvo-modificação* (ou seja, declaração de resolução sob a condição suspensiva de a outra parte rejeitar a alteração que é proposta). Aliás, como mecanismo de defesa (e de pressão) até as modificações serem concretizadas, poderá o banco recusar a libertação de novas tranches pecuniárias relativas à execução do financiamento contratado.

Se nenhuma destas soluções for exequível ou desejável, permanece no horizonte do banco a *possibilidade de resolver o(s) contrato(s) subjacente(s) por justa causa*, se, com a alteração do substrato pessoal da sociedade associada à eliminação da garantia prestada pelo ex-sócio,

perder objectivamente o interesse a manutenção daquela relação comercial, nomeadamente pela elevação do patamar de risco.

5.8. Alcance da fixação de jurisprudência pelo AUJ STJ n.º 4/2013

Neste contexto, a uniformização de jurisprudência levada a cabo pelo AUJ do STJ n.º 4/2013 não me parece impedir uma solução na linha da que defendo.

Na verdade, o AUJ vem estabelecer a *inadmissibilidade da denúncia do aval* pelo sócio-avalista que cede a sua quota. Ora, não só não ocorre qualquer *denúncia* (mas sim uma resolução com justa causa), como a desvinculação não incide sobre o *aval* (é produzida em face do acordo de preenchimento extracambiário e não do negócio jurídico unilateral cambiário). Aliás, à data da cessão da quota *não existe sequer um aval que possa ser denunciado*, uma vez que ainda não estamos perante um título completo (arts. 2º e 76º LU).

*

Bibliografia

CUNHA, CAROLINA, *Letras e livranças: paradigmas actuais e recompreensão de um regime*, Almedina, Coimbra, 2012

CUNHA, CAROLINA, “Vinculação cambiária de sociedades: algumas questões”, *Nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, “Congresso Empresas e Sociedades” Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 361-393.

CUNHA, CAROLINA, “Pluralidade de avalistas e direito de regresso” anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2012, de 5.6.2012, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 40, Janeiro/Março 2013

CUNHA, CAROLINA, “Nulidade do contrato garantido e aval em branco – anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Fevereiro de 2013”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143º, Setembro-Outubro 2013, n.º 3982, p. 53-80

*

Vídeo da apresentação

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1z2acwajct/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. **COMPENSAÇÃO VOLUNTÁRIA E FUNÇÃO DE GARANTIA DA COMPENSAÇÃO**

HUGO RAMOS ALVES



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

COMPENSAÇÃO VOLUNTÁRIA E FUNÇÃO DE GARANTIA DA COMPENSAÇÃO* **

Hugo Ramos Alves¹

1. Introdução.
 2. A Compensação.
 - 2.1. Os requisitos da compensação legal.
 - 2.2. A Compensação convencional.
 - 2.3. A estrutura do regulamento compensatório convencional.
 - 2.4. O *pactum* de compensando.
 - 2.5. *Ex professo*: a compensação nas contas bancárias.
 3. O cruzamento da compensação com o penhor.
 - 3.1. O penhor de créditos.
 - 3.2. O penhor financeiro.
 4. A função de garantia da compensação.
 - 4.1. O recurso a mecanismos com fins de garantia.
 - 4.2. A função de garantia da compensação.
 - 4.3. O Regime do CIRE.
 5. À guisa de conclusão.
- Bibliografia.
Jurisprudência.
Vídeo.

1. Introdução

I. O mecanismo da compensação permite que duas pessoas, nos casos em que sejam reciprocamente credor e devedor, possam livrar-se da sua obrigação, através da compensação da sua obrigação com a obrigação do seu credor, contanto que se verifiquem determinados requisitos.

“Compensação” é um termo polissémico, porquanto o termo compensação pode traduzir:

- (i) O instituto da compensação, globalmente considerado,
- (ii) O acto que desencadeia a aplicação deste instituto, e

* Os preceitos legais em que não seja indicada a fonte pertencem ao Código Civil Português actualmente em vigor. Abreviaturas mais utilizadas: art. – artigo; AAVV – Autores Vários; BFD – *Boletim da Faculdade de Direito* (Coimbra); BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*; BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; CC – Código Civil; CClit. – *Codice Civile* (Itália); cfr. – confira; cit. – citado; CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência; DIGESTO – *Digesto delle Discipline Privatistiche*; ED – *Enciclopedia del Diritto*; ed. – edição; GCo – *Giurisprudenza Commerciale*, n.º - número; Nm - Número de margem; NssDI – *Novissimo Digesto Italiano*; p. – página; p. ex. – por exemplo; pp. – páginas; RDC – *Rivista di Diritto Civile*; RDCo – *Rivista del Diritto Commerciale – Diritto Generale delle obbligazioni*; ROA – *Revista da Ordem dos Advogados*; RTDC – *Revue Trimestrielle de Droit Civil*; RTDPC – *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; reimpr. – reimpressão; vol. – volume.

** O presente escrito tem por base o nosso “Sobre a função de garantia da compensação”, in *O Direito*, ano 142, 2010 – V, pp. 1019-1956, tendo sido objecto de adaptações para efeitos da presente exposição.

¹ Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jurisconsulto.

(iii) O efeito extintivo provocado pela compensação².

O ordenamento jurídico atribui relevo e confere dignidade a uma função económico-social expressa através da síntese dos efeitos substanciais que definem este instituto³. Efectivamente, podemos assentar no facto de a compensação ter ínsita uma actuação da autotutela privada, pois a compensação legal, ao atribuir ao devedor-credor a possibilidade de obviar a realização da prestação através da extinção da obrigação por mera declaração, configura uma autotutela unilateral executiva, ao passo que a compensação voluntária ou convencional representa uma autotutela consensual, em virtude de a satisfação do credor se fundar no consenso preventivo do outro sujeito da relação jurídica⁴.

A compensação prescinde de um juízo de valor, pois permite que o credor resolva uma situação de forma praticamente automática, não carecendo de ficar investido nas vestes de demandante. Destarte, o credor coloca-se ao abrigo da insolvência do devedor e, simultaneamente, evita fluxos de pagamentos, atento o facto de a compensação se consumir em abstracto, nas esferas respectivas dos intervenientes⁵. Aliás, a circunstância de a compensação evitar pagamentos permite igualmente colocar em realce o facto de se evitar a circulação de moeda e, assim, agilizar o tráfego jurídico⁶.

Prima facie, podemos assentar na circunstância de a compensação apenas ser possível contanto que, de um prisma objectivo, os objectos dos créditos em questão tenham uma grandeza homogénea e, de um prisma estritamente subjectivo, a circunstância de se prescindir do valor económico dos créditos, dado que o mecanismo compensatório apenas tem em linha de consideração os montantes nominais dos créditos compensandos⁷. Dito de outro modo, a compensação é uma expressão da supremacia da lei económica do menor esforço⁸, porquanto visa evitar uma dupla transferência de fundos, permitindo, igualmente que a parte que efectiva a compensação se coloque ao abrigo de um eventual risco de insolvência da contraparte⁹.

Mais concretamente, conforme assinala Redenti, a compensação de créditos encontra a sua razão de ser em considerações de puro bom senso, suscitando apenas problemas de técnica jurídica no tocante ao modo pelo qual será executada, *rectius*, ao modo pelo qual actuará¹⁰.

² MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 9.

³ Similarmente, PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Roma-Bolonha: Nicola Zanelli, 1975, p. 267.

⁴ PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milão: Giuffrè, 1997, p. 12.

⁵ Seguimos, no essencial, a síntese de MENEZES CORDEIRO, *Da compensação*, cit., p. 11.

⁶ Similarmente, COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Nápoles: Jovene Editore, 1983, p. 5.

⁷ GIULIANO, *La compensazione – con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milão: Giuffrè, 1955, pp. 5-6.

⁸ CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*. Milão: Società Editrice Libreria, 1909, p. 109.

⁹ MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 11. Acrescenta o autor que a compensação confere um privilégio *de facto* (“véritable privilège de fait”), afastando o credor-compensante do concurso de credores em relação ao seu devedor.

¹⁰ REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in RTDPC I (1947), pp. 10-45 (p. 10).

II. Afigura-se conveniente ter presente que não se pode confundir a compensação com a figura da dedução, a qual consiste em abater ao montante de um crédito, para o reduzir à sua justa expressão numérica, a importância de certos factores, dado que, nestas circunstâncias, não existem dois créditos recíprocos que se extingam mutuamente, mas tão-somente um crédito cujo montante tem de ser diminuído de certas dívidas¹¹.

Trata-se, aliás, de uma definição que sói ser adoptada espaço jurídico alemão, onde é comum distinguir entre a *Aufrechnung* e a *Anrechnung*, a qual por vezes é designada por compensação imprópria, dado que nesta figura estamos perante, aquando do acerto do crédito – *scilicet*, a sua determinação final – um crédito independente que será deduzido para determinar o valor final do crédito “compensado”¹².

O que equivale a dizer que na *Anrechnung* lidamos com a necessidade de tomar em consideração um único crédito, aquando da fixação final do valor de outro, motivo pelo qual esta figura encontra tradução, em sede de responsabilidade civil na *compensatio lucro cum damno*, pois o autor do facto ilícito não é credor da vítima desse facto, pelo que apenas se reduz o crédito da indemnização, em virtude do lucro conseguido com o facto ilícito, de molde a ser determinado o montante exacto do prejuízo sofrido¹³. Ou seja, a *Anrechnung* mais não é do que uma pura operação de contabilidade (“*reine Rechenoperation*”) relativamente aos valores envolvidos¹⁴.

2. A Compensação

2.1. Os requisitos da compensação legal

Não sendo esta a sede adequada para nos alongarmos sobre os requisitos da compensação¹⁵, limitar-nos-emos, por comodidade de exposição, a elencar, sumariamente, os requisitos da compensação legal.

De acordo com o disposto no artigo 847.º, é mister que os créditos compensandos sejam recíprocos, ou, na expressão de Brandão Proença¹⁶, sejam cruzados. Atenta a importância deste requisito, o mesmo é o objecto de densificação no artigo 851.º, que determina:

¹¹ Assim, p. ex., ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 199 e ISABEL FIGUEIREDO, *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, in *O Direito* 139 (2007), pp. 380-437 (p. 387).

¹² Assim, p. ex., SCHLÜTTER, *Anotação ao § 387 BGB* in *Münchener*, 4.ª ed., Munique: C. H. Beck, 2003, Nm. 50.

¹³ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Vol. I, 14.ª ed., Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, pp. 255-256, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit. , p. 199.

¹⁴ Similarmente, GERNHÜBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 208.

¹⁵ Para uma primeira aproximação, cfr., VAZ SERRA, *Compensação* in *BMJ* 31 (1951), pp. 13-209, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit. , p. 195 e segs., ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 1099 e segs., MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit.

¹⁶ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 35.

- (i) A compensação apenas pode abranger dívidas do declarante e
- (ii) O devedor apenas pode livrar-se da obrigação utilizando créditos seus e não de terceiro.

Ademais, é mister que o crédito compensando, aquando da declaração de compensação, seja exigível judicialmente e não esteja sujeito a nenhuma exceção, peremptória ou dilatória, de origem material. Dito de outro modo, o crédito activo terá de estar vencido, sendo certo que, no tocante ao crédito passivo, a compensação será possível quando este puder ser cumprido¹⁷. O que implica que não possa ocorrer a compensação de um crédito natural nem a compensação de um crédito sujeito a condição ou termo, enquanto a condição não se verificar ou o prazo não se vencer¹⁸. Mais concretamente, o crédito deve ser susceptível de ser reconhecido em acção de cumprimento, *i.e.*, que haja exigibilidade forte¹⁹, nada obstando a que tal reconhecimento apenas ocorra na fase declarativa de um litígio²⁰.

As obrigações a compensar terão de ser fungíveis²¹, o que representa um corolário manifesto do princípio de que o credor não pode ser forçado a receber coisa diferente da que lhe seja devida, ainda que de valor equivalente ou mesmo superior. O legislador não terá ignorado o facto de a fungibilidade assentar na consideração social que se faz das coisas em termos físicos, já que não existem duas coisas corpóreas absolutamente iguais, motivo pelo qual, nesta linha de raciocínio, existirá fungibilidade quando para os sujeitos seja indiferente deter uma ou outra coisa da mesma espécie²². Em suma, as dívidas terão de ser homogéneas, *i.e.*, terão de ser equivalentes de um ponto de vista económico-social, motivo pelo qual se pode concluir que estamos perante obrigações fungíveis e, como tal, substituíveis.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 113.

¹⁸ Assim, p. ex., PAULA PONCES CAMANHO, *Do contrato de depósito bancário* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2005, pp. 218-219, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., vol. II, pp. 204-205. Salienta MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 113, que uma obrigação natural pode extinguir-se por compensação com uma obrigação civil, sendo que, ademais, admite a compensação de um crédito natural com outro crédito natural, embora neste caso alerte para a necessidade de ter de se defender uma interpretação restritiva do art. 847, número 1, alínea a).

¹⁹ Em abono deste entendimento, na jurisprudência recente, cfr. o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 2015 (Proc. N.º 91832/12.3YIPRT-A.C) (MOREIRA DO CARMO) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>), o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 2008 (Proc. N.º 07B4401) (PEREIRA DA SILVA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>) ou o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2009 (Proc. N.º 436/07.6TBTMR.C1) (FALCÃO DE MAGALHÃES) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

²⁰ Cfr., por exemplo, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 2013 (Proc. N.º 5478/06.6TVLSB.L1.S1) (SILVA GONÇALVES) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

²¹ A expressão coisas fungíveis ("*res fungibiles*") tem origens romanas, tendo sido introduzida no século XVI por ZASÍUS, a propósito de um texto de PAULO relativo ao contrato de *mutui datio*. Assim MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral*, Tomo II, p. 151 e RAÚL VENTURA, *O Contrato de compra e venda no Código Civil* in ROA 43 (1983), pp. 587-643 (p. 599).

²² LACERDA BARATA, *Ensaio sobre a natureza jurídica do contrato de depósito bancário*, (polic) Lisboa, 1993, p. 174. Acrescenta ainda BIONDI, *Cosa fungibile e non fungibile*, cit., p. 1020 (2.ª coluna) que a fungibilidade caracteriza-se pela identidade/equivalência das coisas, motivo pelo qual considera que é vedado à autonomia privada considerar como fungíveis as coisas que, de um ponto de vista meramente social, não o são. Já GETE-ALONSO Y CALERA, *Función y estructura del tipo contratual*, Barcelona: Bosch, 1979, p. 360 considera que o conceito de fungibilidade é um conceito estritamente jurídico que assenta, na maioria dos casos, num critério essencialmente económico.

Neste particular, o dinheiro avulta como exemplo paradigmático de fungibilidade, já que, com o desenvolvimento da economia, passou a ser entendido como valor, *rectius*, como denominador comum de valores, pelo que se atende não às espécies singulares – como as notas ou as moedas – mas também à sua quantidade²³. Dito de outro modo, a obrigação pecuniária acaba por ser concebida como um débito de quantia monetária, centrando-se o nosso interesse não tanto na coisa em si, mas no seu valor considerado em abstracto²⁴

Finalmente, o crédito compensando terá de existir e ser válido. Dito de outro modo, as dívidas terão de ser líquidas, ou seja, terão de estar determinadas, tendo igualmente de estar fixada a sua quantia, *id est* o montante máximo que poderá ser objecto de compensação.

Finalmente, cabe notar que, contrariamente ao disposto no artigo 765.º, número 1 do Código de Seabra, o CC não exige que as obrigações compensandas sejam líquidas. Com efeito, de acordo com o artigo 847.º, número 3, a iliquidez da dívida não impede a compensação, alegando Vaz Serra em abono desta solução que o credor não pode ser prejudicado pelo facto de o crédito não estar liquidado²⁵.

2.2. A compensação convencional

I. É frequente depararmos com convenções destinadas a permitir a compensação de créditos. Trata-se, aliás, de contratos de grande importância prática, porquanto tanto são utilizados em câmaras de compensação (as *clearing houses*) como em situações comerciais normais, como é o caso de contratos de conta-corrente²⁶.

De um ponto de vista meramente descritivo, tais convenções podem ser caracterizadas da seguinte forma: um credor, geralmente um Banco, concede crédito a um seu cliente, convencendo a possibilidade de compensar o crédito garantido com os saldos ou depósitos que o cliente tiver junto do referido banco. Adicionalmente, é frequente que tal convenção permita a compensação de créditos mesmo que não estejam vencidos ou ainda não sejam exigíveis os créditos do cliente perante o Banco²⁷.

²³ JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1922, p. 363.

²⁴ LACERDA BARATA, *Ensaio sobre a natureza jurídica do contrato de depósito bancário*, cit., p. 177.

²⁵ VAZ SERRA, *Compensação (estudo de política legislativa)*, separata do BMJ 31 (1952), p. 73. Este requisito consta de alguns ordenamentos como é o caso do ordenamento italiano, onde é *communis opinio* que um crédito tem de ser líquido, *i.e.*, quando é determinado pelo seu montante ou quando é determinável mediante um puro processo de cálculo aritmético. Sobre este aspecto, com referências à orientação jurisprudencial neste ordenamento, cfr. MASCANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, in *Tratato delle obbligazioni* dirigido por LUIGI GAROFALO e MARIO TALAMANCA, Vol. III – *I modi di estinzione*, Pádua: CEDAM, 2008, pp. 189-357 (pp. 197-200).

²⁶ Similarmente, SCHLÜTTER, *Anotação ao § 387*, Nm. 52.

²⁷ A este propósito afigura-se pertinente chamar a atenção para o facto de, *summo rigore*, não podermos confundir a compensação convencional com a compensação facultativa, uma modalidade em que uma das partes renuncia a opor qualquer obstáculo à extinção do crédito. Neste sentido CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato Italiano*, cit., p. 41. Já MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, cit., p. 159, identifica a compensação facultativa como uma modalidade de compensação em que é conferida a apenas uma das partes a faculdade de extinguir dívidas. Trata-se, aliás, de uma distinção conhecida entre nós e patente em GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil*, Vol. II – *Das Obrigações*, Coimbra, 1911, pp. 275.

Estamos, assim, perante uma situação em que o Banco invoca eficazmente a compensação a partir da simples coexistência dos créditos, levando a que sua eficácia retroaja ao momento da celebração, *i.e.*, ao momento em que tenha sido celebrada tal convenção, sendo certo que, no que diz respeito às garantias, a prioridade dependerá da data da sua constituição. Adicionalmente, é frequente convencionar-se a desnecessidade de os créditos compensandos não terem de reunir os requisitos plasmados pelo legislador no artigo 847.º, o que equivale a dizer que esta compensação é possível, contanto que:

- (i) Estejamos perante créditos exigíveis judicialmente e desde que
- (ii) As obrigações em questão tenham por objecto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade²⁸.

Trata-se da compensação convencional, figura que não encontrou acolhimento expresso no CC, contrariamente ao que ocorre no ordenamento italiano, mas que tem sido admitida tendo por base o princípio da liberdade contratual²⁹. Com efeito, *a priori*, nada obsta a que tal suceda, já que o princípio da liberdade contratual vertido no art. 405.º dá cobertura a estas actuações que procuram dispensar alguns dos requisitos da compensação legal. Assim, poderá, p. ex., prescindir-se do benefício do prazo ou de outras prerrogativas, bem como admitir a compensação de créditos que não sejam homogéneos, podendo mesmo ser dispensada a própria declaração de compensação, de modo que esta opere automaticamente ou em função de quaisquer factores a que se apele³⁰. Em qualquer caso, e pese embora a guarida oferecida pela liberdade da autonomia privada, é mister não olvidar que, em abstracto, a admissibilidade da compensação convencional terá de ter como limites a própria licitude da convenção e, sobretudo, a particular função do negócio³¹ que as partes pretendem derrogar³².

Como é facilmente perceptível, a compensação convencional³³ é útil para o credor compensante já que, pelo seu exercício, faz uso de uma “preferência” ou prioridade” no

²⁸ Para uma análise destes requisitos, por todos, cfr., MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., pp. 105-120.

²⁹ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 265, HUBERT KADUK, *Anotação prévia ao § 387 BGB*, Nm. 59, in STAUDINGER, 12.ª ed, Berlim: J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co; ISABEL FIGUEIREDO, *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, cit., p. 417. A este propósito, é lapidar GERNHÜBER, *Die Erfüllung un ihre Surrogate*, cit., p. 297, afirmando “*Die Zulässigkeit von Aufrechnungverträgen ist zu keiner Zeit bezweifelt worden.*”. Na jurisprudência, cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013 (Proc. N.º 147/11.8TBGVA.C1) (TELES PEREIRA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

³⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., pp. 150-151.

³¹ FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.ª ed., cit., p. 331. Sobre a causa, monograficamente, cfr., a título de exemplo, na literatura germânica, WESTERMANN, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1967 e BREMKAMP, *Causa – Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlim: Duncker & Humblot, 2008, *passim*. Para o ordenamento italiano, cfr. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, Turim: Giapichelli, 2000, ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Pádua: CEDAM, 2008. Para a literatura francesa, cfr., por todos, GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, *passim*.

³² COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Nápoles: Jovene Editore, 1983, p. 37.

³³ Esta modalidade de convenção é expressamente prevista pelo art. 1252 do CClT, onde podemos ler: “*Per volontà delle parti puo aver luogo compensazione anche se non ricorrono le condizone previste dagli articoli precedenti. Le parti possono anche stabilire preventivamente le condizioni de tale compensazione*”

A este propósito, salienta DALBOSCO, *La compensazione convenzionale*, in RDC 1996, p. 179 que estamos perante uma qualificação ambígua e incompleta, dado que qualquer forma de compensação assenta numa

pagamento, que deriva da simples coexistência de créditos cruzados, sendo certo que tal coexistência, por via de regra, não é causal, mas tão-somente querida pelas partes³⁴, motivo pelo qual há que procurar balizar quais os limites ou requisitos para que esta possa ser oposta eficazmente perante os restantes credores³⁵.

II. Na compensação convencional estamos perante um acordo que não está vocacionado directamente para tornar possível a efectivação da compensação legal, mas, outrossim, está vocacionado para prever a extinção imediata de créditos recíprocos, pois, por via de regra, é um contrato mediante o qual as partes regulam uma remissão (*scilicet*, extinção) de créditos recíproca³⁶, dado que a compensação, na sua essência, tem eficácia liberatória. Assim, em abstracto, a compensação convencional permite que as partes, uma vez verificada a existência de dois débitos contrapostos, os quais não têm os requisitos exigidos pela lei para efectuar a declaração de compensação:

- (i) Logrem compensar os créditos em função do acordo obtido e
- (ii) Estabeleçam as qualidades que os débitos devem ter para que a compensação possa ocorrer³⁷. Estamos, pois, perante uma situação em que a compensação é o produto e efeito da vontade das partes, sendo configurável, em teoria, a possibilidade de serem previstas situações de compensação meramente facultativa, a qual ficará a depender da vontade da parte que dela pode lançar mão. Independentemente de esta modalidade ser ou não reconduzível a uma modalidade de compensação legal, a compensação facultativa encontra a sua justificação no poder dispositivo reconhecido às partes, ou seja, a faculdade que cada uma das partes de um negócio tem de renunciar uma situação que obstará à compensação, como é o caso, p. ex., em que os créditos compensandos não são totalmente exigíveis^{38 39}.

conduta voluntária [a declaração de compensação], motivo pelo qual propõe a adopção do binómio compensação por acto negocial unilateral (abarcando quer a compensação legal quer a compensação judicial) e compensação por acto negocial bilateral, a qual abarcará a compensação convencional.

³⁴ GARCIA VICENTE, *La prenda de créditos*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 228. Não obstante, cumpre salientar igualmente que a compensação convencional permite que sejam compensados créditos que não poderiam ser objecto deste modo extintivo de obrigações. Com efeito, a compensação convencional permite, por via de regra, que as partes possam celebrar um acordo através do qual sejam removidos os obstáculos que impediam a compensabilidade de créditos já existentes.

³⁵ VAZ SERRA, *Penhor* in *BMJ* 59 (Outubro de 1956), pp. 13-269 (p. 210), entende que a compensação apenas pode ser declarada nos casos em que os requisitos dela existissem já antes de ao terceiro ser notificada, dado que após esse momento o empenhador não pode exigir o crédito em virtude de já se encontrar vinculado à garantia do crédito pignoratício

³⁶ SCHLESINGER, *Compensazione (diritto civile)* in *NssDI*, tomo III, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, pp. 722-731 (p. 730, 1.ª coluna).

³⁷ DE LORENZI, *Compensazione* in *DIGESTO – Sezione Civile*, tomo III, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, pp.65-77 (p. 77, 2.ª coluna). A autora salienta que no primeiro caso a extinção dos créditos efectua-se *ex nunc*, enquanto na segunda hipótese tal sucederá no momento em que se verifique a coexistência dos débitos recíprocos.

³⁸ Considera SCHLESINGER, *Compensazione (diritto civile)*, cit., p. 730 (1.ª e 2.ª colunas) que esta modalidade de compensação não deve ser autonomizada, dado que não se provoca uma extinção automática do crédito, sendo apenas criada a situação com base na qual, com um acto voluntário sucessivo de oposição à excepção, ocorrerá a extinção dos créditos. No mesmo sentido, DE LORENZI, *Compensazione*, cit., p. 77 (2.ª coluna). Já COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, cit., p. 43, salienta que a compensação facultativa apenas tem lugar quando estão reunidos os requisitos da compensação convencional, salientando que a

Em qualquer caso, frise-se desde já que é requisito essencial ou, pelo menos, tendencial, da compensação convencional a existência de créditos recíprocos⁴⁰, já que este é o único requisito capaz de justificar a concreta ligação das partes na operação negocial, uma vez que este requisito não só dita a concreta ligação das dívidas compensandas como, também, dita a ligação das partes, permitindo aferir da causa (*hoc sensu*, motivo) do contrato celebrado. Isto porque, caso não exista reciprocidade dos créditos, resultará impossível o efeito compensatório, porquanto ambos os créditos permanecem incólumes, em virtude de o objecto de satisfação visado pela regulamento compensatório permanecer inalterado. Não obstante, esta conclusão deve ser temperada, pois, na eventualidade de o terceiro assentir no acordo compensatório, será imperioso relevar a respectiva declaração negocial e, como tal, neste caso a compensação convencional valerá plenamente⁴¹, motivo pelo qual qualificamos este requisito como tendencial.

III. Na *praxis* bancária é comum o recurso a cláusulas possibilitando a compensação convencional. Dado que, o mais das vezes, estaremos perante cláusulas contratuais gerais, as mesmas são regidas pelo disposto no Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro. Conforme é comumente assinalado pela doutrina, estes contratos de adesão colocam problemas de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas e no plano processual mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que atua *a posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto⁴².

Como é sabido, o regime das cláusulas contratuais gerais assenta na previsão de um conjunto de cláusulas que proíbe em termos absolutos (artigos 18.º e 21.º) e de cláusulas que proíbe em termos relativos (artigos 19.º e 22.º). De igual modo, é efetuada a destriça entre as relações entre empresários ou entidades equiparadas e as relações com consumidores finais. Assim, enquanto nas relações entre empresários, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas

possibilidade de obviar à eficácia da compensação é uma mero poder atribuído a uma das partes, não sendo, por conseguinte, um caso em que os requisitos legais não estão reunidos.

³⁹ Saliente-se que temos em mente, apenas, os casos em que são reduzidos os requisitos legais para operar a compensação. *A priori*, afigura-se igualmente possível que as partes convencionem um agravamento dos mesmos.

⁴⁰ PERLINGIERI, *Regolamento compensativo volontario e compensazione volontaria*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I. tomo II, Milão, Giuffrè, pp. 1729-1750 (pp. 1729-1730) e, mais recentemente, MASCIANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, cit., p. 233. Em sentido contrário, GERNHÜBER, *Die Erfüllung un ihre Surrogate*, cit., p. 299, defendendo que quem pode cumprir obrigações alheias pode igualmente estipular a compensação convencional de créditos alheios.

⁴¹ Abordando um caso similar, cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013 (Proc. N.º 147/11.8TBGVA.C1) (TELES PEREIRA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

⁴² Assim, PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão – O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, instituído pelo D.L. n.º 446/85, de 25 de outubro*, in ROA 46 (dezembro 1986), pp. 735-769 (pp. 742-745). Similarmente, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e direciva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 59. Trata-se, no essencial, de um sistema ancorado na verificação de três requisitos cumulativos: (i) predisposição unilateral, (ii) indeterminação e (iii) rigidez. Assim, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 17. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*, 5.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2013, p. 171, sustenta que o sistema assenta apenas nas características da predisposição unilateral e de generalidade.

são apenas as que constam dos artigos 18.º e 19.º, tratando-se de relações com consumidores, também serão proibidas, de modo absoluto ou relativo, as que constam dos artigos 21.º e 22.º, conforme decorre do disposto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

Mais concretamente, no âmbito das cláusulas absolutamente proibidas, o artigo 18.º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 446/85 determina a proibição das cláusulas que excluam a faculdade de compensação, quando admitida pela lei. Daqui decorre que não é proibida a agilização da compensação ou, em termos mais amplos a adopção de clausulados destinados a balizar os termos e condições que presidiram a um digamos, acerto de contas entre o banco e o respectivo cliente⁴³.

2.3. A estrutura do regulamento compensatório convencional

I. À partida, o princípio da autonomia privada encontra a sua maior expressão no poder conferido aos privados de estabelecerem, a título preventivo, as condições da compensação, desenvolvendo, deste modo, uma actividade meramente regulamentar e normativa⁴⁴. Ora, no que à compensação diz respeito, é de crer que, por via de regra, a autonomia privada incidirá sobre a compensação de duas formas distintas:

- (i) Modificando o regulamento legal ou voluntário vigente para a extinção das obrigações, deixando, assim, à fonte precedente a qualificação do efeito, sendo a situação o facto ao qual a norma liga o efeito extintivo compensativo, e
- (ii) Incidindo directamente não sobre o regulamento compensativo, mas, outrossim, realizando de forma directa a extinção por compensação⁴⁵.

Atento o silêncio do legislador perante esta particular modalidade de compensação, é assaz comum construir o respectivo regime tendo por referência o regime da compensação legal. Mais concretamente, o regime legal deverá ser convocado para aferir da eventual supletividade, pois convém não olvidar que a compensação convencional, passe a expressão, enfraquece/molda o regime vigente, dificultando uma eventual aplicação analógica. Com efeito, o intuito perseguido pelas partes aponta para o, digamos, enfraquecimento do regime legal, motivo pelo qual, *a priori*, a analogia apenas relevará caso estejamos perante normas destinadas a proteger terceiros, sendo vedada nos casos em que a norma em questão apenas tenha em consideração o interesse de uma das partes⁴⁶.

II. Numa primeira aproximação, afigura-se conveniente delimitar o campo de aplicação da compensação convencional tendo por referência a compensação legal. Efectivamente, não havendo disposição expressa no CC sobre esta figura, caberá aferir da eventual

⁴³ *Summo rigore*, poderão igualmente ser construídos regimes mais gravosos para a compensação de créditos, pese embora o instituto vise a simplificação de pagamentos.

⁴⁴ REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, cit., p. 38.

⁴⁵ PERLINGIERI, *Regolamento compensativo volontario e compensazione volontaria*, cit., pp 1736-1737.

⁴⁶ Neste sentido, GERNHÜBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, cit. p. 298.

dispensabilidade dos requisitos vertidos na lei a propósito da compensação legal para, desse modo, procurar balizar os limites da compensação convencional⁴⁷.

Antes do mais, não será despidendo sublinhar que na compensação legal existe o poder de determinar unilateralmente a extinção da relação obrigacional mediante a declaração de compensação, contanto que esta seja efectuada de acordo com o estipulado pelo CC, ao passo que a compensação convencional coincidirá com a possibilidade de derrogar as condições vertidas no regime legal, o que permitiria a produção do efeito compensatório (*scilicet*, a eficácia liberatória do negócio), mesmo nos casos em que não estejam verificados os requisitos legais⁴⁸.

Destarte, facilmente se compreende que assume relevância central o *pactum de compensando*, o qual terá de ser erigido a elemento essencial desta modalidade de compensação, porquanto tende a realizar a extinção das posições recíprocas por via da compensação, mesmo que tal seja logrado (i) através da derrogação dos requisitos legais de compensação ou (ii) através da fixação prévia das condições em que o efeito compensatório poderá operar. Tudo se resume, pois, a que o *pactum de compensando* seja uma expressão directa da auto-regulação de interesses das partes⁴⁹.

Em qualquer caso, na eventualidade de o concreto quadro negocial das partes se revelar deficiente, *rectius*, lacunar, regerà o mecanismo da compensação legal, mas, também, a proibição do pacto comissório⁵⁰.

III. O pacto comissório é, conforme decorre das suas raízes romanistas, uma convenção mediante a qual ocorre a perda ou a extinção da propriedade de uma coisa do devedor a favor do respectivo credor. Sendo assim, facilmente se percebe que o legislador pretenda vedar comportamentos abusivos e/ou fraudulentos do credor, pelo que sanciona a nulidade do pacto comissório⁵¹. Com efeito, a proibição do pacto comissório, por um lado, assenta numa razão de teor ético-moral que visa evitar o destroçamento do devedor que, o mais das vezes,

⁴⁷ A estes limites acrescerão, como nota JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, Coimbra: Livraria Almedina, 2012, p. 185, limites intermédios, como a proibição do negócio usurário ou do pacto comissório.

⁴⁸ Similarmente, PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, cit., pp. 115-116.

⁴⁹ PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, cit., pp. 120-121.

⁵⁰ Sobre o pacto comissório, numa primeira aproximação, Cfr., p. ex., ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório – contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, cit., CATARINA PIRES CORDEIRO, *Do pacto comissório (ao pacto marciano): entre a eficiência e a Justiça comutativa nas relações creditícias*, Lisboa, 2004, JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto autónomo e o pacto marciano – Ac. do STJ de 30.1.2003, Rec. 3896/02*, in CDP 8 (Outubro/Dezembro 2004), pp. 57-72, JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 90 e segs., LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milão: Giuffrè, 1952, *passim*, BIANCA, *Patto commissorio* in NssDI, tomo XII, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966, pp. 712-721, LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio* in RDC XXXVI (1990), pp. 219-242, DI PAOLO, *Patto commissorio* in DIGESTO – Sezione Civile, tomo XIII, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993, pp. 309-314 ou CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2000, *passim*.

⁵¹ Na expressão lapidar de JURGEN DAMRAU, *Anotação ao §1229 BGB*, Nm. 2 in *Münchener*, 4.ª ed. Vol. VI *Sachenrecht §§ 854-1296*, Munique: C.H. Beck, 2004, para efeitos de proibição do pacto comissório (“*Verfallvereinbarung*”) é indiferente estarmos perante uma transmissão de propriedade condicionada ou uma obrigação de transmitir a propriedade que se vença automaticamente.

pode ser uma vítima da sua necessidade de solvência económica, acreditando na possibilidade de resgatar o objecto da garantia em momento futuro.

Não sendo esta a sede para nos debruçarmos sobre a natureza da proibição do pacto comissório, sempre diremos que o fundamento de tal proibição é plúrimo e complexo⁵², relevando a um tempo o propósito de proteger o devedor da (hipotética) extorsão do credor, bem como a necessidade a que corresponde um interesse geral do tráfico, mormente o interesse de não serem falseadas as regras que ditam a conduta dos agentes, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores em detrimento dos demais⁵³.

Ora, precisamente por este motivo, deve entender-se que a proibição do pacto comissório é a manifestação de um princípio geral, o qual veda a sujeição convencional do devedor a um poder de autotutela e de auto-satisfação do credor⁵⁴. Caso assim não se entenda, nas situações em que não haja uma total equivalência dos valores dos créditos compensandos, apenas será possível, *a priori*, o recurso à figura do negócio usurário. O que equivale a dizer que apenas admitimos a compensação convencional nas situações em que haja uma total equivalência entre os valores dos créditos compensandos, sob pena de, em caso contrário, estarmos a abrir a porta a eventuais comportamentos fraudulentos e/ou destinados a aproveitar uma situação de inferioridade de uma das partes envolvidas, situação que a proibição de pacto comissório visa obviar.

2.4. O *pactum de compensando*⁵⁵

I. Através do acordo compensativo, as partes, por via de regra, programam a extinção imediata de obrigações recíprocas, mesmo que tais obrigações ainda não existam ou, pelo contrário, mesmo que não estejam verificados os requisitos da compensação. Destarte, a causa do negócio não radicará na extinção das posições devedoras, mas, outrossim, na aplicação do mecanismo extintivo através da previsão de condições de compensabilidade distintas daquelas previstas pelo legislador⁵⁶.

⁵² JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 94. Um exemplo desta fundamentação plúrima da proibição do pacto comissório é-nos dada na doutrina italiana por LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio* in RDC XXXVI (1990), pp. 219-242, (p. 234).

⁵³ Similarmente, CATARINA PIRES CORDEIRO, *Do pacto comissório (ao pacto marciano): entre a eficiência e a Justiça comutativa nas relações creditícias*, Lisboa, 2004, pp. 35-36. Para uma apreciação crítica dos fundamentos da proibição do pacto comissório veja-se, entre nós, IDEM, *Ibidem*, cit., pp. 24-42 e ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório*, cit., pp. 56-75.

⁵⁴ BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni* in RDCo XXIX (1939), Parte Seconda, pp. 689-715 (p. 699).

⁵⁵ Saliente-se que, por comodidade, utilizaremos a expressão *pactum de compensando* relativamente a todo e qualquer acordo de compensação. Note-se que, *summo rigore*, apenas se poderá falar de *pactum de compensando* nos casos em que lidemos com a regulação da compensação de créditos futuros. Neste sentido, p. ex., HUBERT KADUK, *Anotação prévia ao § 387 BGB*, Nm. 77, in STAUDINGER, cit.

⁵⁶ PETRONE, *La compensazione tra autotela e autonomia*, cit., p. 134. Saliente-se que não abordaremos a hipótese de compensação comumente designada como “compensação cumulativa” pela doutrina italiana, a qual permite que haja lugar à compensação não entre dois sujeitos distintos, respectivamente credor e devedor, mas sim entre vários sujeitos, como sucede, ademais, nas câmaras de compensação. Para uma primeira aproximação, cfr., COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, cit., pp. 38-39.

Adicionalmente, o *pactum de compensando* que tenha por objecto a fixação das condições em que poderão ser compensados créditos em momentos futuros perseguirá uma actividade regulamentar/normativa destinada a regular a extinção, por compensação, de relações obrigacionais futuras ou, pura e simplesmente, a modificar um concreto regulamento pré-existente entre as partes⁵⁷.

Conforme pudemos verificar no número anterior, a compensação convencional tem o seu campo de aplicação (i) através da derrogação dos requisitos legais de compensação ou (ii) através da fixação prévia das condições em que o efeito compensatório poderá operar. Cumpre, nesta sede, tecer algumas considerações adicionais.

II. No tocante à primeira situação, somos do entendimento que o *pactum de compensando* terá por efeito a extinção imediata dos débitos aquando da verificação do facto contratualmente acordado⁵⁸, dado que nestas situações a compensação convencional terá na sua origem um acordo concluído num momento em que o binómio crédito-débito já existe, pese embora ambos não sejam legalmente compensáveis entre si, cabendo ao *pactum de compensando* a tarefa de remover os obstáculos que impedem a compensação de créditos⁵⁹. Assim, haverá ainda que concluir que a compensação não terá, em princípio, efeitos *ex tunc*, mas sim *ex nunc*, porquanto o negócio tem como efeito a cessação da exigência de pagamento dos débitos através da sua “anulação” por força da compensação. Em abono desta solução tem sido sustentado que o *pactum de compensando* tem natureza constitutiva, estando os respectivos efeitos intrinsecamente relacionados com a declaração de vontade das partes, motivo pelo qual está vedada a retroactividade da compensação⁶⁰.

Em qualquer caso, cumpre salientar que não podem ser derogados requisitos injuntivos, como é o caso, designadamente, da proibição de compensação de créditos impenhoráveis, plasmado no artigo 853.º, número 1, alínea b)⁶¹. Na verdade, é mister ter em mente que, por via de regra, estes créditos visam garantir a subsistência do credor e da respectiva família. Ora, se não podem os próprios tribunais extinguir estes direitos, também não poderão as partes fazê-lo através do regulamento compensativo⁶². De igual modo, também será vedada a compensação convencional sempre que estejam em causa direitos de terceiro⁶³.

III. Já na segunda situação, o efeito extintivo perseguido pela compensação convencional não será reconduzível à factiespécie contratual, sendo, assim, um efeito natural e automático que

⁵⁷ PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, cit., p. 135. A este propósito, A propósito da possibilidade de a compensação convencional ter por objecto, cfr., GERNHÜBER, *Die Erfüllung un ihre Surrogate*, cit., pp. 300, defende, como princípio geral, que aquilo que pode ser objecto de antecipação/previsão pelas partes, pode igualmente ser objecto de estipulação compensatória prévia.

⁵⁸ GIULIANO, *La compensazione con particular riguardo alle procedure concursuali*, Milão: Giuffrè, p. 87.

⁵⁹ REDENTI, *La compensazione dei debiti neo nuovi codici*, cit., p. 36.

⁶⁰ MASCIANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, cit., p. 239.

⁶¹ *Summo rigore*, os limites vertidos no artigo 853.º não poderão ser derogados. Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., pp. 185-186.

⁶² Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações, Vol. II*, cit., p. 228, nota de pé-de-página 1.

⁶³ Cfr., por exemplo, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 2013 (Proc. N.º 2/11.1TVPR.T.1.S1) (GRANJA DA FONSECA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

encontra a sua justificação, *rectius*, a sua razão de ser no *pactum de compensando*⁶⁴. Isto porque as partes, com a celebração do contrato, adquirem um direito a compensar, o qual apenas poderá ser exercido a partir do momento em que estejam verificados os requisitos contratualmente previstos⁶⁵.

Com efeito, enquanto no primeiro dos casos estamos defronte uma compensação em sentido próprio, no segundo lidamos com uma situação em que as partes operam a modificação das condições legalmente previstas para o exercício da declaração de compensação, prevendo situações de futuras compensações relativamente a obrigações que ainda não existem aquando da celebração do contrato ou que, pura e simplesmente, ainda não foram assumidas pelas partes⁶⁶. Adicionalmente, há que concluir que também nesta situação a compensação terá efeito *ex tunc* a partir do momento em que os créditos possam ser compensáveis⁶⁷. Aliás, seguindo a distinção terminológica comumente adoptada no espaço jurídico italiano, podemos dizer que a compensação convencional apenas se refere aos casos em que se regula a compensação de créditos já existentes, pois, no caso de créditos futuros, estaremos perante um regulamento normativo destinado a tornar possíveis futuras compensações⁶⁸.

Em qualquer, podemos concluir que mesmo nos casos em que as partes se limitam a fixar as situações em que poderá ocorrer a compensação, *maxime*, no caso em que regula a compensabilidade de créditos futuros, o negócio persegue ainda uma função compensativa, dado que o intuito das partes é regular o modo pelo qual os créditos poderão ser extintos⁶⁹. Efectivamente, a compensação convencional será ainda um contrato extintivo na medida em que as eventuais derrogações ao regime legal previstas pelas partes destinam-se a legitimar o exercício do direito potestativo de compensar⁷⁰.

IV. Para além da hipótese que temos estado a analisar, *i.e.*, a de o *pactum de compensando* ser um acordo constitutivo, nada obsta a que o *pactum de compensando* seja o produto de um acordo de natureza modificativa⁷¹.

⁶⁴ SCHLESINGER, *Compensazione*, cit., p. 730 (1.ª coluna), PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, cit., p. 164.

⁶⁵ GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, cit., p. 88.

⁶⁶ PERLINGIERI, *Regolamento compensativo volontario e compensazione volontaria*, cit., p. 1741 e MASCIANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, cit., p. 240.

⁶⁷ Em sentido contrário, se bem que de forma genérica, GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil*, Vol. II – *Das Obrigações*, cit., p. 276, salientando que a compensação voluntária extingue, tal como a legal, dois créditos total ou parcialmente. Todavia, uma vez que a fonte desta compensação radica na vontade das partes e não na Lei, não poderá ter efeito retroactivo.

⁶⁸ Assim, p. ex., COSENTINO PATTI, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, cit., p. 40.

⁶⁹ Note-se, não obstante, que o *pactum de compensando* deverá conhecer limites, dado que a sua admissibilidade sem mais pode vir a lesar terceiros. Precisamente por este motivo, o artigo 99.º, número 4 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas prevê que a compensação não é admissível se (i) a dívida à massa se tiver constituído após a data da declaração de insolvência, designadamente em consequência da resolução de actos em benefício da massa insolvente; e se (ii) o credor da insolvência tiver adquirido o seu crédito de outrem, após a data da declaração de insolvência.

⁷⁰ PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 338, PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, p. 122.

⁷¹ MASCIANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, cit., p. 241. Sobre o negócio modificativo da obrigação, cfr. HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2003, *passim*.

A este propósito, importa ter presente que a modificação da obrigação, ou, em termos mais amplos, do negócio jurídico, pode ser objeto de gradação, porquanto podem ser modificados apenas certos aspetos do negócio obrigacional (modificação *stricto sensu*) ou, inclusive, o próprio negócio jurídico (modificação *lato sensu*)⁷², bem como, ainda, a modificação do negócio jurídico perspectivado em termos meramente económicos (modificação *latissimo sensu*). Ora, nesta última modalidade, podemos ter alterações do objeto negocial (que podem compreender a dação em cumprimento, dado que o objeto negocial inicial é substituído por um *aliud*), das partes (por via da assunção de dívida ou de cessão de créditos) ou, em termos ainda mais amplos, pela substituição da obrigação por outra, situação que poderá abranger o instituto da novação. Isto porque a modificação, em geral, abrange, no que à obrigação diz respeito, o dever primário de prestar ou mesmo os deveres acessórios, nomeadamente a identidade, qualidade e quantidade do objeto da prestação, mas, também, sujeições, faculdades ou exceções, situações enquadráveis na obrigação considerada enquanto unidade complexa⁷³.

Para efeitos da qualificação como negócio modificativo, o intérprete terá de ser capaz de afirmar a continuidade do complexo negocial, o que terá como pressuposto que não se verifique o *animus novandi*⁷⁴.

Nos casos em que a compensação convencional seja o produto de um acordo modificativo, tem sido assinalado pela doutrina italiana que a extinção da obrigação ocorre na sequência da exceção de compensação, salvo se as partes tiverem previsto a desnecessidade de alegar tal exceção⁷⁵. Sem prejuízo desta asserção, importa ter presente o perigo da generalização, pelo que terá de se aferir casuisticamente da natureza do acordo *sub iudice*, bem como aferir da fonte do acordo objecto da modificação⁷⁶. Não obstante, por via de regra, estes acordos não se limitarão a remeter para os requisitos legais e curarão de prever que a extinção ocorre no momento da coexistência de créditos, motivo pelo qual não se poderá falar de retroactividade do negócio, mas tão somente de eficácia *ex nunc*⁷⁷.

2.5. *Ex professo*: a compensação em contas bancárias

I. Conforme assinala Menezes Cordeiro, a abertura de conta é o acto nuclear da relação jurídico-bancária⁷⁸. Com efeito, o mero compulsar de um contrato de abertura de conta, *rectius*, das condições gerais de abertura de conta, permite concluir que este contrato tende a

⁷² HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, cit., p. 11.

⁷³ HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, cit., pp. 11-12.

⁷⁴ Em termos similares, analisando os limites à continuidade do negócio, HAU, *Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag*, cit., p. 26 e segs.

⁷⁵ Cfr., por todos, PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 393.

⁷⁶ Em suma terá de ser efectuada uma ponderada interpretação do negócio jurídico. Sobre esta, cfr. SANTOS JÚNIOR, *A interpretação dos negócios jurídicos*, Lisboa: AAFDL, 1989, *passim*, bem como o clássico FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2001, *passim* e RAQUEL REI, *Da interpretação negocial no direito civil português* (diss.), Lisboa, 2010, *passim*.

⁷⁷ MASCIANGELO/MORACAVALLI/VOMERO, *La compensazione*, cit., p. 241. No entanto, os autores, *op. cit.*, p. 242, afirmam que esta modalidade pode ter eficácia *ex tunc* fora dos casos em que o *pactum de compensando* corresponda a um negócio modificativo da obrigação.

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 5.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2014, p. 532 e segs.

regular, com particular desenvoltura, os principais aspectos que regerão as relações entre o banco e o cliente, sendo a compensação de saldos um desses aspectos.

Assim, indicaremos sumariamente os termos em que a compensação de contas bancárias⁷⁹ pode ocorrer. Para o efeito, teremos de ter como ponto de partida a circunstância de, da perspectiva do banqueiro, a compensação ser expedita, atenta a existência de um princípio de unidade da conta, *i.e.*, da possibilidade de ser possível cotejar as várias contas tituladas pelo cliente para aferir do respectivo saldo global, o que conflitua com a unidade, *rectius*, autonomia da conta que, *a priori*, determina que cada conta deve ter um regime jurídico próprio. Em termos práticos, as cláusulas que enumerámos *supra* determinam, na prática, a derrogação desta autonomia, em detrimento de uma unidade de conta⁸⁰.

II. A primeira questão que se coloca é a de aferir da possibilidade de o banqueiro declarar a compensação relativamente a uma ou mais contas que o titular tenha aberto junto do banco. *A priori*, esta compensação não levanta quaisquer problemas, contanto que estejam verificados os requisitos da compensação legal.

No tocante à compensação convencional, a adopção de uma cláusula destinada a aligeirar os requisitos da compensação legal deverá ser regida pelos limites assinalados previamente. Na prática, uma cláusula deste jaez não é dotada de carácter bilateral, funcionando, outrossim, como um modo de extinção das obrigações destinado a favorecer o banco, motivo pelo qual, nestes casos, se acentua o carácter de privilégio ou de garantia que estas cláusulas representam⁸¹, motivo pelo qual não será despiciendo alertar para a necessidade estas cláusulas não poderem ser utilizadas de forma abusiva e, naturalmente, ter de relevar o princípio da boa fé.

III. Como é sabido, a conta solidária é aquela em que cada titular pode, individualmente, proceder à movimentação da conta sem o concurso dos demais titulares, não carecendo de demonstrar ao banco a autorização destes para a realização de movimentos a débito ou a crédito na conta⁸².

Tipicamente, nestas contas o titular pode, individualmente, esgotar o saldo e constituir débitos junto do banco. Inversamente, por maioria de razão, seria tentador argumentar-se com a possibilidade de o banco poder utilizar a totalidade do saldo para extinguir uma dívida de um dos titulares. No caso vertente, assentando a conta bancária solidária, previamente, num depósito feito pelo(s) cliente(s) é forçoso concluir que, sendo estes titulares de um crédito restitutivo, estamos perante uma situação de solidariedade activa e não passiva. Sendo assim, acompanhamos Januário da Costa Gomes quando sustenta que a solidariedade serve

⁷⁹ Acerca da conta bancária e das respetivas modalidades, cfr., por todos, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 114 e segs.

⁸⁰ Sobre este aspeto, BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancárias*, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 53.

⁸¹ Assim, por exemplo, BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancárias*, cit., p. 53.

⁸² Sobre estas, SOFIA MALTEZ, *As contas bancárias colectivas (diss.)*, Lisboa, 2008, p. 68 e segs.

primacialmente os interesses dos clientes e não do banco⁸³, situação que obsta a uma aplicação *qua tale* do regime das obrigações solidárias vertido no CC⁸⁴.

Por este motivo, nos casos de compensação legal, o banco estará limitado pelo carácter colectivo da conta, sendo de aplicar o princípio de que valerá a regra da igualdade participação, que resulta dos artigos 534.º, 1403.º, número 2 e 1404.º do CC⁸⁵. Assim, nos casos em que não for possível determinar qual a quota parte de cada um dos titulares da conta no crédito, deve presumir-se que os credores solidários comparticipam em partes iguais no crédito, sempre que da relação jurídica entre eles existente não resulta que sejam diferentes as suas partes ou que só um deles deve obter o benefício do crédito⁸⁶.

Este princípio deverá valer igualmente nas situações de compensação convencional. Com efeito, se não for determinada (ou determinável) a quota parte de cada um dos titulares da conta – *maxime*, ao nível das situações de paraconta⁸⁷ –, deverá valer a regra da igualdade de participações⁸⁸.

IV. A conta conjunta é aquela em que se verifica uma situação de plurisubjectividade que, no tocante à movimentação de contas, representa uma situação de incindibilidade, i.e., apenas pode ocorrer a movimentação da conta com a intervenção dos vários titulares⁸⁹.

À imagem do que sucede nas contas solidárias, também aqui o banco estará limitado pelo carácter colectivo da conta, sendo de aplicar o princípio de que valerá a regra da igualdade participação, que resulta dos artigos 534.º, 1403.º, número 2 e 1404.º do CC⁹⁰, valendo igualmente as considerações acerca da situação de paraconta.

V. Cabe, ainda, aferir da possibilidade de compensar com saldos de depósitos a prazo. Como é sabido, nestas situações, quer o banco quer o cliente são beneficiários do prazo, devendo, por conseguinte ser aplicável o artigo 1147.º do CC, atento o disposto no artigo 1206.º do CC.

Nesta particular caso, coloca-se a questão de saber se o banco é obrigado a aguardar o decurso do prazo e apenas nesse momento declarar a compensação. Seguindo Menezes

⁸³ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 189.

⁸⁴ Prevenindo contra a importação automática deste regime, MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 251.

⁸⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 189. Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 256, sustentando que o banqueiro, numa conta solidária, pode compensar o crédito que tenha até à totalidade do saldo.

⁸⁶ Cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Setembro de 2012 (Proc. N.º 1622/12.2TBVCT.G1 (ROSA TCHING) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

⁸⁷ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 124 e segs.

⁸⁸ Cfr., no entanto, o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Junho de 2009 (Proc. N.º 09A0662) (MÁRIO CRUZ) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>), sustentando que perante uma conta solidária, pode o banqueiro compensar o crédito que tenha sobre algum dos seus contitulares, até à totalidade do saldo, ou o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 2004 (Proc. N.º 511/2004-7) (JORGE SANTOS) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>), asseverando que perante uma conta solidária, o banqueiro pode compensar o crédito que tenha sobre algum dos seus contitulares, até à totalidade do saldo.

⁸⁹ Para maiores desenvolvimentos, SOFIA MALTEZ, *As contas bancárias colectivas* (diss.), p. 81 e segs.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 257 e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 189.

Cordeiro⁹¹ e Januário da Costa Gomes⁹², pensamos que não: uma vez que, em última análise, lidamos com dinheiro, estamos perante créditos homogêneos. Assim, para operar a compensação, o banqueiro terá de pagar antecipadamente os juros antes do vencimento, *i.e.*, creditar na conta os juros que o cliente auferiria até ao vencimento do depósito a prazo⁹³.

3. O cruzamento da compensação com o penhor⁹⁴

3.1. O Penhor de Créditos

I. A constituição em garantia de um crédito desempenha uma função em tudo análoga à do penhor de coisas, dado que o credor pignoratício adquire um poder directo e imediato sobre o direito de crédito, destinado a permitir a actuação da preferência e, posteriormente à do crédito, a satisfação sobre o objecto do mesmo em termos em tudo análogos ao penhor de coisas⁹⁵. Com efeito, o CC prevê um modelo de garantia mobiliária convencional unitário, aplicável independentemente do objecto. Mais importante, o facto de o penhor de créditos conferir uma preferência na satisfação do crédito dificilmente permite explicar a figura fora da realidade⁹⁶. O penhor de créditos é dotado de eficácia real, dado que é conferida ao credor pignoratício a faculdade de opor a terceiros o seu direito de penhor, mesmo nos casos em que tenha ocorrido a transmissão do crédito⁹⁷.

Ora, sucede que, a par desta particular afectação do crédito à satisfação do interesse do credor pignoratício, pensamos ser possível extinguir o crédito empenhado através de declaração de compensação, motivo pelo qual julgamos ser conveniente determo-nos um pouco neste ponto particular.

Uma vez constituído o penhor de créditos, o credor pignoratício não fica titular de qualquer crédito, encontrando-se antes legitimado, em casos circunscritos, a agir sobre o crédito empenhado. Por este motivo, e devido ao facto de o objecto da prestação ser representado por créditos, nada obstará a que o credor pignoratício declare a compensação do crédito de que seja titular contra o empenhador nos casos em que estejam verificados os requisitos legais da compensação⁹⁸.

⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, cit., p. 251.

⁹² JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., p. 188.

⁹³ Cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 2004 (Proc. N.º 511/2004-7) (JORGE SANTOS) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

⁹⁴ Se bem que num campo parcialmente distinto, cfr. o interessantíssimo caso decidido no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de Março de 2014 (Proc. N.º 961/08.1TYLSB.K.L1-2) (TERESA ALBUQUERQUE) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

⁹⁵ Sobre este aspecto, remetemos para o nosso *Do penhor*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 134 e segs. e 334 e segs.

⁹⁶ MARINO Y BORREGÓ, *La prenda de derechos* in AAVV, *Homenaje a Don Antonio Hernandez Gil*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pp. 2022-2047 (p. 2029). O autor acrescenta ainda, com razão, que a teoria que vê no penhor uma sucessão apenas tem como mérito permitir mostrar o fenómeno através do qual se produz o direito.

⁹⁷ RIEDEL/WIEGAND, *Anotação prévia ao § 1273 BGB*, Nm. 6 in STAUNDINGER, 12.ª ed., Berlim, Walter de Gruyter & Co., 1981, vol. III – *Sachenrecht* - §§ 854-1296.

⁹⁸ Similarmente, DI PACE, *Il pegno dei crediti*, Pádua: Cedam, 1939, pp. 182-184.

II. Em alguns casos, a convenção de compensação poder reduzir-se a uma cláusula de vencimento antecipado futuro de um ou ambos os créditos correspectivos, pelo que, nestes casos, a compensação apenas terá eficácia contra terceiros a partir do momento em que, por efeito do vencimento da obrigação, se tenha produzido uma situação em tudo análoga ao vencimento e exigibilidade de ambos os créditos⁹⁹. Efectivamente, no caso de compensações que ocorram no futuro, estas apenas terão eficácia *ex tunc*, i.e., no momento em que o binómio débito-crédito com as características contratualmente previstas venha a existir¹⁰⁰.

Ora, sucede que pode ser acordado um efeito geral e antecipado de compensação, independentemente do momento em que se produza a situação futura de compensabilidade, efeito esse que pode ficar na dependência do seu exercício. Como princípio geral, haverá que entender que estas convenções de compensação apenas poderão ser consideradas um penhor de créditos desde que as partes tenham procurado produzir um bloqueio do crédito com efeitos retroactivos até ao momento da celebração da convenção. O que equivale a dizer que a simples automaticidade ou a simples faculdade de poder proceder à compensação de créditos não pode ser considerada imediatamente um penhor¹⁰¹, porquanto não existe uma afectação preferencial do crédito para garantia de uma obrigação. Pura e simplesmente, estaremos perante um acordo tender, digamos, a permitir o acerto de contas entre credor e devedor, i.e., através da contraposição entre crédito e contra-crédito.

3.2. O Penhor Financeiro

O artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 estabelece que, sem prejuízo do acordado pelas partes, a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução. Daqui resulta que:

- (i) Foi deixado ao arbítrio das partes a decisão sobre o modo como se processará a execução,

⁹⁹ CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 869. Neste particular, entende ROJO AJÚRIA, *La compensación como garantía*, Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 161 que a compensação convencional tem uma eficácia garantística fraco, dado que só produziria efeitos a partir do momento em que é declarada, sem retroagir ao momento em que a convenção de compensação foi acordada, pelo que não seria oponível aos credores e cessionários que tivessem adquirido direitos antes da data em que a compensação foi declarada.

¹⁰⁰ REDENTI, *La compensazione dei debiti neo nuovi codici*, cit., p. 38. O autor salienta ainda que, para tornar os créditos compensáveis, será necessário recorrer aos critérios de modificação ou de conversão dos termos e do objecto, conforme acordados previamente pelas partes.

¹⁰¹ A este propósito, entendem CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, cit., pp. 869-870, que, na eventualidade de vir a ser acordada uma convenção deste teor seria obtida uma garantia em tudo similar ao penhor de créditos. Precisamente por este motivo, entendem que as partes celebraram não uma convenção de compensação, mas sim um verdadeiro e próprio contrato de penhor de créditos, dado que é de presumir que o credor quis obter a garantia mais consistente, não existindo, também, motivo para privilegiar uma interpretação restritiva do acordo tendo como base o simples facto de, com tal interpretação, o acordo não se sentir com tanta intensidade junto de terceiros. Os autores salientam, ainda, que (i) carece de sentido negar que a autonomia da vontade seja suficiente para criar direitos reais com privilégios creditícios através de convenções de compensação e que (ii) não se entende qual o motivo para presumir que o acordo foi celebrado em benefício de terceiros, prevendo uma garantia mais débil (a compensação) em detrimento do penhor.

- (ii) Que o legislador não impõe a observância de qualquer procedimento específico para executar o penhor financeiro e
- (iii) No silêncio das partes, a execução do penhor financeiro deverá efectuar-se mediante a utilização de mecanismos que permitam uma execução rápida e eficaz, sem sujeição a formalidades especiais¹⁰².

Ademais, há que concluir que, no silêncio do legislador em relação aos mecanismos de execução da garantia a que o credor pode recorrer, é mister entender que foi dada preferência à autonomia das partes, as quais serão livres para definir os respectivos mecanismos de execução¹⁰³. Ora, no que à execução da garantia diz respeito, revela-se fundamental o disposto no art. 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, preceito que prevê a faculdade de apropriação do bem empenhado, a qual constitui o meio mais célere de execução da garantia¹⁰⁴.

Neste particular, é digno de realce, desde logo, o facto de o legislador, no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, ter reconhecido o direito de disposição do objeto da garantia por parte do beneficiário do penhor financeiro, contanto que tal tenha sido convencionado pelas partes. Contrariamente ao que a epígrafe do artigo em questão indicava na sua versão inicial, não estávamos perante um pacto comissório, mas sim perante um pacto marciano, já que o legislador fazia referência expressa à avaliação efetuada pelas partes¹⁰⁵.

Co efeito, o preâmbulo do referido diploma, onde se pode ler: “(...) *Outra das novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil(...)*”. Todavia, esta disposição foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de janeiro, o

¹⁰² ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório*, cit., pp. 150-151.

¹⁰³ PATRÍCIA FONSECA, *O Penhor financeiro – Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, (polic.), Lisboa, 2005, p. 42. A autora refere ainda que tal definição deve ser efectuada tendo em consideração os limites impostos pelos princípios vigentes no nosso ordenamento jurídico, como é o caso da boa fé. Ora, num contexto tão vago, não vislumbramos qual o alcance desta remissão vazia para um princípio estruturante do ordenamento e que, em princípio, apenas deve ser invocado de forma subsidiária, i.e, quando não exista outra explicação/solução à mão do intérprete.

¹⁰⁴ No tocante a modalidades de execução, entende TAROLLI, *Le Garanzie Finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia* in GCo 32.6 (Novembro-Dezembro de 2005), I, pp. 872-882 (p. 879-880), que são conformes ao normativo das garantias financeiras as seguintes: (i) cláusula de liquidação (*close-out netting*), a qual permite que a realização do crédito seja reduzida a uma operação de cálculo e conseqüente pagamento do saldo líquido, uma vez verificado o acontecimento que desencadeou a execução da garantia; (ii) Execução da garantia equivalente, caso em que o credor pignoratício deve proceder à reconstituição da garantia constituída pelo devedor, podendo proceder à venda ou à apropriação da mesma, nos termos acordados pelas partes, contanto que, em ambos os casos, não seja excedido o valor da obrigação garantida. Trata-se, pois, de cláusulas que visam limitar ao mínimo o risco de crédito.

¹⁰⁵ Cfr. PATRÍCIA FONSECA, *O penhor financeiro – Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, (polic.), Lisboa, 2005, p. 34, ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório*, cit., pp. 156-157, JOANA PEREIRA DIAS, *Mecanismos convencionais da garantia do crédito: contributo para o estudo da garantia “rotativa” mobiliária no ordenamento jurídico português*, (polic.), Lisboa, 2005, 172-173 e ROMANO MARTÍNEZ/ FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 186.

qual alterou a epígrafe deste artigo, que passou a ser “Execução dos acordos de penhor financeiro”, pondo termo à incorrecção terminológica vigente até então¹⁰⁶.

De modo a garantir a licitude da cláusula prevendo a apropriação dos bens dados em garantia, reveste especial importância a concretização dos termos em que será efectuada a avaliação. Neste particular, somos do entendimento que esta só pode ser alcançada se forem observados determinados pressupostos, designadamente:

- (i) Que no contrato de penhor financeiro sejam claramente identificados os critérios a que deve obedecer a avaliação e os prazos dentro dos quais a mesma deverá realizar-se,
- (ii) Que tais critérios sejam objectivos e conformes com os ditames da boa fé, e
- (iii) Que o credor apenas possa exercer o seu direito de apropriação até ao montante das obrigações financeiras garantidas que se encontre em dívida¹⁰⁷.

Ademais, a verificação destes pressupostos visa igualmente salvaguardar os interesses do devedor e de terceiros, pelo que quer a liquidação por compensação, quer a própria avaliação das garantias deve ser efectuada de uma forma comercialmente correcta, havendo, assim, a necessidade de as valorações terem de ajustar-se ao valor de mercado dos instrumentos dados em garantia no momento em que se procederá à sua execução, sem prejuízo do concreto acordo existente no contrato de garantia¹⁰⁸.

Cabe notar que esta faculdade de alienação é configurada no âmbito do direito de utilização dos bens empenhados, não sendo uma decorrência legal imediata, pois tem de ser expressamente prevista pelas partes¹⁰⁹. Ademais, importará igualmente ter presente que a modalidade de execução da garantia dependerá da natureza dos bens dados em garantia. Com

¹⁰⁶ Para maiores desenvolvimentos, CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros*, cit., p. 217-251, MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 5.ª ed., cit., pp. 804-825, PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de garantia financeira. O dealbar do direito europeu das garantias*, in AAVV, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 1274-1305 e DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os contratos de garantia financeira*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, *passim*. Na doutrina estrangeira, cfr. MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 Giugno 2002)*, in RDCo CI (2003), pp. 519-536 e PAOLO CARRIÈRE, *La normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in BBTC LVIII (2005), Parte Prima, pp. 184-196.

¹⁰⁷ ANDRADE DE MATOS, *O pacto comissório*, cit., p. 154. Sentindo a necessidade de acautelar os interesses do prestador da garantia, defende CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I, cit., pp. 209-211 a possibilidade de o prestador da garantia intentar uma acção judicial destinada a controlar a posteriori o exercício dos poderes do beneficiário da garantia ou a devolver-lhe os montantes que sejam resultado de um enriquecimento injustificado.

¹⁰⁸ ZUNZUNEGUI, *Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)* in AAVV, AAVV, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 415-429, p. 428.

¹⁰⁹ LOIACONO/CALVI/BERTANI, *Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritto di utilizzazione*, cit., pp 54-55 entendem que esta faculdade não briga com a configuração real do penhor regular. Pronunciando-se à luz do Decreto 170/2004 que operou a transposição em Itália da Directriz Comunitária n.º 2002/47/CE, os Autores, *op. cit.*, p. 60 consideram que o legislador italiano previu uma subespécie do penhor regular do CCIt, que constitui o conjunto de normas primárias e, consequentemente, aplicáveis ao penhor financeiro.

efeito, tratando-se de instrumentos financeiros, o beneficiário da garantia poderá proceder à execução dando ordens de venda ou apropriando-se da garantia, enquanto nos casos em que estejamos perante activos depositados em contas bancárias, o credor poderá proceder à compensação dos créditos ou à transferência dos montantes em dívida para a sua conta¹¹⁰.

Concluimos salientando que não existe um dever incondicionado por parte do credor pignoratício de reproduzir a situação antecedente ao exercício do direito de utilização na conta do empenhador. Efectivamente, sobre o credor pignoratício impenderá apenas o dever de criar a disponibilidade de instrumentos financeiros equivalente na conta a seu cargo com o objectivo de proceder à restituição ao empenhador aquando da realização da garantia, não existindo qualquer obrigação de proceder à sua reconstituição antes do vencimento da obrigação garantida¹¹¹.

4. A função de garantia da compensação

4.1. O recurso a mecanismos com fins de garantia

I. Paralelamente a esta garantia geral, podem ser constituídas garantias especiais que tenham como objeto bens específicos do património do devedor ou bens de terceiro, destinando-se a assegurar, de modo particular, a satisfação dos direitos do credor. *Ergo*, a garantia especial das obrigações atua como um reforço da massa patrimonial responsável com providências que dizem respeito a obrigações determinadas, aumentando, quanto a estas obrigações, os bens responsáveis pelo cumprimento das obrigações a cargo do devedor¹¹².

Temos por correta a asserção de que as garantias especiais podem ser garantias pessoais ou garantias reais, consoante haja, respetivamente, um reforço quantitativo ou um reforço qualitativo das obrigações a garantir¹¹³.

¹¹⁰ ZUNZUNEGUI, *Una aproximación a las garantías financieras*, cit., p. 427. O autor salienta ainda que, uma vez verificado o incumprimento, a ordem de alienação dada pelo credor pignoratício deve adoptar a forma de requerimento dirigido à entidade encarregada da conta, devendo o referido requerimento conter declaração do credor relativa à verificação do incumprimento e, por conseguinte, em conformidade com o acordo das partes, deu-se o vencimento das obrigações garantidas, havendo lugar à liquidação nos termos acordados. Acrescenta PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de garantia financeira. O dealbar do Direito Europeu das Garantias*, cit., p. 1288, que a compensação apenas poderá operar se o contrato de penhor assim o prever, sendo que, nos casos de compensação, uma vez feita a avaliação do crédito do prestador da garantia, vencendo-se a obrigação garantida não há cumprimento por parte do devedor, mas o credor/garantido/beneficiário opera a compensação.

¹¹¹ TAROLLI, *Le Garanzie Finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia*, cit., p. 882.

¹¹² PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, II, cit., p. 3 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 4.ª ed., cit., p. 85.

¹¹³ Nestes termos, GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito* 120 (1988, pp. 275-293 (pp. 76-277)), JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 19 e, mais recentemente, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª ed, cit., pp. 59-60, pese embora utilize este binómio para se referir à generalidade das garantias, independentemente de serem típicas ou atípicas. Note-se, porém, que o reforço da garantia pode ser feito de vários modos, não se limitando a esta destrição entre garantias reais e garantias pessoais das obrigações.

Assim, a garantia pessoal é um reforço da garantia geral das obrigações que torna responsável, perante o devedor, outra pessoa através da adjunção de um novo património pelo qual o credor pode satisfazer o seu crédito. Ou seja, a característica da garantia pessoal radica no facto de responderem pela obrigação dois ou mais patrimónios, pertencendo a pessoas diferentes, sem que, quanto à obrigação assegurada, essas pessoas sejam todas reais devedoras¹¹⁴. Trata-se, no essencial, da criação de uma responsabilidade patrimonial adicional por parte do garante, através de contrato¹¹⁵.

A garantia real, por seu turno, encontra o seu centro gravitacional na vinculação ou afetação de bens quer do próprio devedor, quer de terceiro ao pagamento preferencial de certas dívidas¹¹⁶. Estamos, assim, perante uma afectação de uma coisa, *i.e.*, na expressão de Rimmelspacher, da captura de um objecto patrimonial com vista à satisfação do credor¹¹⁷. Obviamente, esta afectação coloca problemas de tutela de terceiros, dado que estes podem ignorar a existência da garantia, pelo que, por via de regra, procura assegurar-se alguma publicidade a propósito da sua constituição. Essa publicidade pode fazer-se de várias formas, como seja o caso da publicidade registal, conforme sucede nos casos da hipoteca ou da consignação de rendimentos, ou a atribuição da posse sobre a coisa ao credor, *maxime* nos casos do penhor de coisas e do direito de retenção. A este propósito, não é despidendo assinalar que algumas garantias especiais ou mesmo figuras utilizadas com função de garantia não gozam de qualquer publicidade, como sucede nos privilégios creditórios, na reserva de propriedade sobre bens não registáveis e na alienação fiduciária em garantia desses bens, circunstância que coloca problemas específicos de tutela de credores.

À guisa de síntese, diremos que a garantia especial releva funcionalmente com o escopo de agilizar a satisfação do interesse de obter novos bens ou utilidades, para, assim, obter um acréscimo da consistência da esfera patrimonial do credor¹¹⁸. Aliás, será a necessidade, ditada pela prática, de procurar assegurar o interesse do credor que explicará igualmente o proliferar de novas formas de garantia que coexistem com as clássicas, cujos esquemas de atuação estão vertidos nas normas plasmadas na lei.

II. Paralelamente às garantias especiais vertidas na lei, é frequente que os intervenientes no tráfego jurídico-comercial, mormente Bancos, recorram a mecanismos expeditos com o intuito de *reforçar*¹¹⁹ a segurança do seu crédito.

Com efeito, *a priori*, bastaria o recurso a garantias reais para assegurar a efectivação dos créditos concedidos por parte do Banco. Ora, nesta sede, é assaz comum salientar-se o facto de, numa sociedade industrializada, os direitos reais de garantia inspirados no modelo

¹¹⁴ PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, II, cit., p. 13. Para o autor, *op. cit.*, p. 14, a garantia pessoal é uma reprodução da garantia geral, uma vez que consiste no processo de se declarar que uma pessoa é responsável, a seguir reconhecer que o credor tem poder sobre os bens e, finalmente, a garantia consistir em toda a esfera patrimonial da pessoa em questão.

¹¹⁵ RIMMELSPACHER, *Kreditsicherungsrecht*, cit., p. 1.

¹¹⁶ PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, II, cit., pp. 112-113.

¹¹⁷ RIMMELSPACHER, *Kreditsicherungsrecht*, cit., p. 1.

¹¹⁸ Similarmente, GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 3.

¹¹⁹ Sem que tal signifique, obviamente, que em todo e qualquer caso estaremos perante uma garantia especial das obrigações.

hipotecário romano e na necessidade do desapossamento do bem dado em garantia carecerem de utilidade económica, dado que a necessidade de entregar a posse do bem dado em garantia ao próprio credor ou a um terceiro justifica-se como condição de publicidade da situação de solvência do devedor e como meio de procurar evitar uma possível alienação do bem por parte deste¹²⁰. Na verdade, o ordenamento jurídico tem de ter em conta as várias solicitações exigidas pela *praxis* relativamente à pesquisa de técnicas cada vez mais ágeis de tutela de financiamentos, acompanhando igualmente a velocidade e aceleração progressivas da circulação da riqueza mobiliária.

Assim, perante a rigidez do sistema das garantias reais típicas e da consequente incapacidade para seguir os sinais dos tempos, em função da manutenção de princípios como a inderrogabilidade da *par conductio creditorum* ou o princípio da tipicidade dos direitos reais de garantia¹²¹, tem sido comum o recurso a garantias anómalas ou impróprias, bem como a utilização de certos institutos jurídicos com fins de garantia¹²².

Ademais, é igualmente comum a afirmação que as garantias reais não conseguem fazer face às exigências conexas à tutela do crédito numa sociedade amplamente caracterizada pelo financiamento externo da empresa, circunstância que determina um recurso cada vez mais maciço às garantias pessoais, as quais, tradicionalmente, prevêm a intervenção de um terceiro, de molde a que seja reforçada a garantia geral do credor garantido¹²³.

III. Neste contexto, o recurso à compensação surge como algo, digamos, natural, dado que os bancos encontram nos créditos que o cliente tem sobre o banco uma fórmula de pagamento mais ou menos segura dos créditos que têm contra o cliente¹²⁴. Acresce ainda que é mister não olvidar que a actividade bancária incide, primacialmente, sobre um objecto específico: o dinheiro, motivo pelo qual a compensação é encarada como um dos meios mais seguros para proceder à cobrança de créditos, porquanto, mediante simples declaração, é possível operar a extinção de um débito¹²⁵, evitando-se, assim, pagamentos e a inerente necessidade de haver circulação de moeda. Neste âmbito, a compensação convencional opera um papel fulcral, porquanto uma vez admitida a sua licitude, esta permite remover os obstáculos legais à

¹²⁰ SANCHEZ LORENZO, *Garantias Reales en el Comercio Internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)* Madrid: Editorial Civitas, 1993, p.31.

¹²¹ FIORENTINI, *Garanzie reali atipiche* in RDC XLVI (2000), pp. 253-292 (pp. 254-255).

¹²² No campo bancário, de acordo com MAIMERI, *Le garanzie bancarie "improprie"*, Turim: G. Chiapichelli, 2004, pp. 11-12, tem-se assistido a um processo tríplice: (i) a *praxis* bancária introduziu instrumentos de garantia com importantes modificações ao seu esquema tradicional, sem, no entanto, alterar a sua natureza, como é o caso da fiança *omnibus* ou do penhor *omnibus*; (ii) foram criadas garantias atípicas em função da intensificação das relações internacionais, como é o caso, p. ex., das cartas de conforto; e (iii) foram utilizados institutos já existentes com função de garantia, como é o caso da cessão de créditos em garantia ou o mandato para cobrança.

¹²³ LOBUONO, *I contratti di Garanzia*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 3-4. Acrescenta o autor, IDEM, *Ibidem*, cit., p. 5, que tal situação resulta do facto de as garantias reais serem caracterizadas pela sua maior rigidez no plano estrutural, enquanto as garantias pessoais são susceptíveis de expansão constante em virtude da capacidade de elaboração reconhecida às partes no exercício da sua autonomia.

¹²⁴ Assim, p. ex., FÍNEZ RATÓN, *Garantias sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, S.A., 1994, p. 107.

¹²⁵ FÍNEZ RATÓN, *Garantias sobre cuentas y depósitos bancarios*, cit., p. 108.

compensação de créditos, deixando ao critério do Banco a apreciação da verificação dos factos que, por força do acordo com o seu cliente, permitem a possibilidade de compensar¹²⁶.

Com efeito, é assaz comum a inclusão de cláusulas com o seguinte teor nos contratos celebrados com os respectivos clientes:

Exemplo 1:

“O Banco fica, desde já, irrevogavelmente autorizado a proceder à compensação de quaisquer dívidas vencidas emergentes deste Contrato com quaisquer saldos credores do Cliente em contas abertas junto do Banco e de que seja titular, independentemente da verificação dos pressupostos legais da compensação.”

Exemplo 2:

“Sem prejuízo da faculdade de exercer a compensação de créditos nos termos legalmente previstos, é expressamente reconhecida ao Banco a possibilidade de extinguir, total ou parcialmente, o crédito que detenha sobre o titular da conta ou qualquer um dos contitulares, procedendo ao débito, sem necessidade de aviso prévio, das importâncias que lhe sejam devidas por qualquer um dos referidos titulares da conta ou contitulares, em qualquer conta em que qualquer deles seja titular único ou contitular.”

Exemplo 3:

3. Compensação

3.1. Para pagamento de quaisquer montantes, incluindo os resultantes de qualquer Ultrapassagem de Crédito, juros, comissões, taxas, impostos ou quaisquer outros encargos ou despesas legalmente admissíveis relativamente à Conta D/O, a qualquer das Contas Associadas ou à execução de ordens, o Cliente autoriza o Banco a:

3.1.1. Debitar sem notificação prévia a Conta D/O, que se obriga a manter provisionada para o efeito;

3.1.2. Debitar qualquer das Contas Associadas com depósitos a prazo ou qualquer Conta Poupança ainda que o respetivo prazo não se tenha vencido;

3.1.3. Debitar qualquer outra conta D/O, de que seja ou venha a ser titular junto do Banco, ou qualquer das respetivas Contas Associadas com depósitos a prazo ou Contas Poupança, ainda que o respetivo prazo não se venha vencido;

3.1.4. Com 15 (quinze) dias de antecedência, e em seu nome e representação, vender a totalidade ou parte das aplicações financeiras ou dos Instrumentos Financeiros que estejam depositados ou registados em nome do Cliente nas Contas IFs ou em contas de regularização.

3.2. Qualquer penalização ou perda de juros que decorra da venda, levantamento ou resgate de ativos, aplicações ou valores do Cliente, realizados pelo Banco ao abrigo dos poderes que lhe são conferidos, são da responsabilidade do Cliente.

3.3. O disposto nos números anteriores é aplicável ainda que as obrigações do Cliente sejam expressas em moeda diferente da moeda da Conta D/O (...).

¹²⁶ BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancarias*, cit., p. 53.

Assim, tendo como pano de fundo estes exemplos e, sobretudo, o que vai dito nos parágrafos anteriores a propósito da compensação, curaremos, no número seguinte, de procurar aferir da função de garantia da compensação.

4.2. A função de garantia da compensação

I. Conforme demonstrámos, a compensação pode ser a forma de execução de uma garantia¹²⁷ – o penhor de créditos –, nada obstando a que desempenhe funções de garantia, pois, para além de facilitar a extinção dos créditos, assegura ao credor um meio supletivo de realização do seu crédito, porquanto este pode ser extinto não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra-crédito que sobre ele tem o devedor¹²⁸. Com efeito, a compensação tem consideração, sobretudo, o cumprimento¹²⁹. Não obstante, a compensação tem uma natureza dupla, sendo, simultaneamente, um sucedâneo do cumprimento e uma execução privada do crédito, pois pode operar contra a vontade da outra parte¹³⁰, o que não significa, porém, que se trate uma mera simplificação do cumprimento¹³¹. Dito de outro modo, a compensação simplifica pagamentos, na medida em que evita pagamentos recíprocos e garante pagamentos, uma vez que se o instituto não funcionasse, estaria sempre latente o risco de não se ser integralmente pago caso ocorresse a insolvência da contraparte¹³².

Assim, e à guisa de síntese provisória, podemos dizer que o penhor de créditos confere um direito na satisfação preferencial do crédito, cabendo à compensação a sua modalidade arquetípica de execução, motivo pelo qual não poderá ser configurada como um direito real de garantia¹³³. Vejamos porquê.

II. Atendendo à função que o direito é chamado a desempenhar, é comum distinguir entre:

- (i) Direitos reais, os quais permitem o desfrute de uma coisa,
- (ii) Os direitos reais de garantia, que visam a garantia de um crédito e

¹²⁷ O que não implica, obviamente, que o credor pignoratício decida executar o penhor através da compensação, preferindo, p. ex., accionar judicialmente o empenhador. Neste sentido, GARCIA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., p. 144. Sobre as modalidades de execução do penhor de créditos, cfr. CARRASCO PERERA/ CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, cit., pp. 889-892.

¹²⁸ Assim, MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 2.ª ed., cit. p. 315, FÍNEZ RATÓN, *Garantias sobre cuentas y depósitos bancários*, cit., p. 132. Similarmente, ROMANO MARTÍNEZ/FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 254.

¹²⁹ Assim, p. ex., FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.ª ed., Berlim: De Gruyter Recht, Nm. 337.

¹³⁰ FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 329.

¹³¹ MEDICUS, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 16.ª ed., Munique: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 103.

¹³² PAULA PONCES CAMANHO, *Do contrato de depósito bancário*, cit., pp. 215-216.

¹³³ Em sentido contrário, ISABEL FIGUEIREDO, *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, cit. p. 420, defendendo que a compensabilidade legal e convencional (mas não a compensação) é uma garantia real, pois prevalece em caso de cessão, penhor, usufruto, penhora, insolvência ou outros direitos de terceiros nos termos do disposto no artigo 853.º, número 2. Trata-se, salvo o devido respeito, de uma distinção artificial, porquanto a compensabilidade mais não é do que a latência inerente ao potencial exercício do direito potestativo atribuído às partes logo que estejam reunidos os requisitos da compensação.

(iii) Os direitos reais de aquisição, os quais visam a aquisição de um direito real de gozo ou de um crédito relativo ao gozo de uma coisa, nos ónus reais que forem direitos reais¹³⁴.

Ora, a essência do direito real de garantia incide na afectação da coisa ao crédito “privilegiado”, dado que não estamos perante um direito assente na alienação da coisa¹³⁵. À partida, poderíamos ser tentados a afirmar que o simples facto de o credor pignoratício ter o poder de dar certa coisa à execução para depois levantar preferencialmente a parte do crédito garantido sobre o produto da venda, seria suficiente para considerar que estamos defronte de uma afectação real, que mais não é do que a vinculação da coisa ao crédito privilegiado e, também, a tradução dos poderes atribuídos pelo ordenamento jurídico ao credor para este poder mostrar que é titular de um direito real¹³⁶.

Com efeito, na compensação, por força do requisito da homogeneidade dos créditos, não lidamos com uma afectação real ou, sequer, com um direito de preferência na satisfação de um crédito. Limitamo-nos, pura e simplesmente, a lidar com um mecanismo que agiliza a extinção de uma obrigação, facto que é manifesto na compensação convencional, dado que as partes prevêem, por via de regra, a agilização e/ou simplificação do esquema legal da compensação. Estamos, assim, perante um contrato de efeitos extintivos (“*Erlaßvertrag*”), dado que cada uma das partes satisfaz o seu crédito, não havendo qualquer renúncia a uma satisfação do crédito, dado que as partes limitam-se a recorrer a tipos contratuais próprios para atingir esse desiderato¹³⁷. *In casu*, à modelação do instituto da compensação. Efectivamente, o afastamento de alguns dos requisitos plasmados na lei é a tradução da função de garantia do negócio que as partes visam atribuir à operação negocial, porquanto tornam mais seguro, *rectius*, agilizam a possibilidade de o credor (por via de regra, o banco) satisfazer o seu crédito.

Acresce ainda que, nos casos em que um banco intervém, lidamos com uma lógica ligeiramente diversa: através do concurso do contrato de depósito irregular, que permite operar a passagem dos bens empenhados para a propriedade do credor (banco), não estamos perante a típica função de custódia que este contrato persegue. Com efeito, tal função é transcendida pela garantia visada pelas partes, sendo que, adicionalmente, a cláusula de compensação não deixa de assegurar a tutela do cliente, pois com a celebração do contrato de depósito nasce um crédito referente à restituição do *tantundem* e a compensação, como

¹³⁴ Trata-se, pois, de um critério implícito, que é o da função que o direito desempenha. Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil – Reais*, 5.ª ed., p. 176.

¹³⁵ Trata-se da posição sustentada entre nós por CARNEIRO PACHECO, *Dos privilégios creditórios*, 2.ª ed., Coimbra: França & Arménio, 1914, pp. 9 e segs. e 42 e segs, autor que defendia que o direito real de garantia consistiria na alienação do valor da coisa, dado que o direito real de garantia se caracterizaria pela alienação feita pelo credor preferencial do valor da coisa sobre que recai a preferência. À guisa de curiosidade, saliente-se que não estamos perante uma teorização original. Veja-se, p. ex., CHIRONI, *Tratatto dei privilegi, delle ipoteche e del Pegno*, Turim: Fratelli Boca Editori, Vol. I – *Parte Generale*, 1894, pp. 56 e segs.

¹³⁶ PAULO CUNHA, *Da garantia das obrigações*, II, cit., pp. 131.

¹³⁷ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 266, HUBERT KADUK, *Anotação prévia ao § 387 BGB*, Nm. 71, in STAUDINGER, cit.

vimos, não poderá exceder o montante da dívida. Trata-se, pois, de uma manifestação da proibição do pacto comissório¹³⁸.

Contrariamente ao que sucede nas garantias especiais, a compensação não é acessória, dado que não é dependente de uma dívida principal. Com efeito, na esteira de Becker-Eberhard, diremos que nos direitos de garantia regulados pela Lei rege um princípio de ligação da garantia ao crédito (*“Prinzip der Forderungsgebundenen Sicherung”*). Nestes casos, estamos tendencialmente perante situações em que o direito de garantia se encontra numa situação de dependência relativamente ao crédito¹³⁹, sendo certo que a referência que dita a ligação ao crédito pertence à essência do fundamento do acto (*“essentialia des Begründungsaktes”*), havendo a registar, ainda, uma dependência estrutural relativamente ao crédito (*“Strukturelle Abhängigkeit”*)¹⁴⁰. Nada disto se passa na compensação, pois não há qualquer acessoriedade no momento da constituição ou, sequer, uma ligação ao crédito¹⁴¹, porquanto, por definição, a compensação é efectuada através de mera declaração.

A ser assim, resta-nos apenas o aparente Adamastor representado pelo artigo 853.º, número 2. Ora, o artigo em questão limita-se a excluir a possibilidade de compensação nos casos em que os direitos de terceiro tenham sido constituídos antes de os créditos se tornarem compensáveis. Trata-se, pois, do respeito do princípio *prior in tempore*. Aliás, trata-se também do motivo que permite justificar a subsistência/ oponibilidade da compensação nos restantes casos: o legislador limita-se a respeitar os créditos constituídos inicialmente, motivo pelo qual nos casos em que os direitos de terceiro tenham sido constituídos após o momento em que poderia ocorrer a compensabilidade, a compensação será eficaz e válida. Não se trata do carácter absoluto do direito real de garantia, mas, pura e simplesmente, o respeito pelo princípio *prior in tempore*¹⁴².

¹³⁸ O facto de estarmos perante uma figura de aplicação geral leva a que seja desnecessária a sua inclusão nos eventuais traços da compensabilidade como garantia, argumentação que é levada a cabo por ISABEL FIGUEIREDO, *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, cit., p. 422.

¹³⁹ A propósito, cite-se MEDICUS, *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, 13.ª ed., Munique: Verlag C. H. Beck, 2006, pp. 193-194, que, a propósito da fiança, distingue cinco graus de acessoriedade, a saber: no nascimento (*“Entstehung”*), no conteúdo (*“Inhalt”*), na manutenção (*“Zuständigkeit”*), na execução (*“Durchsetzung”*) e na extinção (*“Erlöschen”*). Trata-se, cremos, de uma teorização que pode ser exportada para outros direitos de garantia. Efectivamente, já STEINMEYER, *Die Akzessorischen Schuldverhältnisse des BGB*, Göttingen, 1933, pp. 9-10 houvera defendido que, a par de um conceito quadro (*“Oberbegriffe”*) de acessoriedade, poderíamos distinguir dois conceitos inferiores (*“Unterbegriffe”*): a acessoriedade no nascimento e a acessoriedade plena. A primeira seria uma acessoriedade limitada (*“beschränkte Akzessorietät”*) enquanto a segunda modalidade, em virtude de cobrir as fases subsequentes ao nascimento seria uma acessoriedade ilimitada (*“unbeschränkte oder Strenge Akzessorietät”*).

¹⁴⁰ BECKER-EBERHARD, EKKEHARD, *Die forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1993, cit., p. 7. Trata-se de uma teorização que, entre nós, encontra como defensor e divulgador, JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., pp. 106-107.

¹⁴¹ Neste sentido, NICOLE CLAIRE-NDOKO, *Les mystères de la compensation* in RTDC 90 (1991), pp. 661-694 (p. 693) quando afirma que nem todas as garantias são garantias especiais (*“sûretés”*), sendo que a autora nega o carácter de garantia real à compensação em virtude de esta não ser dotada de acessoriedade relativamente a uma dívida principal.

¹⁴² Similarmente, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, Vol. II., 7.ª ed., cit., p. 213, salientando que o art. 853.º atribui importância decisiva não à declaração de compensação, mas ao momento em que os créditos se tornam objectivamente compensáveis.

Destarte, uma vez delimitados os termos em que a compensação é chamada a desempenhar uma função de garantia no Direito substantivo, é chegada a altura de testar as soluções provisórias a que chegámos à luz, designadamente, do CIRE.

4.3. O Regime do CIRE

I. O artigo 99.º, número 1 do CIRE veio admitir a possibilidade de, a partir da declaração de insolvência, os titulares de créditos sobre a insolvência poderem operar a compensação dos seus créditos com dívidas à massa insolvente desde que (i) tenha ocorrido o preenchimento dos pressupostos legais da compensação antes da data da declaração da insolvência ou (ii) se o crédito sobre a insolvência tiver preenchido antes do contra-crédito da massa os requisitos estabelecidos no artigo 847.º¹⁴³. Trata-se, naturalmente de uma forma de extinção das obrigações para além do cumprimento, com a particularidade de ser regida pelas normas que regulam o processo insolvencial e não uma forma atípica de cumprimento, atento o facto de o regime-padrão do CC continuar a ter de ser respeitado¹⁴⁴.

Trata-se de uma ruptura com o regime do CPEREF, dado que ao abrigo deste normativo os credores perdiam o direito de proceder à compensação a partir da declaração de falência. Todavia, estamos perante uma ruptura aparente¹⁴⁵, dado que no CPEREF os credores eram citados de imediato aquando da declaração de falência, tendo, por conseguinte, tempo suficiente para fazer valer o seu crédito. Ora, no CIRE a insolvência apenas é tornada pública com a declaração da insolvência, motivo pelo qual o direito de compensar subsiste para além da declaração de insolvência. Note-se, porém, que se trata de um direito condicionado, pois apenas pode ser exercido nos casos previstos no artigo 99.º, número 1 e 4 do CIRE.

Em qualquer caso, a admissibilidade da compensação em sede insolvência representa um afastamento do princípio da paridade de credores, dado que, com a declaração de compensação, o declarante obtém em termos económicos o valor do seu crédito sendo subtraído ao concurso de credores¹⁴⁶. Se é certo que estamos perante um desvio ao princípio *par conditio creditorum*, afigura-se conveniente ter em linha de consideração que a consagração desta possibilidade de compensar contribui igualmente para a estabilização do

¹⁴³ Note-se que, de acordo com o número 2 do artigo 99 do CIRE, não relevam a perda de benefício de prazo prevista no n.º 1 do artigo 780.º do Código Civil ou o vencimento antecipado e a conversão em dinheiro resultantes do preceituado no n.º 1 do artigo 91.º e no artigo 96.º

¹⁴⁴ Sustentando a existência de uma forma atípica de cumprimento, HUGO ROSA FERREIRA, *Compensação e insolvência*, in *Direito e insolvência* (coordenação de Rui Pinto), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 9-54 (pp. 38-39).

¹⁴⁵ CATARINA SERRA, *O novo regime português da Insolvência – uma introdução*, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 69. Sobre o regime da compensação na insolvência, cfr., por todos, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, Coimbra: Livraria Almedina, 2015, pp. 139 e segs.

¹⁴⁶ MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 178. Acrescenta o autor, *op. cit.*, p. 171, que o declarante apenas terá necessidade de reclamar o seu crédito quando o valor do mesmo ultrapasse o montante do crédito insolvente, sendo tal reclamação efetuada apenas pelo remanescente. Similarmente, PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, cit., p. 919 (nota 1699). Salientando que a admissibilidade da compensação no campo insolvencial representa um prémio para o devedor do insolvente moroso, cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, 5.ª ed., cit., pp. 174-175. CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, 3.ª ed., cit., pp. 91-92, entende que o direito do credor não é reforçado, sustentando que tem de ser exercido na observância do princípio *par conditio creditorum*.

passivo do insolvente, dado que na eventualidade de os credores do insolvente poderem recorrer ilimitadamente à compensação após a declaração da insolvência ditariam a diminuição e, eventualmente, a extinção da própria massa insolvente¹⁴⁷.

A previsão do artigo 99.º do CIRE mais não é do que a tradução da actuação do mecanismo da compensação, pois, como tivemos oportunidade de verificar, a compensação opera por declaração, não havendo necessidade de obter a cooperação da contraparte. Ora, a questão faz-se igualmente sentir com acuidade a propósito da compensação convencional. Tendo em consideração que as partes podem afastar contratualmente alguns dos requisitos da compensação, é de crer que, mesmo nesses casos, a compensação apenas poderá operar em sede de insolvência caso sejam observados todos os requisitos previstos no CIRE, pois, em caso contrário, estaria aberta a possibilidade de, por mero contrato, existir o sério risco de a massa insolvente ficar desprovida de bens.

II. Cabe igualmente ter presente que o artigo 99.º tem ínsita uma outra restrição: não pode invocar a compensação de créditos sobre a insolvência o credor que não tenha visto o seu crédito reconhecido em conformidade com o disposto nos artigos 129.º e seguintes, do CIRE.

Com efeito, durante a pendência do processo de insolvência, os credores apenas podem exercer os seus direitos em conformidade com os preceitos do próprio CIRE. Se esta afirmação pode, *ictu oculi*, parecer redundante, dela resulta que os credores, forçosamente, têm de exercer os seus direitos no processo de insolvência e segundo os meios processuais regulados no CIRE. Por conseguinte, para poderem beneficiar do processo de insolvência e aí obterem, na medida do possível, a satisfação dos seus interesses, os credores têm de nele exercer os direitos que lhes assistem, procedendo, nomeadamente, à reclamação dos créditos de que sejam titulares, ainda que eles se encontrem já reconhecidos em outro processo. Em suma, decorre do artigo 99.º, número 1 do CIRE que apenas pode ser considerado titular de créditos sobre a insolvência, quem como tal tenha sido reconhecido no processo de insolvência, sob pena de não poder compensar créditos¹⁴⁸.

5. À guisa de conclusão

Chegados a este ponto, concluímos que a compensação, *maxime* a compensação convencional, mau grado aumentar a probabilidade de satisfação na cobrança de créditos e não depender da colaboração do devedor, apenas tem efeitos *inter partes*, motivo pelo qual não pode ser considerada uma garantia real *qua tale*¹⁴⁹.

Em qualquer caso, e uma vez que a compensação opera por simples declaração, cumpre salientar que tal situação consubstancia um desvio ao princípio *par conductio creditorum*, pois permite a satisfação imediata do credor, importando a extinção de créditos. Neste particular,

¹⁴⁷ PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, cit., p. 871 (nota 1607).

¹⁴⁸ Neste sentido, cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Janeiro de 2010 (Proc. N.º 20463/09.8YIPRT.C1.(GONÇALVES FERREIRA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>)).

¹⁴⁹ Assim, por exemplo, BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancárias*, cit., p. 109.

convém não olvidar que o artigo 604.º apenas se refere à criação de outras causas de preferência sobre os bens do devedor, impedindo a criação de outras para além das previstas na lei. Com efeito, o legislador tem, sobretudo, em mente as garantias reais, sendo que nada obsta a que as partes procurem uma tutela acrescida da posição do credor, o que ocorre nos casos de compensação convencional.

A ser assim, somos do entendimento que o artigo 604.º tem, afinal, um âmbito de aplicação assaz reduzido, dado que se centra, praticamente em exclusivo, nas causas de preferência sobre os bens do devedor – *maxime*, direitos reais de garantia ou privilégios mobiliários gerais – ou na existência de bens separados, admitindo a possibilidade de serem modelados institutos típicos, dotando-os de funções de garantia¹⁵⁰, como é o caso da compensação convencional.

No tocante ao regime insolvencial, se é certo que o artigo 99.º do CIRE consagra um desvio ao princípio *par conditio creditorum*, também é igualmente certo que o regime aí previsto respeita a configuração da compensação, dado que permite extinguir créditos independentemente da vontade da contraparte. Aliás, o argumento utilizado em sede de insolvência pode igualmente ser utilizado à luz do Direito substantivo, porquanto a declaração de compensação permite a satisfação imediata do credor compensante em detrimento dos demais credores.

*

Bibliografia sumária

ALVES, HUGO RAMOS – *Sobre a função de garantia da compensação*, in *O Direito*, ano 142, 2010 – V, pp. 1019-1956.

BAENA BAENA, PEDRO – *La compensación en las cuentas bancárias*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

BECKER-EBERHARD, EKKEHARD – *Die forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1993.

CLAIRE-NDOKO, NICOLE – *Les mystères de la compensation* in RTDC 90 (1991), pp. 661-694.

CAMANHO, PAULA PONCES – *Do contrato de depósito bancário* (reimp.), Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, COIMBRA: Livraria Almedina, 2003.

¹⁵⁰ Seguimos, na íntegra, PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, cit., 834-859 (*maxime*, pp. 854-855).

CUTURI, TORQUATO – *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*. Milão: Società Editrice Libreria, 1909.

FIGUEIREDO, ISABEL MOUSINHO – *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, in *O Direito* 139 (2007), pp. 380-437.

GERNHUBER, JOACHIM – *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2.ª ed., Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

GIULIANO, ENRICO – *La compensazione – con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milão: Giuffrè, 1955.

GOMES, JANUÁRIO DA COSTA – *Contratos comerciais*, Coimbra: Livraria Almedina, 2012.

LEITÃO, LUÍS MENEZES – *Direito da Insolvência*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MASCIANGELO/MORACAVALLLO/VOMERO – *La compensazione*, in *Tratatto delle obbligazioni* dirigido por LUIGI GAROFALO e MARIO TALAMANCA, Vol. III – *I modi di estinzione*, Pádua: CEDAM, 2008, pp. 189-357.

MENDEGRIS, ROBERT – *La nature juridique de la compensation*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

PATTI, COSENTINO – *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Nápoles: Jovene Editore, 1983.

PERLINGIERI, PIETRO – *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Roma-Bolonha: Nicola Zanelli, 1975.

PETRONE, MARIA – *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milão: Giuffrè, 1997.

Jurisprudência

A – SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 2008 (Proc. N.º 07B4401) (PEREIRA DA SILVA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>)

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Junho de 2009 (Proc. N.º 09A0662) (MÁRIO CRUZ) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 2013 (Proc. N.º 5478/06.6TVLSB.L1.S1) (SILVA GONÇALVES) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 2013 (Proc. N.º 2/11.1TVPR.T.P1.S1) (GRANJA DA FONSECA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 2015 (Proc. N.º 91832/12.3YIPRT-A.C) (MOREIRA DO CARMO) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

B – RELAÇÕES

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 2004 (Proc. N.º 511/2004-7) (JORGE SANTOS) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2009 (Proc. N.º 436/07.6BTMR.C1) (FALCÃO DE MAGALHÃES) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Janeiro de 2010 (Proc. N.º 20463/09.8YIPRT.C1) (GONÇALVES FERREIRA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Setembro de 2012 (Proc. N.º 1622/12.2TBVCT.G1) (ROSA TCHING) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013 (Proc. N.º 147/11.8TBGVA.C1) (TELES PEREIRA) (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1iozxdigkh/flash.html>

3. AS GARANTIAS ESPECIAIS NO REGIME DAS OBRIGAÇÕES HIPOTECÁRIAS (*COVERED BONDS*)

FILIPE SANTOS BARATA



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

AS GARANTIAS ESPECIAIS NO REGIME DAS OBRIGAÇÕES HIPOTECÁRIAS (COVERED BONDS)¹

Filipe Santos Barata*

1. Delimitação conceptual.
2. Perfil funcional das obrigações hipotecárias.
3. Os pressupostos da emissão de obrigações hipotecárias.
4. Princípio da Afectação e da Segregação.
5. Os activos elegíveis como património autónomo.
6. O privilégio creditório especial conferido aos titulares das obrigações hipotecárias.
7. As obrigações hipotecárias como obrigações com garantia especial.

Anexo I.

Anexo II.

Vídeo.

1. Delimitação conceptual

As obrigações hipotecárias são um instrumento financeiro por excelência, largamente divulgado e consagrado em regimes legais especiais nos diversos países da União Europeia (“UE”). As obrigações hipotecárias são designadas e conhecidas, recorrendo à expressão anglo-saxónica, como *covered bonds*, no sentido de obrigações a cujo cumprimento se encontram associados activos especificamente afectos.

A figura das obrigações hipotecárias foi regulada pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional com o DL n.º 125/90, de 16 de Abril². Em 2006, este regime foi expressamente revogado com a publicação do DL n.º 59/2006, de 20 de Março (doravante “LOH”). A LOH visou a plena inserção deste instrumento financeiro num movimento a que podemos apelidar de revitalização do mercado de dívida português³.

Com a entrada em vigor da LOH, o mercado português de emissão de obrigações hipotecárias sofreu de imediato uma dinamização, tendo sido aprovados diversos programas de emissões⁴.

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Advogado GÓMEZ-ACEBO & POMBO; Docente Universitário do ISEG, Universidade de Lisboa.

¹ Texto que serviu de base à sessão de apresentação que decorreu no dia 22 de Maio de 2015, em Lisboa, no Centro de Estudos Judiciários, no âmbito do *Curso de Especialização Temas de Direito Civil e Processual Civil*.

² Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 17/95, de 27 de Janeiro, pelo DL n.º 343/98, de 6 de Novembro e pelo DL n.º 52/2006, de 15 de Março.

³ Sobre as obrigações sobre o sector público, cfr. FLORBELA DE ALMEIDA PIRES E FILIPE SANTOS BARATA, *Obrigações sobre o sector público – Alguns problemas*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 789-859.

⁴ Em 23 de Novembro de 2006, a Caixa Geral de Depósitos, S.A. lançou um Programa de Emissões de obrigações hipotecárias no valor de € 10.000.000.000,00. Posteriormente, em 9 de Novembro de 2007, o Banco Espírito Santo, S.A. e o Banco Comercial Português, S.A. lançaram também um Programa de Emissões de obrigações hipotecárias de igual valor. O Banco BPI, S.A. lançou igualmente um Programa de Emissão de obrigações hipotecárias (€ 7.000.000.000), bem como a Caixa Económica Montepio Geral, em Novembro de 2008 (até € 5.000.000.000,00). Por último, o Banco Popular Portugal, SA publicou, em 30 de Junho de 2010, o Prospecto base relativo à admissão à negociação, em mercado regulamentado, de obrigações hipotecárias ao abrigo de um programa no montante global € 1,500,000,000.

Com a LOH, o legislador não procedeu a uma definição legal de “obrigações hipotecárias”.

Apenas com a Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, que alterou recentemente o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”, aprovado pelo Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de dezembro) foi recentemente introduzida uma definição de “(...) obrigações cobertas: as obrigações, *nomeadamente hipotecárias* (itálico nosso), emitidas por uma instituição de crédito sediada num Estado membro da União Europeia, quando resulte das suas condições de emissão que o valor por elas representado está garantido por activos que cubram completamente, até ao vencimento das obrigações, os compromissos daí decorrentes e que sejam afectos por privilégio ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros devidos em caso de incumprimento do emitente; (...)”.

Em primeira instância, falamos de “Obrigações”, uma vez que se trata de um instrumento de dívida emitido por uma instituição de crédito que assegura o pagamento integral do capital mutuado e de juros em condições definidas à data da emissão. O capital mutuado e os juros surgem, nesta conformidade, como um dos principais direitos constitutivos da posição jurídica do credor obrigacionista. As obrigações hipotecárias assumem os contornos das obrigações clássicas, com a especificidade de as entidades emitentes terem que ser instituições de crédito legalmente autorizadas pelo Banco de Portugal (“BP”), sendo o pagamento do capital e dos juros uma obrigação decorrente da emissão e respectiva subscrição. Adicionalmente, têm a especificidade de o pagamento de capital e de juros, devidos aos detentores das obrigações hipotecárias, ser garantido por privilégio creditório especial.

Trata-se de obrigações que permanecem no balanço (*on balance sheet*) da entidade emitente, sendo, assim, uma responsabilidade assumidamente sua, o que, aliado a uma estrutura legal específica e à garantia da qualidade dos activos que lhes estão afectos, converte as obrigações hipotecárias num instrumento de fácil implementação e muito atractivo, sobretudo devido às elevadas notações de risco que lhe estão comumente associadas.

No entanto, convém esclarecer que a designação “obrigações hipotecárias” afigura-se-nos equívoca na medida em que entendemos que não espelha correctamente a realidade subjacente.

As obrigações hipotecárias são assim designadas pelo facto de serem garantidas por débitos hipotecários constituídos por terceiros a favor da respectiva entidade emitente. As obrigações hipotecárias não constituem, portanto, instrumentos de dívida garantidos por hipoteca constituída pela entidade emitente ou por terceiros. Constituem, sim, um instrumento de dívida que visa a captação de recursos financeiros, com base na afectação de créditos hipotecários ou outros activos definidos por lei da titularidade da entidade emitente ao respectivo reembolso, não sendo elas próprias garantidas por hipoteca.

Nos termos da LOH, a designação “obrigações hipotecárias” apenas poderá ser utilizada relativamente às obrigações que cumpram os requisitos nela previstos (art. 1.º, n.º 3, da LOH). No Direito Comunitário não existe qualquer instrumento legislativo que, expressamente, regule a figura das obrigações hipotecárias e que trace os aspectos essenciais do seu regime,

sem prejuízo de os Estados-Membros, nos últimos anos, terem legiferado activamente no sentido de consagrar nos ordenamentos jurídicos internos um regime especial para as obrigações hipotecárias. Na actualidade, encontramos leis sobre obrigações hipotecárias na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus (*Pfandbriefe* alemãs, as *Obligations Foncières* francesas, as *Obbligazioni Bancarie Garantite* italianas, as *Cédulas Hipotecarias* espanholas, as *Mortgage Cover Assets Securities* irlandesas, as *Realkreditobligationer* dinamarquesas). O ordenamento jurídico português não fugiu a essa regra.

A Directiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento colectivo em valores mobiliários, cuja alteração mais recente foi efectuada pela Directiva 2014/91/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014 (“Directiva OICVM”) não é uma directiva pensada para regular as obrigações hipotecárias tendo antes por escopo regulamentar os Organismos de Investimento Colectivo em Valores Mobiliários na UE e definir os montantes das participações patrimoniais de uma sociedade de investimentos.

O art. 52.º, n.º 4 da Directiva OICVM assume particular relevância dado que contém uma disposição especial para formas específicas de obrigações de dívida bancária, definindo os pressupostos que as mesmas têm que cumprir de forma a poderem ser consideradas como instrumentos de dívida seguros⁵. Aliás, será o cumprimento dos requisitos traçados pelo art. 52.º, n.º 4, da Directiva OICVM que permitirá aos investidores sujeitos à supervisão do BP a aplicação de uma ponderação de risco de 10%.

Dispõe o art. 52.º, n.º 4, da Directiva OICVM que “[O]s Estados-Membros podem elevar o limite de 5% a que se refere o primeiro parágrafo do n.º 1 até um máximo de 25% no caso de obrigações emitidas por uma instituição de crédito com sede estatutária num Estado-Membro e sujeita por lei a supervisão pública especial destinada a proteger os detentores de obrigações. Nomeadamente, os valores resultantes da emissão dessas obrigações devem ser investidos nos termos da legislação aplicável a activos que, durante todo o período de validade das obrigações, possam cobrir direitos relacionados com as mesmas e que, no caso de falência do emitente, sejam utilizados prioritariamente para reembolsar o capital e pagar os juros vencidos.(...)”.

De acordo com o disposto, podemos sintetizar as principais características das obrigações hipotecárias como sendo as seguintes:

- (1) Obrigações emitidas por uma instituição bancária europeia (“*obrigações emitidas por uma instituição de crédito com sede estatutária num Estado-Membro*”);
- (2) Em caso de incumprimento da entidade emitente, nomeadamente nas situações de liquidação, os titulares das obrigações hipotecárias gozam de prioridade nos

⁵ Uma vez cumpridos estes requisitos, um Organismo de Investimento Colectivo (OIC) poderá investir num volume mais elevado nestas obrigações, em comparação com obrigações bancárias sem cobertura.

pagamentos que lhes são devidos (*“activos que [...], no caso de falência do emitente, sejam utilizados prioritariamente para reembolsar o capital e pagar os juros vencidos*);

- (3) Os fundos obtidos com a emissão de obrigações hipotecárias apenas poderão ser investidos em activos elegíveis, a definir por lei (*“os valores resultantes da emissão dessas obrigações devem ser investidos nos termos da legislação aplicável a activos”*);
- (4) As pretensões dos titulares de obrigações hipotecárias devem estar garantidas por activos elegíveis (*“activos que, durante todo o período de validade das obrigações, possam cobrir direitos relacionados com as mesmas”*);
- (5) A emissão de obrigações hipotecárias encontra-se sujeita a supervisão pública especial (*“uma instituição de crédito com sede estatutária num Estado-Membro e sujeita por lei a supervisão pública especial destinada a proteger os detentores de obrigações.”*).⁶

Sempre que uma obrigação cumpra os critérios traçados pelo art. 52.º, n.º 4, da Directiva OICVM, usufruirá de um tratamento preferencial, considerando-se que possui uma qualidade mais elevada.

2. Perfil funcional das obrigações hipotecárias

Do ponto de vista da *entidade emitente*, a emissão de obrigações hipotecárias permite a obtenção de financiamento em moldes relativamente baratos, uma vez que o risco com a emissão das mesmas se encontra coberto por activos de qualidade devidamente supervisionada.

Uma instituição de crédito que detenha créditos hipotecários e outros activos legalmente elegíveis pode emitir obrigações hipotecárias, garantidas por esses activos subjacentes, as quais serão subscritas pelos investidores interessados.

A entidade emitente obtém, deste modo, disponibilidades líquidas dos subscritores das obrigações hipotecárias, com base numa antecipação temporal significativa relativamente à recepção dos créditos vincendos, cujo prazo não tenha ainda atingido o seu termo⁷.

As entidades emitentes vêm, mediante a emissão de obrigações hipotecárias, a possibilidade de obterem fundos, de forma a fazerem face às necessidades de financiamento por prazos relativamente longos. Os montantes recebidos com a emissão e respectiva subscrição habilita os emitentes a utilizá-los em ajustamentos nas suas estruturas de capitais. Numa perspectiva estritamente económica, as obrigações hipotecárias consistem numa modalidade de captação de recursos com base na afectação de créditos garantidos por hipoteca e de outros activos definidos pela LOH ao respectivo reembolso.

⁶ Cfr. Anexo I (síntese esquemática da emissão de obrigações hipotecárias).

⁷ CARLOS COSTA PINA, *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 472.

Com a emissão de obrigações hipotecárias pode a entidade emitente obstaculizar a prolongada imobilização decorrente da concessão de créditos hipotecários, desempenhando este instrumento financeiro um papel crucial na dinamização do mercado imobiliário e da actividade da entidade emitente.

Nesta conformidade, a emissão de obrigações hipotecárias constitui uma inegável modalidade de financiamento das entidades emitentes, de modo a poderem continuar a conceder mais crédito, apurando concomitantemente, e cada vez melhor, a qualidade dos créditos a conceder aos seus clientes⁸.

Em suma, as obrigações hipotecárias constituem um instrumento de dívida que permite a captação de recursos, ao mesmo tempo que propiciam à entidade emitente uma diversificação da respectiva carteira de clientes, constituindo uma forma estável e pouco onerosa de financiamento.

Na perspectiva dos *titulares das obrigações hipotecárias*, vulgo investidores, torna-se aliciante o investimento num produto financeiro que apresenta um risco reduzido, atendendo ao sistema de protecção instituído na LOH, i.e., os activos de cobertura, no contexto da respectiva emissão, constituem um património autónomo especialmente afecto ao cumprimento das obrigações hipotecárias, com base num sistema de supervisão prudencial rigoroso, sendo-lhes igualmente conferido um privilégio creditório especial.

A segurança inerente à emissão de obrigações hipotecárias apresenta-se como uma condição fundamental para a confiança dos investidores, que, no fundo, assumem o papel de financiadores da entidade emitente aquando da subscrição das obrigações hipotecárias. É natural que, quanto mais elevado for o grau de confiança depositado pelos investidores numa emissão de obrigações hipotecárias, ao qual a protecção conferida por um regime jurídico sólido é indissociável, maior será o investimento. Consequentemente, mais elevado será o refinanciamento e melhores serão as condições de concessão de empréstimos hipotecários por parte da entidade emitente aos seus clientes.

Em suma, os investidores podem encontrar um produto financeiro de risco reduzido, sendo que os recursos obtidos permitirão a dinamização do mercado imobiliário. Por outro lado, atenta a liquidez que as obrigações hipotecárias apresentam, não podemos desconsiderar a existência de um mercado secundário activo.

Acresce que a obrigação que impende sobre as instituições de crédito de constituir fundos próprios, atendendo ao risco assumido pelos activos que constituem o balanço, e na medida em que se cumpram os requisitos vertidos no art. 52.º, n.º 4, da Directiva OICVM, os critérios de ponderação aplicáveis ao risco subjacente a obrigações hipotecárias são distintos quando comparados com uma emissão de obrigações clássicas por parte das instituições de crédito.

⁸ Conforme expõem RALF GROSSMAN/OTMAR STÖCKER, *Generica Section, European Covered Bond Fact Book*, European Covered Bond Council, 2.ª ed., 2007, pp. 65-76, p. 67, as obrigações hipotecárias conferem aos emitentes um eficiente instrumento de financiamento a longo prazo (“an efficient long-term funding instrument”) para as respectivas actividades de financiamento.

As obrigações que cumpram os requisitos vertidos no art. 52.º, n.º 4, da Directiva OICVM são analisadas como detendo um perfil de risco atractivo, o que justifica a facilitação em termos de limites prudenciais de investimento nesses instrumentos financeiros, o que constitui uma vantagem para os subscritores de obrigações hipotecárias que sejam supervisionados pelo BP.

3. Os pressupostos da emissão de Obrigações Hipotecárias

A LOH define critérios subjectivos rigorosos quanto à legitimidade da respectiva entidade emitente para efeitos de emissão de obrigações hipotecárias. Nos termos do referido diploma, apenas poderão ser emitidas por instituições de crédito que:

- (i) Estejam autorizadas a conceder créditos hipotecários (créditos garantidos por hipoteca) e
- (ii) Disponham de fundos próprios não inferiores a € 7.500.000 (sete milhões e quinhentos mil euros)⁹.

Em primeiro lugar, referimos que a entidade emitente deverá ser uma *instituição de crédito*. Esta noção legal enquadra-se preferencialmente na noção de banco, instituição de crédito paradigmática, de tipo universal, sem restrições ao pleno exercício da respectiva actividade (art. 4.º, n.º 1, do RGICSF), por contraposição às demais instituições de crédito, que apenas poderão efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua actividade (art. 4.º, n.º 2, do RGICSF).

A entidade emitente de obrigações hipotecárias deverá, por outro lado, estar autorizada a conceder créditos hipotecários.

Uma das novidades da LOH foi a consagração das Instituições de Crédito Hipotecário – nova espécie de Instituições de Crédito – como emitentes de obrigações hipotecárias, sendo que, até à presente data, não temos conhecimento que tenha sido constituída nenhuma Instituição de Crédito Hipotecário.

Não é aplicável à emissão de obrigações hipotecárias o disposto no art. 169.º do Código dos Valores Mobiliários (“CVM”), ou seja, o lançamento de nova emissão não se encontra dependente do pagamento prévio da totalidade do preço de subscrição ou da colocação em mora dos subscritores remissos e do cumprimento das formalidades associadas à emissão ou a séries anteriores.

A emissão de obrigações hipotecárias pode ser realizada por oferta pública (artigo 109.º do CVM) ou particular (art. 110.º, n.º 1, do CVM).

⁹ Art. 2.º da LOH.

Em caso de oferta pública aplicar-se-ão às emissões de obrigações hipotecárias as disposições do CVM¹⁰ e, mais concretamente, a exigência de elaboração de Prospecto, nos termos do art. 134.º do CVM, e a intermediação financeira obrigatória¹¹. O Prospecto, tratando-se de oferta pública de distribuição, está sujeito a aprovação por parte da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”) (art. 114.º, n.º 1, do CVM).

Acresce que a publicidade relativa a ofertas públicas, sujeita à aprovação prévia pela CMVM¹², deve, segundo o previsto no art. 121.º, n.º 1, al. a), do CVM, obedecer aos requisitos enunciados no art. 7.º do CVM, i.e., a informação publicitária respeitante a ofertas públicas de valores mobiliários deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita.

No caso da oferta particular, não será aplicável à respectiva emissão a alínea l) do art. 3.º do Código de Registo Comercial¹³, que dispõe que se encontra sujeita a registo a emissão de obrigações, quando realizada através de oferta particular (excepto se tiver ocorrido, dentro do prazo para requerer o registo, a admissão das mesmas à negociação em mercado regulamentado de valores mobiliários).

Não será igualmente aplicável às emissões de obrigações hipotecárias o disposto no Capítulo IV (*Obrigações*) do Título IV (*Sociedades Anónimas*) do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), referente à emissão de obrigações¹⁴ por sociedades anónimas, não obstante a aplicação das disposições relativas ao representante comum dos obrigacionistas¹⁵.

As obrigações hipotecárias são transmitidas segundo o previsto no CVM, bem como de acordo com os termos e condições aplicáveis ao Sistema de Depósito e Liquidação em que se encontrem integradas (v.g. Interbolsa), sendo que a sua transmissibilidade, nos termos da LOH, não se encontra sujeita a quaisquer restrições.

Nos termos da legislação e regulamentação em vigor, as obrigações hipotecárias podem ser admitidas à negociação em mercado regulamentado¹⁶. Tal como os demais valores mobiliários, as obrigações hipotecárias, se admitidas à negociação em mercado regulamentado, são obrigatoriamente integradas em sistema centralizado.

¹⁰ Art. 10.º, n.º 1, da LOH.

¹¹ Dispõe o art.113.º do CVM que “as ofertas públicas relativas a valores mobiliários em que seja exigível prospecto devem ser realizadas com intervenção de intermediário financeiro [...]”

¹² Art. 121.º, n.º 2, do CVM. Segundo o art. 122.º do CVM, “quando a CMVM, após exame preliminar do pedido, considere que a aprovação do prospecto ou o registo da oferta é viável, pode autorizar publicidade anterior à aprovação do prospecto ou à concessão do registo, desde que daí não resulte perturbação para os destinatários ou para o mercado”.

¹³ Código de Registo Comercial, aprovado pelo DL n.º 403/86, de 3 de Dezembro, na sua versão actualizada.

¹⁴ Arts. 348.º a 372.º do CSC. Efectivamente, não são aplicáveis às obrigações hipotecárias as restrições previstas no art. 354.º do CSC relativo à aquisição de acções próprias; no entanto, as obrigações hipotecárias, enquanto estiverem na posse da entidade emitente não beneficiam do princípio da afectação e segregação patrimonial, nem do privilégio creditório, nos termos do art. 21.º, n.º 1, da LOH. Por outro lado, os direitos de crédito conferidos aos titulares de obrigações hipotecárias não têm que ser iguais (art. 348.º, n.º 1, do CSC *a contrario*).

¹⁵ Arts. 355.º a 359.º do CSC, em conjugação com o art. 14.º da LOH.

¹⁶ Art. 13.º, n.º 1, da LOH.

A admissão em mercado regulamentado pressupõe também a elaboração de um prospecto, nos termos do art. 236.º do CVM, que determina que o requerente deve divulgar um prospecto aprovado pela CMVM, previamente à admissão de valores mobiliários à negociação.

As obrigações hipotecárias não podem ser emitidas com maturidade inferior a dois nem superior a cinquenta anos¹⁷.

As obrigações hipotecárias são obrigações não subordinadas, sendo-lhes conferido um tratamento *pari passu* com todas as obrigações que venham a ser emitidas pela entidade emitente.

O art. 16.º da LOH elenca os activos que poderão ser afectos às obrigações hipotecárias. Assim, estas poderão ter subjacentes créditos pecuniários vincendos, que não estejam sujeitos a condição ou onerados (dados em garantia, judicialmente penhorados ou apreendidos) da titularidade da entidade emitente, garantidos por primeiras hipotecas sobre bens imóveis destinados à habitação ou com fins comerciais situados num Estado-Membro da UE.

Assim, refere a LOH que os créditos deverão ser créditos pecuniários vincendos, ou seja, créditos que ainda não tenham atingido a maturidade na data da respectiva inclusão no património de cobertura das obrigações hipotecárias.

No que respeita aos créditos hipotecários, e à exigência de que os mesmos estejam garantidos por primeira hipoteca, foi esclarecido pelo legislador que nada impede que sejam afectos créditos garantidos por hipoteca de grau inferior, mas apenas na medida em que os créditos que beneficiem de hipoteca de grau superior sobre o mesmo imóvel também sejam da titularidade da entidade emitente e se encontrem igualmente afectos à garantia da mesma emissão. Nos termos da LOH, o que releva para efeitos da respectiva elegibilidade é que a primeira hipoteca tenha sido concedida a favor da entidade emitente e integre o leque de activos afectos à cobertura das obrigações emergentes da emissão obrigacionista, tudo se passando, nesta hipótese, como se de um mesmo grau se tratasse.

De acordo com a LOH, a noção de crédito abrange igualmente os créditos garantidos por fiança prestada por uma instituição de crédito ou os créditos garantidos por contrato de seguro adequado, em ambos os casos desde que os mesmos beneficiem de contragarantia por hipoteca e preencham os requisitos *supra* descritos.

O art. 16.º, n.º 4, da LOH consagra um princípio de fundamental importância em sede de emissão de obrigações hipotecárias – trata-se do princípio *loan-to-value*, tal como é conhecido na gíria financeira, traduzindo o valor máximo que o empréstimo concedido por uma instituição de crédito a um cliente pode ter em relação ao valor do imóvel oferecido em garantia.

¹⁷ Art. 12.º da LOH

Segundo este preceito, o valor de um crédito hipotecário afecto, como activo subjacente, a uma emissão de obrigações hipotecárias não pode exceder o valor das hipotecas, nem:

- (i) A percentagem de 80% do valor do bem hipotecado, no caso de imóveis destinados à habitação, nem
- (ii) 60% do valor do bem hipotecado, no caso de imóveis para fins comerciais.

A avaliação do valor dos bens hipotecados é, nos termos do art. 22.º, n.º 1, da LOH, e à semelhança do que sucedia no regime anterior, da exclusiva responsabilidade da entidade emitente de obrigações hipotecárias.

O Aviso do BP n.º 5/2006¹⁸ regulamenta os termos da avaliação dos bens imóveis hipotecados em garantia dos créditos afectos às obrigações hipotecárias, com o propósito de encontrar uma harmonização das normas sobre a avaliação de garantias constituídas por bens imóveis e o regime aplicável para outros fins prudenciais.

Nos termos da LOH, poderão igualmente ser afectos em garantia das obrigações hipotecárias outros activos, a saber¹⁹:

- (i) Depósitos junto do BP, de moeda (dinheiro) ou títulos elegíveis no âmbito das operações de crédito do Eurosistema;
- (ii) Depósitos à ordem ou a prazo junto de outras instituições de crédito com notação de risco (rating) igual ou superior a “A-”, ou equivalente, que, no entanto, não podem estar numa relação de domínio ou de grupo com a entidade emitente de obrigações hipotecárias;
- (iii) Outros activos que preencham os requisitos de baixo risco e elevada liquidez, a definir pelo BP²⁰.

No entanto, relativamente a estes, a LOH estabelece uma limitação relevante, i.e., a soma do seu valor não pode exceder 20% do valor total do património afecto à garantia das obrigações hipotecárias (o denominado *asset cover*)²¹.

Outro aspecto de particular importância em sede de obrigações hipotecárias prende-se com a possibilidade conferida pela LOH às entidades emitentes de contratarem linhas de crédito irrevogáveis, de forma a fazerem face a necessidades temporárias de liquidez²². Por exigência legal, as linhas de crédito terão que ser contratadas com instituições de crédito com notação de risco igual ou superior a “A-”, ou equivalente. A LOH esclarece que a finalidade exclusiva de

¹⁸ Publicado no DR n.º 196, 1.ª série, de 11 de Outubro de 2006.

¹⁹ Art. 17.º, n.º 1, da LOH, als. a) a c).

²⁰ Relativamente a esta matéria, até à data da conclusão do presente texto, o BP ainda não tinha regulamentado a alínea c) do art. 17.º da LOH.

²¹ Art. 17.º, n.º 3, da LOH.

²² Art. 18.º da LOH.

tais fundos será o “pagamento de reembolsos e juros devidos no âmbito das emissões de obrigações hipotecárias”²³, uma vez mais sempre numa óptica de protecção dos credores obrigacionistas.

A LOH, atendendo aos desenvolvimentos verificados no sector bancário, e à semelhança da experiência consagrada noutros ordenamentos jurídicos, veio permitir a utilização de instrumentos financeiros derivados para cobertura dos riscos cambiais, de taxa de juro ou de liquidez^{24 25}. Nestes termos, e para os efeitos de cobertura de risco *supra* referidos – a saber, risco de taxa de juro, cambial ou de liquidez – poderão ser celebradas operações sobre instrumentos financeiros derivados:

- (i) Num mercado regulamentado de um Estado membro da UE;
- (ii) Num mercado reconhecido de um membro de pleno direito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE); ou
- (iii) Que tenham por contraparte instituições de crédito com notação de risco igual ou superior a “A-” ou equivalente (art. 20.º, n.º 2, da LOH).

Os instrumentos financeiros derivados fazem parte do acervo patrimonial afecto às respectivas obrigações hipotecárias e devem ser considerados para efeitos do registo de cobertura (art. 20.º, n.º 1, da LOH)²⁶.

Estas operações terão em vista, sobretudo, ultrapassar situações de não convergência de prazo e/ou de taxas de juro entre os créditos e as obrigações hipotecárias.

4. Princípio da Afectação e da Segregação

Para garantia das obrigações hipotecárias encontram-se afectos à referida emissão (i.e., compõem o respectivo acervo de activos subjacentes) os créditos hipotecários – incluindo o produto de juros e reembolsos –, bem como outros activos, cuja elegibilidade se encontra legalmente definida.

Deste modo, decorre da LOH um *princípio de afectação* nos termos do qual tanto os créditos hipotecários (respectivos juros e reembolsos), como os outros activos se encontram especifica e prioritariamente destinados ao cumprimento das obrigações assumidas perante os credores obrigacionistas, constituindo este princípio um aspecto nuclear da respectiva garantia.

²³ Art. 18.º, n.º 1, da LOH.

²⁴ Cfr. Preâmbulo da LOH.

²⁵ Nos termos do art. 20.º, n.º 3, da LOH, o BP pode definir, por Aviso, os termos em que os instrumentos derivados serão considerados para efeitos do apuramento dos limites prudenciais (art. 19.º da LOH), ou impor outras condições à utilização de instrumentos financeiros derivados. Até à presente data, o BP ainda não regulamentou esta matéria, apesar de se encontrarem definidos no Aviso do BP n.º 6/2006, em cumprimento do disposto no art. 23.º da LOH, os métodos de avaliação dos instrumentos financeiros derivados.

²⁶ Nos termos do ponto n.º 9, al. d), da Instrução do BP n.º 13/2006, os instrumentos financeiros derivados devem ser considerados pelo seu valor de mercado ou, na ausência deste, pelo valor calculado com base em métodos de avaliação adequados.

A LOH exige, para efeitos dessa afectação, que os créditos hipotecários e os outros activos, bem os instrumentos financeiros derivados, sejam adequadamente registados em contas segregadas da entidade emitente²⁷ e identificados sob a forma codificada nos documentos das respectivas emissões²⁸.

A emissão de obrigações hipotecárias é uma emissão no balanço (“*on balance sheet*”, recorrendo à terminologia anglo-saxónica, que se nos afigura sugestiva). Este aspecto distingue claramente a operação de emissão de obrigações hipotecárias das operações de titularização de créditos.

5. Os activos elegíveis como património autónomo

Nos termos do disposto no art. 601.º do CC, “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, *sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*” (itálico nosso). A garantia geral das obrigações é, assim, constituída por todos os bens que integram o património do devedor (universalidade objectiva)²⁹ e que, na sua totalidade, respondem pelas respectivas dívidas.

No entanto, a regra indicada comporta excepções e o art. 601.º do CC acima transcrito dá-nos conta disso. A doutrina distingue, a este propósito, a *limitação legal* e a *limitação convencional*³⁰.

No que respeita à limitação do devedor de origem legal, a primeira excepção compreende os bens insusceptíveis de penhora ou, por outras palavras, não se encontram incluídos na garantia geral ou comum³¹ das obrigações os bens ou direitos insusceptíveis de penhora, nos termos do art. 601.º, 1.ª parte, *a contrario*³². Por seu turno, a segunda excepção compreende regimes especialmente previstos em consequência da separação de patrimónios. Estamos, nesta segunda situação, perante um outro caso de limitação da garantia patrimonial, no sentido dos

²⁷ Embora tal não decorra directamente da LOH, afigura-se-nos que a entidade emitente deverá internamente criar grelhas contabilísticas adequadas para o efeito, devendo os activos elegíveis ser marcados nos sistemas informáticos da mesma, permitindo a contabilização nas contas segregadas exigidas pela LOH, sendo que o registo das cobranças efectuadas relativamente a capital e a juros deverá ser realizado numa conta interna *ad hoc*.

²⁸ Art. 4.º, n.º 3, da LOH e 20.º, n.º 5.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1.º Vol., AAFDL, Lisboa, 2001, p. 167, seguindo de perto o estudo de PAULO CUNHA, define património como um complexo de direitos e obrigações (avaliáveis em dinheiro) que o Direito sujeita a um regime comum no que respeita a responsabilidade por dívidas. Este autor, *Tratado de Direito Civil Português—Parte Geral*, Tomo II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 180, aponta um conceito de património recorrendo a uma fórmula sintética: “massas de responsabilidade”.

³⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed. reelaborada, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 845 e 846. Quanto à limitação convencional, cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 846-847.

³¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 14, entende que a expressão *garantia comum*, por oposição à expressão *garantia geral*, é mais enfática, uma vez que releva o princípio *par condicio creditorum* e a circunstância de a garantia ser pertença de todos os credores; ou então, simplesmente, a expressão *garantia patrimonial*.

³² Os bens e direitos não susceptíveis de penhora são os previstos nos arts. 736.º e ss. do Código de Processo Civil.

bens sobre os quais é possível incidir a execução, e não no sentido de limitação da responsabilidade do devedor³³.

Como expende JANUÁRIO COSTA GOMES³⁴, a vantagem do art. 601.º do CC traduz-se no facto de este artigo fazer um “duplo *rappel*”, por um lado, entre a existência de bens que a lei processual qualifica de impenhoráveis e, por outro, a existência de situações que a lei substantiva define como de separação de patrimónios.

No regime das obrigações hipotecárias, em sede de garantia das obrigações assumidas no contexto da respectiva emissão, o legislador consagrou o princípio de afectação ao cumprimento das referidas obrigações de activos elegíveis para esse efeito, nos termos descritos no capítulo anterior. Nesta medida, a noção doutrinária de património autónomo, enquanto esquema de beneficiação de credores em termos de responsabilidade patrimonial, assume uma importância fundamental.

Quanto ao conceito de património autónomo, MANUEL DE ANDRADE³⁵ analisa a possibilidade de, dentro do acervo patrimonial de uma pessoa, poder existir uma espécie de “centro patrimonial à parte” ou, até, de diversos centros patrimoniais similares, sendo que a este complexo patrimonial à parte se dá o nome de património separado ou autónomo³⁶.

O critério apontado por MANUEL DE ANDRADE³⁷ para se reconhecer a existência de um património autónomo, i.e., para sabermos se estamos perante um património distinto e autónomo, sob a perspectiva do tratamento jurídico que lhe é conferido, é o da responsabilidade por dívidas, ou seja, património autónomo será “o conjunto patrimonial a que a ordem jurídica dá um tratamento especial, distinto do restante património do titular, sob o ponto de vista da responsabilidade por dívidas”. Determinante será, então, que o património em questão “só responda e responda só ele por certas dívidas”, tratando-se de um “complexo patrimonial com dívidas próprias e privativamente suas, com dívidas que nele, e só nele, se localizam, e que ao mesmo tempo se conserva imune a quaisquer outras responsabilidades do titular³⁸”.

³³ Art. 601.º do CC, *in fine*. Assim se pronuncia ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 845.

³⁴ MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida...*, ob. cit., p. 17.

³⁵ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, p. 217 e ss.

³⁶ Nas sugestivas palavras de FERRARA, *apud* MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 217, trata-se de um património “juridicamente distinto do restante património da pessoa, capaz de próprias relações e de dívidas próprias, e insensível às flutuações e alternativas que atinjam o património que lhe está ao lado e em cujo seio ele vive. O património separado é um centro autónomo que não tem outra relação com o património que lhe está vizinho afora o liame extrínseco de ter o mesmo sujeito”.

³⁷ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, ob. cit., pp. 218, 219 e 220. Para este autor, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 219, para que se possa falar de uma verdadeira e própria autonomia, absoluta e integral, o património deverá aparecer como “completamente separado”, formando um “compartimento estanque”, sendo que a qualificação de património autónomo implica que uma determinada massa patrimonial só seja sensível a certas dívidas, e não às outras dívidas do respectivo titular. O património principal ou geral permanece estranho e insensível à primeira classe de obrigações. Não bastará que sobre um dado conjunto de bens certas dívidas tenham um tratamento preferencial.

³⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 423, refere-se aos casos em que a lei, dentro da massa de bens pertencentes a determinada pessoa (singular ou colectiva), segrega uma parte deles para os submeter a uma afectação especial.

Para MOTA PINTO³⁹, a existência de plena autonomia patrimonial exige o concurso de ambas as características (só responder e responder só ele por certas dívidas), não bastando a verificação de uma delas apenas.

As dívidas que são próprias de um património autónomo são as que se encontram em conexão com a função específica desse mesmo património, com base numa afectação especial nos termos da qual esse património foi criado, por contraposição à afectação geral do restante património.

Finalmente, ALMEIDA COSTA⁴⁰ define património autónomo ou separado como aquele que tem dívidas próprias, distinguindo entre situações de autonomia completa ou total de parcial ou incompleta. Assim, a autonomia completa verifica-se quando “uma determinada massa de bens está exclusivamente afectada ao cumprimento de certas dívidas” numa dupla perspectiva, a saber:

- (i) A massa de bens apenas responde por essas dívidas, e não por outros débitos do titular do património autónomo, e
- (ii) Por essas mesmas dívidas só ela responde, não se incluindo outros bens do seu titular.

Nos termos do art. 4.º, n.º 2, da LOH, os créditos hipotecários e outros activos afectos às emissões de obrigações hipotecárias, incluindo o produto dos respectivos juros e reembolsos, constituem um património autónomo. Assumindo uma clara posição de protecção dos titulares de obrigações hipotecárias, a LOH refere neste preceito que o património autónomo, composto pelos referidos créditos hipotecários e outros activos, não responde por “quaisquer dívidas da entidade emitente até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações hipotecárias”⁴¹. Este isolamento patrimonial, como facilmente se depreende, apresenta vantagens inequívocas na garantia do cumprimento das obrigações assumidas pela entidade emitente perante os credores obrigacionistas e, conseqüentemente, no que à notação de risco das emissões diz respeito.

Atendendo às considerações doutrinárias *supra* expendidas quanto à noção de património autónomo, é nosso entendimento que o património autónomo consagrado na LOH constitui um património autónomo imperfeito. Senão vejamos.

A responsabilidade pelas dívidas do património autónomo encontra-se afecta, *prima facie*, ao cumprimento das obrigações hipotecárias e, num segundo plano, uma vez e apenas quando satisfeitas as dívidas da entidade emitente de obrigações hipotecárias pode ser utilizado para satisfação das dívidas dos demais credores da entidade emitente. Deste modo, se é certo que

³⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 348, nota (408).

⁴⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 845, referindo que “a lei admite diversas situações de autonomia patrimonial”.

⁴¹ Art. 4.º, n.º 2, da LOH.

os créditos hipotecários e outros activos afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias apenas respondem, em primeira instância, por essas dívidas, uma vez satisfeitas as obrigações da entidade emitente perante os credores obrigacionistas e demais beneficiários, não é menos verdade que o remanescente reverterá para o património geral da entidade emitente, uma vez que os créditos afectos são pertença desta última. Quanto a este aspecto, a disponibilização do património a favor dos credores gerais apenas ocorrerá uma vez extinta a afectação, sendo que os bens deixam de constituir um património autónomo. Mas esta análise é parcelar, uma vez que atende apenas ao cenário em que o património autónomo cumpre plenamente a sua função, em virtude da suficiência dos créditos elegíveis especialmente afectos.

No entanto, e aqui sim reside o argumento que se nos afigura decisivo, em caso de insuficiência dos activos compreendidos no património autónomo para efeitos de pagamento de capital e juros aos titulares das obrigações hipotecárias, estes poderão concorrer na qualidade de credores comuns com os restantes credores da entidade emitente, retirando-lhe, quanto a nós, a natureza de património autónomo perfeito. Uma vez que o património geral da entidade emitente se encontra, num segundo plano, à disposição dos titulares das obrigações hipotecárias em caso de insuficiência do património autónomo, não podemos afirmar que as dívidas da entidade emitente perante aqueles são dívidas pelas quais o património autónomo responde e só ele responde, sem prejuízo de os credores obrigacionistas beneficiarem *ex ante* de um património autónomo especialmente afecto ao cumprimento das suas dívidas.

Nesta medida, consideramos poder caracterizar este património, não como um património absolutamente autónomo (como sucede com a herança), mas propendemos a qualificá-lo como sendo autónomo imperfeito⁴². MANUEL DE ANDRADE, a par da autonomia absoluta e integral, não deixou de referir cenários de autonomia relativa ou parcial, com distintas gradações⁴³.

Concluímos, portanto, no sentido da qualificação do património autónomo afecto ao cumprimento das obrigações hipotecárias como um património autónomo imperfeito.

Sem prejuízo do exposto, o património autónomo, consagrado na LOH, ainda que imperfeito, não perde a sua autonomia, constituindo uma efectiva garantia especial⁴⁴, na medida em que, atenta a massa patrimonial em si mesma, os respectivos beneficiários têm acesso a esse acervo patrimonial em pé de igualdade. A garantia dos credores obrigacionistas aparece, assim, evidenciada, pois embora concorram com os demais credores, no âmbito do património geral da entidade emitente (na situação de insuficiência do património autónomo afecto), sempre serão, com prioridade, beneficiários de um reforço específico dessa garantia que resulta da

⁴² Neste sentido, PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, *O Novo Regime Jurídico das Obrigações Hipotecárias, Actualidad Jurídica, Uría Menéndez, Madrid, 2006 (número extraordinário)*, p. 102, que afirma, na linha do que defendemos, que, se é certo que o património autónomo apenas responde pelas dívidas relativas às obrigações hipotecárias, a responsabilidade por tais dívidas não se encontra limitada a esse património, uma vez que, caso se revele insuficiente para dar cumprimento à satisfação dos credores obrigacionistas, estes últimos sempre poderão exigir o pagamento, na qualidade de credores comuns, da parte insatisfeita dos seus créditos ao restante património da entidade emitente.

⁴³ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 220, embora o autor não deixasse de caracterizar este tipo de autonomia patrimonial como tendo “natureza mal definível”.

⁴⁴ MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 295.

circunstância de o património autónomo aparecer primordialmente afecto à satisfação dos respectivos créditos, em cumprimento das obrigações da entidade emitente emergentes da emissão de obrigações hipotecárias⁴⁵. Assim sendo, embora *imperfeito*, o património autónomo com esta configuração surge como mais vantajoso para os investidores, precisamente atendendo ao *double recourse* que lhe está subjacente.

Outra questão que se poderá colocar prende-se com a configuração deste património autónomo como um património estático ou como um património dinâmico.

No nosso entendimento, o património autónomo afecto ao cumprimento das obrigações hipotecárias não constitui um património estático, antes adquirindo uma configuração dinâmica, na medida em que, caso os créditos hipotecários, incluindo os juros, bem como os outros activos afectos às obrigações hipotecárias, se revelem insuficientes, a entidade emitente poderá afectar novos créditos, registando-os em contas segregadas, de forma a assegurar o pagamento aos investidores, com base num mecanismo de substituição que operará durante a vida das obrigações hipotecárias.

Tal configuração dinâmica tem por objectivo tornar as obrigações hipotecárias avessas ao risco do incumprimento das obrigações da entidade emitente perante os credores obrigacionistas, a saber, o pontual pagamento do capital e dos juros que se encontrem em dívida. O cumprimento das obrigações da entidade emitente perante os titulares das obrigações hipotecárias mantém-se, com prioridade, até à excussão dos créditos destes últimos, não respondendo o património autónomo, conforme analisámos *supra*, por quaisquer outras dívidas até à referida excussão. A letra da lei aponta claramente nesse sentido, nomeadamente atento o facto de o art. 4.º, n.º 3, da LOH referir expressamente que os créditos e outros activos que em cada momento integrem o património autónomo devem ser registados em contas segregadas da entidade emitente, de forma a cumprirem a sua função.

Nos termos da Instrução do BP n.º 13/2006, as instituições de crédito emitentes de obrigações hipotecárias deverão enviar ao BP, com a antecedência de um mês relativamente à data da emissão:

- (i) Um relatório previsional com a descrição da organização e política de gestão dos riscos inerentes ao património autónomo afecto às obrigações, indicando, em particular, os procedimentos ou modelos de gestão de risco e de controlo de eventuais desfasamentos entre activos e passivos; e
- (ii) No contexto da definição do *portfolio* inicial associado à emissão, indicar a composição prevista do património autónomo e outros elementos que demonstrem o cumprimento do regime prudencial aplicável.

A composição previsional do património autónomo para efeitos de emissão de obrigações hipotecárias, bem como os outros elementos que demonstrem o cumprimento do regime

⁴⁵ MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, ob. cit., p. 296.

prudencial aplicável, deverá ser posteriormente aferida, devendo ser novamente enviado ao BP o detalhe relativo à composição do património afecto às obrigações hipotecárias pelas instituições de crédito emittentes com a antecedência mínima de cinco dias úteis relativamente à data daquelas emissões^{46 47}.

O órgão de administração deverá, relativamente às informações relativas ao património autónomo *supra* referidas, remeter ao BP uma declaração que ateste que se encontram preenchidos todos os requisitos aplicáveis. Estes requisitos respeitam ao registo do património autónomo nos termos legais e regulamentares⁴⁸. Por outro lado, o BP deverá igualmente receber um parecer do auditor independente que certifique as asserções do órgão de administração na sua declaração.

Em caso de divergência entre o parecer emitido pelo auditor independente (a ser comunicado com a antecedência de cinco dias úteis em relação à data da emissão) e a composição previsional do património autónomo (comunicada ao BP com a antecedência de mínima de um mês em relação à referida data), será necessário proceder-se à revisão deste parecer⁴⁹.

Houve, por parte do BP, o reconhecimento de que se tornaria praticamente impossível com a antecedência de um mês fixar de forma definitiva a composição final do património autónomo. No entanto, a exigência de novo dever de informação, cinco dias antes da emissão, também não parece resolver o problema da “cristalização” do referido património. Parece-nos indubitável que o BP pretende receber a informação relevante sobre os créditos afectos com a maior antecedência possível, salvaguardando-se o princípio da transparência ao nível da emissão. No entanto, não podemos ignorar as exigências burocráticas inerentes à solução legalmente consagrada, nomeadamente o facto de ser necessário duplicar o parecer do auditor independente para este efeito, num contexto em que a composição do património autónomo pode ser alterada pela entidade emittente, com base na substituição de créditos.

Em suma, é nosso entendimento que a LOH veio consagrar um património autónomo (imperfeito) afecto ao cumprimento das obrigações assumidas pela entidade emittente perante os credores obrigacionistas, património esse que adquire uma configuração dinâmica em função do mecanismo de substituição dos créditos hipotecários e outros activos especialmente afectos à emissão previsto na lei.

Em caso de não verificação dos limites prudenciais fixados nos arts. 19.º, n.º 1 a 3 e 16.º, n.º 4 da LOH – princípio *loan-to-value* – ou em caso de suspeição da ultrapassagem dos referidos

⁴⁶ N.º 2.2. da Instrução do BP n.º 13/2006. Cfr. o Relatório Final sobre a Consulta Pública n.º 1/2006, onde se reconhece expressamente as dificuldades práticas de, com a antecedência de um mês, fixar ou cristalizar, com o detalhe requerido, a composição do património autónomo a afectar às obrigações.

⁴⁷ Note-se que, no que diz respeito a emissões subsequentes, não integradas em programa de emissões anterior, deverão as instituições de crédito enviar ao BP a composição previsional do património autónomo e outros elementos que demonstrem o cumprimento do regime prudencial aplicável (no prazo de um mês e nos cinco dias úteis relativamente à data da emissão respectivamente), bem como declaração e parecer do auditor independente.

⁴⁸ N.º 3 da Instrução do BP n.º 13/2006.

⁴⁹ N.º 3, 2.ª frase, da Instrução do BP n.º 13/2006.

limites, o art. 21.º da LOH determina que a entidade emitente deverá lançar imediatamente mão das seguintes medidas correctivas:

- (i) Afectar novos créditos hipotecários, com ou sem substituição dos créditos hipotecários afectos às obrigações hipotecárias;
- (ii) Adquirir as obrigações hipotecárias no mercado secundário⁵⁰;
- (iii) Afectar outros activos (que não créditos hipotecários), sempre com respeito pelos limites previstos na LOH, ou seja, de forma a que o valor total dos referidos activos não exceda 20% do valor total do acervo patrimonial afecto à garantia das obrigações hipotecárias.

6. O privilégio creditório especial conferido aos titulares das obrigações hipotecárias

A obtenção de crédito desde sempre esteve associada à capacidade de o devedor cumprir tempestivamente com as suas obrigações, não se compadecendo com a mera palavra de honra. A relação de confiança encetada entre credores e devedores exige a afectação de bens do devedor, de forma a assegurar o pontual cumprimento das respectivas obrigações. As garantias associadas ao crédito desempenham, portanto, um papel de fundamental importância.

A emissão de obrigações hipotecárias não foge a esta realidade. Reconhecendo a necessidade de proteger os credores obrigacionistas no âmbito da emissão e até à maturidade da mesma, o legislador consagrou um mecanismo legal capaz de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela entidade emitente perante os credores obrigacionistas, de forma a dotar o mercado, vulgo investidores, da necessária confiança. A susceptibilidade de liquidação da entidade emitente justifica, no limite, esta preocupação, sendo portanto nesse cenário que a protecção conferida pela LOH se coloca com maior acuidade.

Para os investidores em obrigações hipotecárias é essencial compreender qual é a real protecção que lhes é conferida aquando da emissão e respectiva subscrição de obrigações hipotecárias, i.e., identificar exactamente a garantia de que beneficiam e o objecto sobre o qual ela incide.

Nesta decorrência, para além da regra geral de que todos os bens compreendidos no património do devedor respondem pela totalidade das suas dívidas, salvo os casos de limitação legal (ou convencional), e da qual a separação de patrimónios é uma excepção, o art. 604.º, n.º

⁵⁰ A aquisição de obrigações hipotecárias conduz à diminuição do valor dos empréstimos consubstanciados nessas obrigações. Nessa medida, enquanto as mesmas se mantiverem na esfera jurídica da entidade emitente, ocorrendo confusão (temporária) entre credor e devedor, não beneficiarão, nos termos do art. 21.º, n.º 2, da LOH do princípio da separação e segregação patrimonial do privilégio creditório especial. No mesmo sentido, embora se pronunciando acerca do regime anterior, cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias*, Revista da Banca, N.º 15, Julho-Setembro, Lisboa, 1990, p. 95 e nota (48).

1, do CC prevê que, havendo concurso de credores do mesmo devedor, e não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm direito a ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação do seu crédito.

Consagra-se, assim, uma outra perspectiva no que à garantia geral do património do devedor diz respeito, ou seja, a garantia do património do devedor constitui uma garantia comum a todos os credores, dado que todos eles possuem uma garantia no património daquele – princípio do *par conditio creditorum*. No entanto, a lei ressalva as chamadas causas legítimas de preferência que, são, *inter alia*, para além da separação de patrimónios analisada, os privilégios creditórios conferidos por lei, que atribuem ao credor que delas beneficie o direito de ser pago com prioridade relativamente aos restantes credores do mesmo devedor sobre o valor de todos os bens ou de certos bens daquele⁵¹.

O art. 733.º do CC define o privilégio creditório como a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência relativamente a outros⁵² ⁵³. Todos os privilégios têm fonte legal, não existindo privilégios nascidos de negócio jurídico⁵⁴, estando *a ratio* da sua consagração ligada ou à qualidade dos credores, ou à natureza do crédito em si mesmo.

O efeito da preferência conferido manifesta-se quando é intentada acção executiva em que são penhorados os bens sujeitos à garantia, sendo que só nesse momento o credor poderá fazer valer o seu direito.

Nos termos da LOH, os titulares de obrigações hipotecárias gozam de *privilégio creditório especial sobre os créditos hipotecários que lhes subjazem, bem como sobre os outros activos* (itálico nosso), com precedência sobre quaisquer outros credores, para efeitos de reembolso do capital e recebimento dos juros correspondentes às obrigações hipotecárias.

⁵¹ O art. 604.º, n.º 2, aponta ainda como causas de preferência a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca e o direito de retenção.

⁵² Sobre os privilégios creditórios no direito português, vide VAZ SERRA, *Privilégios*, BMJ, N.º 64, 1957, pp. 41-337; SALVADOR DA COSTA, *O concurso de credores*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 163-212; ANTÓNIO SILVA RITO, *Privilégios creditórios na nova legislação sobre recuperação e falência da empresa*, RB, N.º 27, Lisboa, Julho-Setembro 1993, pp. 93-106; MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua influência no Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 2005; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 959-973; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 571-577; A. LUÍS GONÇALVES, *Privilégios creditórios: Evolução Histórica. Regime. Sua inserção no tráfico creditício*, BFDUC, Vol. LXVII, 1991, pp. 29-46; MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 233-239; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 140 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 768-770.

⁵³ Conforme refere ANTÓNIO SILVA RITO, *Privilégios creditórios...*, ob. cit., pp. 93-94, a lei pode conceder a determinados credores a faculdade de serem pagos com preferência a outros, atendendo à causa do crédito. Trata-se de um desvio relativamente à regra da *par conditio creditorum* e daí entender-se que as disposições que criam privilégios são sempre de natureza excepcional. Segundo este Autor, “por via excepcional surge a figura dos credores privilegiados, expressão que prefiro substituir por créditos privilegiados, pois é a ponderação da natureza e da origem do crédito que motiva o legislador a criar a sua especial protecção jurídica e não qualquer consideração relacionada com o titular do crédito”.

⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, ob. cit., p. 571.

Assim sendo, atendendo à causa do respectivo crédito, os credores obrigacionistas no âmbito da emissão de obrigações hipotecárias, são pagos de forma preferencial relativamente aos demais credores da entidade emitente.

Na linha do previsto no art. 733.º do CC (“independentemente de registo”), dispõe a LOH que o privilégio creditório não se encontra sujeito a registo⁵⁵.

A LOH, contrariando o regime anterior, não exige que os créditos hipotecários afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias sejam registados na conservatória do registo predial, aquando da inscrição da respectiva hipoteca⁵⁶.

A LOH confere aos titulares das obrigações hipotecárias um privilégio creditório especial sobre os créditos hipotecários subjacentes à emissão de obrigações hipotecárias, bem como sobre os outros activos que integram o património autónomo.

Acresce que o referido privilégio creditório é extensível às contrapartes das operações sobre instrumentos financeiros derivados no que diz respeito aos créditos emergentes dessas operações⁵⁷.

Por outro lado, importa também salientar, a respeito do privilégio creditório especial, que a remuneração do representante comum dos obrigacionistas, os custos e encargos subjacentes ao exercício das respectivas funções, bem como as despesas de convocação e realização de assembleias de obrigacionistas, quando incorridas em cumprimento das condições da emissão, constituirão encargos do património autónomo e também beneficiam, conseqüentemente, do privilégio creditório consagrado na LOH⁵⁸.

A LOH não estendeu este privilégio creditório às entidades financeiras que concedam linhas de crédito irrevogáveis à entidade emitente, de forma a superar situações temporárias de liquidez. Esta ausência de previsão legal, no nosso entendimento, poderá colocar alguns problemas de ordem prática no que diz respeito à obtenção do referido financiamento, sendo certo que a própria LOH exigiu uma determinada notação de risco à entidade financiadora, de certa forma impondo requisitos adicionais que deverão ser necessariamente respeitados, sem que correlativamente lhes tenha atribuído qualquer garantia especial. No entanto, entendemos que a não extensão do privilégio creditório especial a estas entidades se deve essencialmente ao facto de se tratar de instituições que, no contexto da operação de emissão de obrigações hipotecárias, assumem uma função circunscrita no tempo, sendo participantes ocasionais que poderão eventualmente surgir (caso se coloquem questões de liquidez), mas que tenderão a desaparecer num curto espaço de tempo, em virtude do reembolso da dívida contraída.

O privilégio creditório especial também não foi conferido pelo legislador nacional à instituição de crédito designada para efeitos de gestão do património autónomo, em caso de liquidação

⁵⁵ Art. 3.º, n.º 3, da LOH.

⁵⁶ Assim previa o art. 6.º, n.º 3, do DL n.º 125/90, de 16 de Abril.

⁵⁷ Art. 20.º, n.º 3, da LOH.

⁵⁸ Art. 14.º, n.º 6, da LOH.

da entidade emitente. É nosso entendimento que o legislador, em futuras alterações à LOH, deveria consagrar expressamente a extensão do referido privilégio creditório a esta última entidade, sob pena de se suscitarem obstáculos práticos não despiciendos, a saber, a dificuldade de se encontrar no mercado uma instituição de crédito que aceite ser responsável pela gestão do património autónomo, sem ter uma posição pelo menos paritária com os titulares das obrigações hipotecárias, contrapartes dos instrumentos financeiros derivados e representante comum dos obrigacionistas.

O art. 735.º do CC admite duas modalidades de privilégios: por um lado, *os privilégios mobiliários*, que poderão ser gerais ou especiais e, por outro, *os privilégios imobiliários*, sendo que relativamente a estes últimos apenas encontramos no CC privilégios especiais⁵⁹.

Os privilégios mobiliários serão especiais ou gerais, consoante abrangam o valor da totalidade dos bens móveis existentes no património do devedor à data da penhora, ou incidam apenas sobre certos e determinados bens móveis.

O privilégio conferido aos titulares das obrigações hipotecárias é um privilégio mobiliário especial⁶⁰, uma vez que abrange apenas os bens compreendidos no património autónomo afecto à emissão de obrigações hipotecárias, não abrangendo todo o património da titularidade do devedor⁶¹. É precisamente atendendo ao conjunto de créditos afectos à emissão de obrigações hipotecárias, e à relação de especial e indissociável ligação que se consagra o referido privilégio creditório especial a favor dos respectivos titulares, apenas respondendo pelo cumprimento das obrigações hipotecárias os créditos afectos registados em contas segregadas da entidade emitente. O privilégio creditório traduz-se, assim, no direito que assiste aos credores obrigacionistas no âmbito de emissões de obrigações hipotecárias de serem pagos com preferência relativamente aos demais credores da entidade emitente, em caso de liquidação, sendo que, após o integral pagamento desses créditos, o eventual remanescente deverá ser devolvido à massa insolvente, a fim de satisfazer os créditos dos credores comuns da referida entidade. Note-se que também os credores obrigacionistas, em caso de insuficiência do património autónomo para efeitos de satisfação dos créditos respectivos, poderão recorrer ao restante património da entidade emitente, embora na

⁵⁹ Sobre a consagração de privilégios imobiliários em legislação avulsa, *vide*, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 961, nota (4) e p. 962. De facto, embora o art. 735.º do CC refira que os privilégios imobiliários são sempre especiais, o certo é que encontramos em legislação avulsa privilégios imobiliários gerais.

⁶⁰ RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Principia, 2007, p. 247, refere os privilégios creditórios especiais inerentes às obrigações hipotecárias (privilégios mobiliários) que conferem preferência sobre os créditos hipotecários afectos (bem como sobre outros tipos de direitos), mencionando este autor que o privilégio concedido apresenta uma “invulgar estrutura”.

⁶¹ Discordamos assim de LUCAS PIRES, *Dos Privilégios Creditórios...*, ob. cit., p. 339, que afirma que este privilégio se deve qualificar como imobiliário (por incidir sobre a coisa hipotecada) e especial (por se circunscrever a esse mesmo objecto). De facto, se a qualificação como privilégio especial nos parece adequada, já a qualificação feita pelo autor de que se trata de um privilégio imobiliário nos suscita as Maiores dúvidas nomeadamente quando este autor afirma que a qualificação como privilégio imobiliário reside na circunstância de que apenas hipotecas sobre imóveis podem ser objecto de obrigações hipotecárias. Já SALVADOR DA COSTA, *O concurso de credores*, ob. cit., pp. 194-195, o qualifica (bem, no nosso entender), como privilégio mobiliário especial.

qualidade de credores comuns, concorrendo em igualdade de circunstâncias com os demais credores que se encontrem na mesma posição.

Neste âmbito gostaríamos ainda de chamar a atenção para uma disposição de particular importância em sede de obrigações hipotecárias que prevê que as hipotecas que garantam os créditos (hipotecários) prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários^{62 63}.

Nos termos do art. 686.º do CC, a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo⁶⁴.

A hipoteca é um direito real de garantia que permite ao credor hipotecário ser ressarcido através da realização do valor do bem imóvel ou coisa equiparada sobre os quais incide⁶⁵.

Enquanto garantia, a hipoteca é um direito acessório, acompanhando a obrigação garantida, extinguindo-se com a extinção daquela (art. 730.º do CC). A eficácia da hipoteca (não a sua validade), mesmo em relação às partes, fica dependente de registo (art. 687.º do CC).

A referida disposição, especialmente prevista na LOH, que prevê que as hipotecas que garantam os créditos (hipotecários) prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários, vem consagrar um desvio relativamente ao regime traçado no art. 751.º do CC, que prevê que os privilégios imobiliários especiais são oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele e preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca ou ao direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores, contrariando a regra geral vertida no CC de que os privilégios imobiliários prevalecem sobre qualquer hipoteca (ainda que anterior)⁶⁶.

⁶² Art. 3.º, n.º 2, LOH.

⁶³ ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 107, refere, a este respeito, que as obrigações hipotecárias são dotadas de uma dupla garantia: por um lado, são dotadas de privilégio creditório especial e, por outro, as hipotecas que as garantem prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários.

⁶⁴ A hipoteca a que nos reportamos é a hipoteca convencional, que resulta de contrato entre o credor e quem se encontre legitimado para constituir a garantia real sobre os bens, sem prejuízo da existência de outras duas espécies de hipoteca, a saber, a hipoteca legal e a judicial. Sobre a Hipoteca no direito português, cfr. VAZ SERRA, BMJ, N.º 62, pp. 5-356 e BMJ N.º 63, Janeiro – Fevereiro, 1957, pp. 193-396; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 936-959; ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações I*, ob. cit., pp. 549-571; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 468-477; RUI PINTO DUARTE, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 217-228; PEDRO ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 189-207; MARIA ISABEL HEBLING CAMPOS, *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 754-766; OLIVEIRA ASCENSAO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pp. 545 e ss.

⁶⁵ Conforme notava VAZ SERRA, *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, pp. 5 e ss., a hipoteca sempre esteve associada à tutela do crédito, “facilitando ao proprietário com base nos seus bens imobiliários, a aquisição de crédito, que lhe permita, com o mínimo de encargos e pelo prazo conveniente, dispor dos capitais de que carece para desenvolver o aproveitamento do solo”.

⁶⁶ MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos Privilégios Creditórios...*, ob. cit., p. 399, considera que a prevalência consagrada na LOH é uma “circunstância que acarreta um prejuízo para os credores dos ditos privilégios”.

De acordo com o regime geral, a hipoteca cede perante os privilégios imobiliários (art. 751.º do CC), o direito de retenção (art. 759.º, n.º 2, do CC) e os privilégios mobiliários por despesas de justiça (art. 746.º do CC). Por força da LOH, as hipotecas que garantam os créditos hipotecários, afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias, são excepcionadas do regime geral previsto no CC⁶⁷.

Verificando-se uma situação de incumprimento da entidade emitente de obrigações hipotecárias, os credores obrigacionistas dispõem de um privilégio sobre os créditos de cobertura. Não só os créditos afectos constituem um património autónomo ao serviço dos titulares das obrigações hipotecárias, mas também a LOH lhes assegura a necessária prioridade, sendo que, de forma a tornar o privilégio creditório eficaz, prevê que as hipotecas que garantam esses créditos hipotecários prevalecem sobre quaisquer privilégios imobiliários. De forma a impedir que a garantia conferida aos titulares das obrigações hipotecárias seja desfalçada da sua plenitude no momento em que se revela mais necessária, a LOH eleva – de forma excepcional – o grau de graduação da hipoteca subjacente aos créditos objecto do privilégio creditório especial, colocando-a em primeiro lugar em relação aos próprios privilégios creditórios imobiliários⁶⁸.

Surgem, deste modo, dois sistemas de graduação de créditos com garantia real: o geral, vertido no art. 751.º do CC, e o especial, que emerge do regime jurídico aplicável às obrigações hipotecárias.

A prioridade da hipoteca que garanta créditos hipotecários suscitou alguma divergência doutrinária, ao abrigo do anterior regime das obrigações hipotecárias, quanto à prevalência da hipoteca sobre o direito de retenção, previsto no art. 754.º do CC.

Caso o direito de retenção incida sobre coisa imóvel, prevê o art. 759.º do CC que o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor. Acresce que, se existirem credores hipotecários, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta última tenha sido registada anteriormente^{69 70}.

Em resposta a esta questão, o raciocínio formulado pela doutrina foi o seguinte: uma vez que as hipotecas que garantem os créditos hipotecários afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários, as referidas hipotecas também prevalecerão sobre o direito de retenção que o art. 755.º, n.º 1, alínea f), do

⁶⁷ Neste sentido ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 961 e SALVADOR DA COSTA, *O concurso de credores*, ob. cit., p. 195.

⁶⁷ Art. 3.º, n.º 2, LOH.

⁶⁸ ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Um novo instrumento financeiro...*, ob. cit., p. 88, afirma, de modo bastante esclarecedor, que esta hipoteca tem preferência sobre a totalidade das garantias reais (ainda que anteriores), uma vez que prevalece sobre a que se encontra graduada em primeiro lugar.

⁶⁹ Art. 759.º, n.º 2, do CC.

⁷⁰ Como nota ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Um novo instrumento financeiro...*, ob. cit., p. 85, as instituições que concediam financiamentos com garantia hipotecária constataram o enfraquecimento da garantia hipotecária em virtude da concessão de um direito de retenção aos promitentes compradores que tivessem recebido (por tradição) a posse da coisa prometida vender.

CC concede ao beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido no caso de promessa sinalizada, uma vez que o direito de retenção se gradua abaixo dos privilégios creditórios^{71 72}.

Para ALMEIDA COSTA, da preferência atribuída às hipotecas no âmbito do regime jurídico das obrigações hipotecárias resulta um tanto prejudicada a garantia atribuída no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC a um relevante segmento do contrato-promessa⁷³. Note-se, porém, que o legislador não revogou a prevalência concedida ao direito de retenção sobre a hipoteca; apenas criou um regime excepcional para certas hipotecas, a saber, as que garantam créditos hipotecários afectos ao cumprimento de obrigações hipotecárias⁷⁴.

Também no sentido de que a hipoteca de que beneficiam os créditos do titulares de obrigações hipotecárias prevalecem sobre o direito de retenção, nomeadamente no caso do art. 755.º, n.º 1, alínea f), do CC, se pronunciou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (“TRP”), de 2 de dezembro de 2004⁷⁵, no contexto de penhora registada sobre fracção autónoma, sendo que as hipotecas constituídas a favor da instituição de crédito, para cumprimento das obrigações da executada em resultado de mútuos concedidos pela referida instituição, se encontravam registadas com data anterior ao da penhora efectuada na execução. Estava em discussão, no recurso de apelação, a questão de saber se o crédito reclamado pela apelante instituição de crédito tinha sido ou não correctamente graduado na posição relativa constante da decisão apelada, após a quantia exequenda. O TRP pronunciou-se no sentido de que o legislador

⁷¹ Neste sentido, LUÍS MIGUEL D.P. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em garantia e a Insolvência – Em particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 999, nota (1808). Segundo o autor, “desta forma removem-se os principais obstáculos à eficácia da hipoteca (os privilégios imobiliários especiais e o direito de retenção), criando-se na verdade um sistema diferente, e muito mais favorável, para a graduação de créditos garantidos por hipotecas quando estejamos face a obrigações hipotecárias. O que evidentemente fortalece os créditos”, idem, ob. cit., p. 1000. Também CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação*, ob. cit., p. 153, afirma que: “[...] se prevalece sobre privilégio imobiliário, a hipoteca que garante crédito hipotecário prevalece também sobre o direito de retenção, visto que este não prefere aos privilégios imobiliários, assim se afastando a regra comum da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca ainda que registada anteriormente (art. 759.º, n.º 2 do Código Civil)”. Igualmente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 981, nota (1), refere que excepcionam o regime geral do art. 759.º, n.º 2 do CC as hipotecas que garantam os denominados créditos hipotecários, de harmonia com o art. 3.º, n.º 2 da LOH

⁷² Cumpre destacar o facto de o direito de retenção, à semelhança dos privilégios creditórios, não se encontrar sujeito a registo.

⁷³ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 981, nota (1). Também A. LUÍS GONÇALVES, *Privilégios creditórios...*, ob. cit., pp. 34-35, nota (3), refere que “[e]ste novo privilégio, diga-se de passagem, por muito ou pouco justificado que seja, pode constituir uma forma de atenuar os efeitos do direito de retenção, concedido pela al. f) do art. 755.º do CC ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido sobre a coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º [...] uma vez que esse privilégio, nos termos, do art. 751.º do CC, prefere ao referido direito de retenção”.

⁷⁴ No mesmo sentido, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E SAPUILE, *Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca*, AA.VV., *Garantia das Obrigações* (Coord. Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 87-136, p. 131. Sobre o direito de retenção e a situação do credor hipotecário, cfr. PEDRO SAMEIRO, *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, Revista da Banca n.º 26, Abril-Junho 1993, pp. 89-97.

⁷⁵ Acórdão do TRP (Juiz Relator: Amaral Ferreira), Processo n.º 0436048, de 2 de Dezembro de 2004, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/63a0ee0300188ad080256f6c0052ca2b?OpenDocument&Highlight=0,Obriga%C3%A7%C3%B5es,Hipotec%C3%A1rias>.

Cfr. Anexo II para outras indicações jurisprudenciais.

ordinário excepciona à preferência do direito de retenção sobre a hipoteca, as hipotecas que garantam os denominados créditos hipotecários que prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários. Pronunciou-se igualmente o mesmo Acórdão no sentido de que o crédito hipotecário reclamado pela instituição de crédito e afecto ao cumprimento de obrigações hipotecárias ao abrigo do DL n.º 125/90, de 16 de Abril, deve ser graduado antes do crédito exequendo, garantido pelo direito de retenção. Este tribunal foi do entendimento, que se nos afigura mais correcto, de que tal preferência apenas beneficia um dos empréstimos concedidos pela instituição de crédito, dado que apenas num deles consta a menção de que se encontra afecto ao cumprimento de obrigações hipotecárias, inexistindo semelhante cláusula no respectivo documento complementar à escritura relativamente ao outro empréstimo concedido, o qual deveria portanto ser graduado após o crédito exequendo.

Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”), de 11 de Janeiro de 2005⁷⁶, no âmbito de processo de execução em que foi penhorada fracção autónoma, se pronunciou no sentido de que as hipotecas que garantam os créditos hipotecários abrangidos pelo regime do DL n.º 125/90, de 16 de Abril, têm preferência sobre todas as demais garantias reais, ainda que anteriores, pois que se sobrepõem à que cabe o primeiro lugar na graduação. Segundo esta decisão “passam a vigorar, para a hipoteca, duas diferentes garantias, a que correspondem dois sistemas de graduação, consoante os créditos que garante estejam ou não afectos ao cumprimento de “obrigações hipotecárias”: – neste caso, o resultante do regime geral dos arts. 686º, 751º e 759º-2 CC; naquele, o do mencionado regime especial do art. 6º-2 do DL n.º 125/90”. Conclui o STJ que as hipotecas de garantia de créditos hipotecários prevalecem sobre o direito de retenção.

Por outro lado, o STJ, neste Acórdão, expende considerações assaz importantes em sede de obrigações hipotecárias, ou seja, refere que nas obrigações hipotecárias “[e]m causa estão, realmente, as preferências concedidas às hipotecas que garantem os créditos concedidos pelo Banco, enquanto credor hipotecário, e que [...] prevalecem sobre quaisquer privilégios imobiliários, embora o benefício da preferência possa estar também instrumentalmente ao serviço do privilégio concedido aos titulares das obrigações hipotecárias [...] a hipoteca garante os créditos que, por sua vez, garantem as obrigações”.

Por último, o entendimento perfilhado no Acórdão do STA de 3 de julho de 2002⁷⁷ forneceu um importante contributo no que ao entendimento da jurisprudência nacional em sede de obrigações hipotecárias diz respeito, ainda que se reportando, à semelhança dos dois Acs. anteriormente citados, ao regime vertido no DL n.º 125/90. Expende este Acórdão que, para que o credor hipotecário (i.e., a entidade emitente de obrigações hipotecárias) goze do privilégio hipotecário, que se traduz na prevalência da hipoteca sobre privilégios creditórios imobiliários, torna-se necessário que demonstre que procedeu efectivamente à emissão e

⁷⁶ Acórdão do STJ (Juiz Relator: Alves Velho), Processo n.º 04A4146, de 11 de Janeiro de 2005, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5788ca8544ee028a802570060052b1d6?OpenDocument&Highlight=0,obriga%C3%A7%C3%B5es,hipotec%C3%A1rias>.

⁷⁷ Acórdão do STA (Juiz Relator: Benjamim Rodrigues), Processo n.º 0773/02, de 3 de Julho de 2002, disponível em: http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6f7b36350edbb11180256bf8004e29e9?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,Obriga%C3%A7%C3%B5es%20,Hipotec%C3%A1rias#_Section1.

subscrição de obrigações hipotecárias com afectação do crédito concedido aos executados nos termos do regime jurídico das obrigações hipotecárias, identificando-as. Não alegando ter procedido à emissão ou emissões dessas obrigações hipotecárias, mas apenas referindo que os créditos hipotecários estão afectos a obrigações hipotecárias nos termos do DL n.º 125/90, não poderá o banco ser graduado com preferência sobre o credor que esteja munido de um privilégio creditório imobiliário ou sobre o credor com direito de retenção.

Reconhece o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) que o regime das obrigações hipotecárias veio instituir *ex novo*, no plano normativo, garantias especiais, tanto no que respeita ao pagamento da obrigação de capital e de juros que se encontra formal e abstractamente corporizada nas obrigações hipotecárias, como no que se refere à cobrança dos créditos hipotecários que constituem o substracto económico que é afecto à emissão de tais obrigações hipotecárias. Foi com o intuito de tornar tal comércio merecedor da confiança geral dos investidores, “confiança esta que varia na razão directa da consciência económico-jurídica dos bens que lhes estão afectos ou que constituem o seu suporte económico” que levou o legislador a consagrar tais garantias especiais.

Refere ainda este Acórdão que o privilégio creditório concedido aos titulares das obrigações hipotecárias e o facto de as hipotecas que garantam créditos hipotecários prevalecerem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários são garantias absolutamente distintas. O privilégio creditório concedido aos titulares das obrigações hipotecárias incide apenas sobre os créditos hipotecários afectos à sua emissão, “sobre o bem jurídico que é constituído pelo direito de crédito, em si próprio, coenvolvendo o direito à prestação e o direito de garantia hipotecária, não tornando, todavia, o titular da obrigação hipotecária num titular de direito de crédito hipotecário, pelo que, deste modo, vale sobre o produto da venda de tais créditos hipotecários e não sobre o produto da venda dos bens dados em hipoteca”.

O beneficiário da norma que estabelece que as hipotecas que garantam créditos hipotecários prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários “é o titular do crédito hipotecário que esteja afecto à emissão de obrigações hipotecárias”.

Conclui o Acórdão que “só quando o titular da obrigação hipotecária que goza do privilégio creditório especial sobre os créditos hipotecários os venha a adquirir, também, por qualquer modo, mesmo em processo de execução em que sejam penhorados e vendidos, é que poderá haver uma situação de sobreposição de beneficiário (titular) das duas garantias: privilégio especial e hipoteca especial”. Desde que tenha existido uma emissão de obrigações hipotecárias e os créditos hipotecários tenham sido afectados a essa emissão, o credor hipotecário, i.e, a entidade emitente, fica a gozar da garantia hipotecária especial conferida por lei⁷⁸. No entanto, caberá à entidade emitente fazer prova em juízo dos elementos factuais

⁷⁸ Segundo o Acórdão citado, a concepção da garantia especial é “justificada pelo interesse do comércio jurídico em criar a confiança geral de que realmente existe o substracto económico que constituiu o suporte jurídico da emissão das obrigações hipotecárias, em virtude dos seus reflexos na atitude de avaliação do risco de subscrição por parte do investidor, sendo que aquele é constituído pelos montantes dos créditos hipotecários de que são titulares as entidades bancárias ou parabancárias. Para que a consistência económica de um tal suporte se mantenha, torna-se necessário que a hipoteca funcione juridicamente nos mesmos termos, independentemente de quem seja o titular do direito de crédito hipotecário, dado que só por esse

que caracterizam a concreta afectação e da emissão e respectiva subscrição de obrigações hipotecárias, nomeadamente, a deliberação de emissão, que instrumentos de dívida foram emitidos por cada emissão, que créditos hipotecários foram afectos (número, valor, quantidade) e que número de emissões ocorreram.

Como é referido no Acórdão *sub judice*, afirmações genéricas, vagas e imprecisas, relativas à hipótese de ter havido, ou de não ter ocorrido ainda, uma emissão de obrigações hipotecárias, ou situações em que um banco invoque ser titular de créditos hipotecários, sem que permita às demais partes e ao tribunal saber e controlar se, em concreto, se procedeu ou não a uma emissão e houve ou não subscrição de obrigações hipotecárias a que os créditos exequendos tenham sido afectados, constituirão uma falta de alegação necessária dos factos constitutivos do direito, impossibilitando ao tribunal o reconhecimento da existência do mesmo na esfera jurídica da entidade emitente⁷⁹.

Ainda a respeito do privilégio creditório especial e do princípio da afectação e segregação patrimonial, cumpre salientar que, nos termos do art. 21.º, n.º 2, da LOH, enquanto as obrigações hipotecárias permanecerem na posse da entidade emitente, i.e., antes que haja lugar à subscrição de obrigações hipotecárias, não gozam do privilégio creditório especial (art. 3.º da LOH), nem do princípio da afectação e segregação patrimonial (art. 4.º da LOH).

Na decorrência do exposto, não podemos avançar sem que nos pronunciemos sobre a realidade sobre a qual incide o privilégio creditório especial em análise. Nesta medida, teremos que centrar a nossa atenção nos bens objecto do privilégio. Identificámos já que o privilégio creditório especial incide sobre os créditos hipotecários e outros activos afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias, ou seja, tal privilégio incide sobre um direito de crédito. Nessa medida, a posição conferida pela LOH aos titulares das obrigações hipotecárias, especificamente quando lhes confere o privilégio creditório especial em análise, consiste na atribuição de uma preferência que incide sobre os referidos direitos. O direito de crédito surge como um *direito a uma conduta do devedor*. Os credores obrigacionistas

modo a solidez da instituição bancária emissora pode continuar a merecer a mesma confiança. Por outro lado, só por essa mesma razão, que se afigura de relevante interesse económico e público, é que se justifica que o legislador abandone, no caso destes títulos, o princípio da preferência dos privilégios imobiliários sobre a hipoteca que adoptou como regra geral no art. 751.º do C. Civil e que, outros, prejudica, abstracta e economicamente, mais intensamente o Estado, pois que este é o grande titular de privilégios creditórios imobiliários (sisa, c. autárquica, segurança social, etc.)”.

⁷⁹ A este respeito, cumpre notar que o art. 6.º, n.º 4, do DL 125/90, de 16 de Abril, com a redacção conferida pelo DL 17/95, de 27 de Janeiro, previa que “o extracto da inscrição da hipoteca deverá conter a menção especial de que o crédito por ela garantido fica afecto ao cumprimento de obrigações hipotecárias, sempre que tal afectação resulte do título constitutivo ou de declaração da entidade emitente anexa ao pedido de registo”. Dispunha o n.º 5 do referido art. que “no caso de hipotecas já constituídas, a menção a que se refere o número anterior será efectuada por averbamento com base em declaração da entidade emitente”. Nesta conformidade, a prova em juízo da afectação dos créditos era realizada com base no extracto de inscrição da hipoteca e demais informação respeitante à emissão. Sucede, porém, que a LOH não consagrou a referida necessidade de inscrição predial dos créditos afectos ao cumprimento de obrigações hipotecárias. Nesta medida, é nosso entendimento, que, sem prejuízo de o novo regime ser mais flexível numa perspectiva operacional, não é menos verdade que a realização da prova dos créditos afectos a uma emissão de obrigações hipotecárias é, na prática, dificultada. De facto, a lista de créditos registados em contas segregadas da entidade emitente, constituirá a única forma de o emitente provar a real afectação, cabendo ao BP, na qualidade de entidade de supervisão, suprir quaisquer outros obstáculos de índole prática.

detêm, portanto, tão-somente um direito de crédito, melhor dizendo, o direito a uma conduta, que se traduz na realização de uma *prestação*. O direito de crédito dos titulares das obrigações hipotecárias surge como o direito a uma prestação, e é essa a realidade sobre a qual incide o privilégio creditório especial constante da LOH. Em suma, os titulares das obrigações hipotecárias detêm, assim, um direito de natureza creditícia sobre o objecto do crédito que é a prestação, sobre o qual incide o privilégio⁸⁰ enquanto situação de preferência atribuída aos beneficiários do mesmo no pagamento do respectivo crédito.

Nestes termos, o privilégio creditório especial previsto na LOH é um privilégio mobiliário. A posição jurídica dos beneficiários será de preferência no pagamento, em caso de execução⁸¹.

7. As obrigações hipotecárias como obrigações com garantia especial

As obrigações hipotecárias são valores mobiliários, verdadeiras e próprias obrigações.

As pessoas colectivas, perante as respectivas necessidades de financiamento, emitem – a par do recurso ao crédito bancário, mediante a contracção de empréstimos a curto, médio ou longo prazo (capitais alheios) ou situações de aumento de capital (capitais próprios) –, instrumentos de dívida, como é o caso das obrigações⁸², como forma de colmatar as referidas necessidades.

As obrigações são uma fonte de financiamento externa, consubstanciando-se verdadeiros e próprios instrumentos privilegiados do hetero-financiamento de empresas⁸³. Com a emissão, opera uma transferência de quantias monetárias por parte de uma entidade com excedente de disponibilidades para outra entidade que delas necessita⁸⁴, sendo que, como contrapartida, a entidade financiada entrega ao subscritor um valor mobiliário que o habilita a exigir prestações em dinheiro ao longo da emissão até à sua maturidade. O obrigacionista surge, deste modo, como um credor da sociedade emitente. Igual situação ocorre com a emissão de obrigações hipotecárias, uma vez que se atribui ao seu titular um direito de crédito, que recai sobre uma certa quantia monetária, exequível perante a entidade emitente.

⁸⁰ Também neste sentido, SERGIO NASARRE AZNAR, *La Garantía de los Valores Hipotecarios*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid/ Barcelona, 2003, p. 414, na sua análise da preferência no pagamento conferida aos credores obrigacionistas em distintas jurisdições europeias.

⁸¹ Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, ob. cit., p. 249.

⁸² Para CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários Conceito e Espécies*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 140, as obrigações são valores mobiliários que conferem ao seu titular um direito ou feixe de direitos de crédito, tendo por objecto uma ou várias prestações em dinheiro, determinadas ou determináveis. Para o autor, as obrigações representam partes alíquotas e prefixadas de uma só emissão, com o mesmo valor nominal e conferindo direitos de crédito iguais.

⁸³ Assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II - Conteúdo/Contratos de Troca*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 161.

⁸⁴ FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Direito e Organização dos Obrigacionistas em Obrigações Internacionais (Obrigações Caravela e Eurobonds)*, Lex, Lisboa, 2001, p. 46.

O esquema das obrigações hipotecárias, no nosso entendimento, não foge, *mutatis mutandis*, à estrutura típica das emissões de obrigações comuns⁸⁵. O empréstimo obrigacionista constitui, portanto, à luz destas considerações, um indiscutível meio de financiamento de pessoas colectivas, ou seja, uma forma típica de financiamento.

Assim, a relação jurídica obrigacional encetada entre a entidade emitente e o credor obrigacionista, em relação à qual o credor tem direito de ser reembolsado pelo capital investido, bem como ao pagamento de juros, parece conduzir à sua caracterização como um contrato de mútuo (art. 1142.º/1145.º CC)⁸⁶. Porque os fundos recolhidos pela entidade emitente junto dos investidores visam a sua utilização em operações comerciais, estamos perante um contrato de empréstimo comercial, nos termos dos arts. 362.º e 394.º do Código Comercial, com base na existência de tantos créditos quantos os títulos que resultem da emissão de obrigações hipotecárias, ainda que sujeitas a um regime unitário⁸⁷.

⁸⁵ AMADEU JOSÉ FERREIRA, *Direito dos Valores Mobiliários*, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 181, afirma que “é o financiamento da sociedade e aplicação da poupança dos particulares que está em causa [...] talvez fosse mais adequado falar em contrato de financiamento, dadas as características específicas que assume”. No entanto, para este autor, este tipo de valor mobiliário assume “grande diversidade [...] sendo muito difícil isolar o núcleo substancial do seu conteúdo para além do mútuo”. No entanto, avançando com o exemplo das obrigações convertíveis em acções e analisando a questão de saber se o reembolso é ou não elemento essencial do montante mutuado (situação que não se verifica nas obrigações convertíveis), o autor inclina-se para a qualificação de contrato de financiamento. Contra, ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades por Emissão de Obrigações*, Quid Juris, Lisboa, 2002, p. 34 nota (41), para quem o exemplo demonstra exactamente o contrário, na parte referente às obrigações convertíveis, uma vez que o que está em causa não é saber se o reembolso se verifica na prática, mas antes se a entidade emitente se encontra vinculada ao reembolso, concluindo no sentido de que as obrigações convertíveis “conservam sempre a possibilidade de reembolso, visto que se o obrigacionista não exercer, por qualquer motivo voluntário ou involuntário, o direito de conversão no respectivo período, continua a ter direito ao reembolso do capital investido”. Sobre as obrigações convertíveis em acções, cfr. FÁTIMA GOMES, *Obrigações Convertíveis em Acções*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1999.

⁸⁶ A doutrina tem-se pronunciado tendencialmente neste sentido. Assim, ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades...*, ob. cit., p. 33, que vê o mútuo como causa típica das obrigações, visto ser ele que se encontra sempre presente no momento da deliberação da emissão; no entanto, se é certo que na fase de colocação das obrigações se poderão apontar diversas funções económicas às obrigações, tal facto não implica que a causa da emissão não tenha sido a vontade de obter um financiamento através de uma operação de mútuo. L. BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, Vol. II – Sociedades Comerciais, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 499, afirma que tradicionalmente, a emissão de títulos de obrigações é qualificável como um contrato de mútuo. Para MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, EDIFORUM, 10.ª ed. (revista e actualizada), Lisboa, 2007, p. 468, as obrigações, em regra, têm como causa ou fundamento um contrato de mútuo. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 635, entende que as obrigações são títulos representativos de um mútuo. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, ob. cit., p. 160 afirma que o “empréstimo obrigacionista é outro subtipo do mútuo oneroso, com as seguintes particularidades: pluralidade de mutuantes com posições jurídicas iguais, especial natureza jurídica do mutuário (sociedade comercial ou entidade pública), representação do direito do mutuante em valores mobiliários (títulos de crédito em massa) com a designação de obrigações”. Para este autor “o empréstimo obrigacionista é portanto o contrato subjacente à emissão de obrigações, acto pelo qual o mutuante (obrigacionista) entrega, ou se obriga a entregar, uma quantia em dinheiro, recebendo do mutuário em troca (salvo rateio) um documento (a obrigação) que representa os seus direitos (a juro e ao reembolso) em conformidade com as obrigações assumidas pelo emitente no acto da emissão”. No direito espanhol, SERGIO NASARRE AZNAR, *La Garantía de los Valores Hipotecarios*, ob. cit., pp. 360 e 366, também defende esta posição, afirmando que a relação que se estabelece entre o obrigacionista e a entidade emitente não é mais do que um contrato de empréstimo, sendo que o negócio que dá vida às obrigações é o empréstimo mercantil.

⁸⁷ ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades*, ob. cit., p. 42, refere que, embora se trate de uma operação de financiamento unitário, uma vez que todo o empréstimo obedece às mesmas condições e assenta num único acto de vontade da entidade emitente, não se deve configurar o empréstimo como débito

O empréstimo obrigacionista apresenta-se com uma feição unitária, sendo que a entidade emitente perspectiva os subscritores como uma única contraparte, com base numa identidade de tratamento oferecida aos mesmos no âmbito de cada emissão⁸⁸.

Atento o exposto, as obrigações hipotecárias são valores mobiliários representativos de dívida ou de relações de financiamento (mútuo) que conferem aos respectivos titulares o direito de reembolso do capital mutuado e dos respectivos juros e cuja emissão funciona como forma de captação de financiamento baseado em capitais alheios⁸⁹.

As obrigações hipotecárias pressupõem, após a emissão e respectiva subscrição, o pagamento de capital e juros aos respectivos titulares. Assim, são verdadeiras e próprias obrigações, à semelhança das obrigações clássicas. Acresce que a LOH atribui uma situação jurídica especial⁹⁰ ao direito de crédito detido pelos titulares das obrigações hipotecárias (e aos demais beneficiários), a saber, um privilégio creditório especial, nos termos analisados, o qual lhes permite posicionarem-se com total preferência e prioridade relativamente aos demais credores da entidade emitente no ressarcimento de capital e juros, incidindo sobre um património autónomo especialmente afecto a esse cumprimento.

Também as obrigações ditas clássicas podem ser configuradas de modo a conceder garantias especiais aos respectivos titulares, na medida em que a concessão das referidas garantias é livre e surge com a fixação das condições de emissão constantes da respectiva ficha técnica. No entanto, as obrigações hipotecárias são um exemplo claro de um regime legal que visa atribuir aos credores obrigacionistas mecanismos especiais de preferência no reembolso de capital e pagamento de juros⁹¹.

O privilégio creditório especial, consagrado na LOH, confere, neste âmbito, uma especial protecção aos titulares das obrigações hipotecárias, incidindo sobre os activos que compõem o património autónomo e representando uma inegável vantagem sobre os restantes credores da entidade emitente.

Os investidores, antes da tomada de decisão de subscreverem obrigações hipotecárias, pretendem saber em que medida o seu investimento se encontra salvaguardado durante a respectiva emissão, em particular em caso de ocorrência de situações patológicas que possam pôr em perigo o reembolso de capital e juros nas datas de vencimento fixadas nas

único, uma vez que, depois de emitida cada uma das obrigações, representa um débito autónomo e cada obrigacionista é um credor distinto da sociedade.

⁸⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *As Obrigações no Financiamento da Empresa*, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 321-329, p. 323, refere-se ao empréstimo obrigacionista como “um tipo de cooperação entre capital e empresa no âmbito do comércio”.

⁸⁹ CARLOS COSTA PINA, *Instituições...*, ob. cit., p. 470. Como expende este autor, os credores obrigacionistas beneficiam, em pé de igualdade, das mesmas garantias, das mesmas condições de subscrição, da mesma retribuição e do mesmo programa de reembolso (idem, p. 41).

⁹⁰ PAULO CÂMARA, *O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas*, in AA.VV., *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 309-345, p. 330, refere-se aos titulares das obrigações hipotecárias como “obrigacionistas com garantias especiais a rodear o seu crédito”.

⁹¹ Assim, FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Direito e Organização dos Obrigacionistas...*, ob.cit., p. 143. Também neste sentido, ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades*, ob. cit., p. 66.

respectivas condições de emissão, como seja a liquidação da entidade emitente. Como refere PAULA COSTA E SILVA, o sistema mobiliário assenta na tutela do investimento-poupança⁹².

O investimento realizado pelos subscritores de obrigações hipotecárias encontra-se salvaguardado precisamente pelo privilégio creditório especial conferido aos titulares das obrigações. A eficácia desse privilégio assume uma importância fundamental ao nível da emissão e subscrição de obrigações hipotecárias. Assim, resulta que a pedra de toque das obrigações hipotecárias está centrada na concessão aos respectivos titulares de um privilégio que incide sobre os créditos hipotecários e outros activos previstos na LOH, pertença da entidade emitente de obrigações hipotecárias. Este privilégio creditório especial apresenta especificidades quando comparado com os privilégios creditórios traçados no regime legal comum do CC, tendo em conta que não incide sobre os bens (móveis ou imóveis) da entidade emitente, mas sobre uma categoria especial de direitos de crédito do devedor⁹³.

As obrigações hipotecárias encontram a sua especial garantia precisamente na preferência de pagamento que incide sobre créditos da titularidade da entidade emitente, créditos esses a cujos devedores a entidade emitente tem direito de exigir o cumprimento das prestações a que se encontram adstritos. Em suma, as obrigações hipotecárias conferem privilégio sobre o valor de determinadas prestações a que a entidade emitente tem direito.

À luz destas considerações, convém referir que, sem prejuízo de os créditos hipotecários e os demais activos elegíveis nos termos da LOH integrarem um património especialmente afecto ao cumprimento das obrigações da entidade emitente perante os credores obrigacionistas, não existe, no entanto, qualquer tipo de relação entre os devedores da entidade emitente, cujos créditos integram o referido património autónomo e os titulares das obrigações hipotecárias. De facto, com a emissão e subscrição das obrigações hipotecárias, não opera qualquer cessão dos créditos para os credores obrigacionistas que lhes permita actuar directamente contra os devedores da entidade emitente, nomeadamente em caso de incumprimento das respectivas obrigações.

Não existe, portanto, qualquer relação entre o titular das obrigações hipotecárias e os devedores da entidade emitente. O direito de crédito do titular das obrigações hipotecárias existe unicamente contra a entidade emitente e não contra o devedor hipotecário. Nesta medida, os credores obrigacionistas não detêm qualquer direito de crédito sobre os devedores hipotecários, partes devedoras dos créditos que se encontram afectos à garantia

⁹² PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários*, Relatório, Lisboa, 2005, p. 127. Para a autora, investidor é “todo aquele que realiza, por conta própria ou por conta de outrem, operações sobre valores mobiliários”, sendo que “porque são investidores, tanto aqueles que realizam operações por conta própria, como os que as realizam por conta de outrem, vão cair directamente sob a alçada do conceito de investidor os prestadores de serviços de investimento” (idem, p. 155). Sobre a protecção dos investidores, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A protecção do investidor*, Direito dos Valores Mobiliários, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp.13-40; SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁹³ Assim, FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Direito e Organização dos Obrigacionistas...*, ob. cit., p. 144.

das obrigações hipotecárias. A satisfação dos credores obrigacionistas baseia-se, em suma, na prestação/condução a que se encontra adstrito o devedor dos créditos hipotecários, no âmbito da relação de crédito estabelecida entre ele e a entidade emitente.

Por outro lado, não opera qualquer subrogação activa entre as partes envolvidas, ou seja, os titulares das obrigações hipotecárias, após a respectiva subscrição, não assumem a posição contratual da entidade emitente na relação contratual estabelecida com os devedores hipotecários. A entidade emitente permanece, nesta conformidade, como a única titular dos direitos de crédito que garantem os créditos representados pelas obrigações hipotecárias.

Deparamo-nos, assim, com um distanciamento claro e evidente entre as obrigações hipotecárias e os créditos garantidos por hipoteca, que lhes servem de garantia⁹⁴. A hipoteca, dada em garantia aquando da concessão de créditos hipotecários, apenas garante estes últimos.

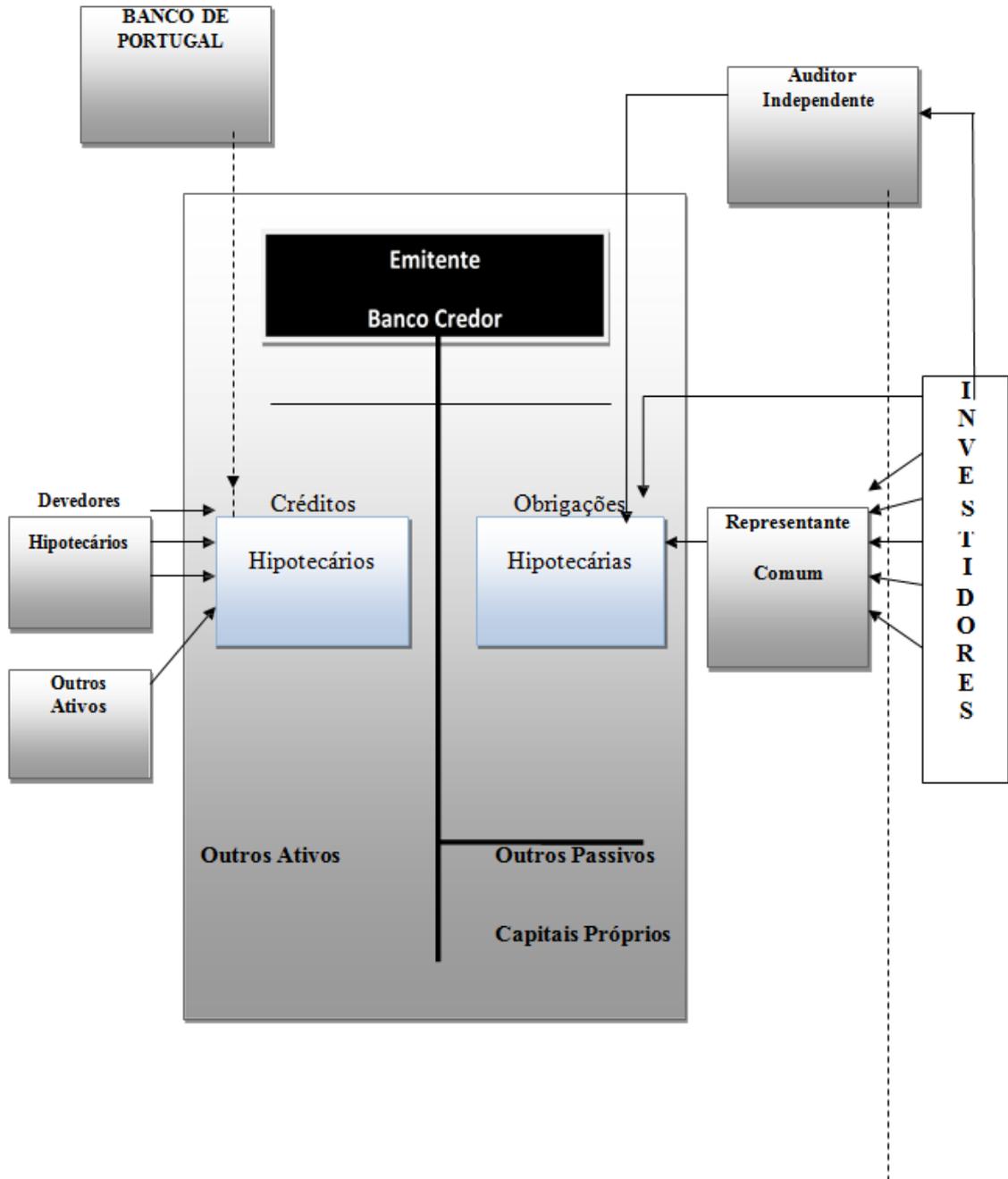
A posição do titular das obrigações hipotecárias, apesar da protecção que lhe é conferida pela LOH, encontra-se, no entanto, limitada ao seu direito de crédito sobre a entidade emitente. Nesta medida, a garantia do credor obrigacionista não poderá incidir sobre o imóvel dado em garantia aquando da concessão do crédito hipotecário, mas apenas sobre o direito à prestação que emerge do referido negócio jurídico.

A vantagem especial conferida pela LOH aos credores obrigacionistas reside no facto de o direito de crédito que detêm a seu favor se tratar de um direito privilegiado, no sentido de preferencial, e que incide sobre um património autónomo, composto pelos créditos hipotecários e outros activos especialmente afectos ao cumprimento das obrigações hipotecárias, nos termos do princípio da cobertura analisado, segundo o qual se garante a especial afectação dos créditos hipotecários e outros activos à emissão de obrigações hipotecárias em caso de incumprimento por parte da entidade emitente, tanto num cenário de normalidade como de liquidação da referida entidade, o que, em última instância, se consubstancia no princípio da continuidade das emissões de obrigações hipotecárias. Neste sentido é configurada a dimensão temporal do privilégio, que opera desde a subscrição até à amortização final destes valores mobiliários.

Em conclusão, as obrigações hipotecárias são obrigações especialmente garantidas uma vez que detêm um privilégio creditório concedido *ex lege* aos respectivos beneficiários, conferindo-lhes um direito preferencial de pagamento face aos demais credores da entidade emitente.

⁹⁴ Segundo SERGIO NASARRE AZNAR, *La Garantía de los Valores Hipotecarios*, ob. cit., p. 412, na sua análise de direito comparado relativamente à cobertura afecta ao cumprimento das obrigações hipotecárias em diversas jurisdições, refere que outra das características comuns a todas as regulamentações é que não existe uma ligação estreita entre as obrigações hipotecárias e os créditos hipotecários, sem prejuízo das obrigações se encontrarem garantidas por todos os créditos que se encontrem especialmente afectos.

ANEXO I



ANEXO II**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça / Processo: 07A3680 / Relator: SILVA SALAZAR
Data do Acórdão: 27-11-2007**

Quem invoca a garantia prevista no n.º 2 do art. 6.º do DL n.º 125/90, de 16-04, em vigor à data dos factos (hoje art. 3.º, n.º 2, do DL n.º 59/06, de 20-03), tem de alegar e provar (art. 342.º, n.º 1, do CC), por se tratar de elemento constitutivo do seu direito, que emitiu os títulos de crédito que integram as obrigações hipotecárias com afectação do crédito concedido aos executados, garantido pela hipoteca, ao cumprimento daquelas obrigações, não sendo suficiente prova de tanto o facto de constar por averbamento que o crédito se encontra afecto ao cumprimento de obrigações hipotecárias.

Nada disso, porém, o recorrente invocou oportunamente no seu articulado, não resultando sequer deste que tenha instaurado a execução com base nos denominados créditos hipotecários, antes se baseando apenas na hipoteca a graduar segundo o sistema dos citados dispositivos do CC, pelo que não provou os requisitos de que depende a garantia que só em recurso invoca, não podendo em consequência beneficiar dela.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto / Processo: 114-A/2001.P1 / Relator: TEIXEIRA RIBEIRO / Data do Acórdão: 25-02-2010

A hipoteca que garante os créditos (hipotecários) concedidos nos termos dos arts. 1º, al. c), 6º, nº3 e 11º, todos do DL nº 125/90, de 16.04 (na redacção introduzida pelo DL nº 17/95, de 27.01) prefere sobre todas as demais garantias reais, ainda que anteriores, e prevalece sobre o direito de retenção, como resulta do disposto no nº2 daquele art. 6º.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça / Processo: 114-A/2001.P1.S1 / Relator: JOÃO CAMILO / Data do Acórdão: 19-10-2010

A prioridade de pagamento que o art. 6.º do DL n.º 125/90, de 16-04, confere ao titular de obrigações hipotecárias prevalece sobre os créditos garantidos pelo direito de retenção.

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil Filipe Santos Barata, Advogado e Docente Universitário do ISEG, Universidade de Lisboa: As Garantias Especiais no Regime das Obrigações Hipotecárias (Covered Bonds) Auditório do Centro de Estudos Judiciários 22.05.2015 14:35

AS OBRIGAÇÕES HIPOTECÁRIAS
CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
22 de maio de 2015
Filipe Santos Barata
GÓMEZ-ACEBO & POMBO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Filipe Santos Barata

00 : 06 : 04 - 00 : 49 : 02

FCT FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2d3e7jhhfy/flash.html>

Título:

Direito das Garantias

Ano de Publicação: 2017

ISBN: 978-989-8815-81-1

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt