Decreto-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio

O presente decreto-lei transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva nº 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira. Este diploma surge na continuidade da Directiva nº 98/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamento e de liquidação de valores mobiliários e insere-se no âmbito de objectivos genéricos de limitação dos riscos sistémicos inerentes ao funcionamento dos referidos sistemas, assim como de criação de condições para o aumento da liquidez nos mercados financeiros.

Ao realizar a transposição, o presente diploma consagra, entre nós, o contrato de garantia financeira, que se define e caracteriza a partir dos elementos previstos nos artigos 3.º a 7.º do presente diploma (sujeitos do contrato, objecto das garantias, necessidade de desapossamento e requisitos probatórios), sendo desses elementos contratuais que se depreende a sua natureza financeira. Com efeito, o leque de entidades que pode assumir-se como prestador ou beneficiário da garantia financeira (grosso modo, instituições financeiras), a natureza do objecto susceptível de ser prestado em garantia financeira (instrumentos financeiros ou numerário), assim como as obrigações passíveis de serem garantidas por este tipo de contrato (obrigações cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros), explicam o seu carácter financeiro, resultante das disposições consagradas no título I deste diploma.

O contrato de garantia financeira não é, contudo, uniforme nos seus efeitos, podendo revestir tanto a modalidade de alienação fiduciária em garantia como a de penhor financeiro, consoante implique, ou não, a transmissão da propriedade do objecto da garantia para o respectivo beneficiário. A relevância dessa distinção justifica, aliás, a estrutura do diploma que, nos seus títulos II e III, regula, respectivamente, as especificidades ora do penhor financeiro (contrato de garantia financeira sem transmissão da propriedade), ora da alienação fiduciária em garantia (contrato de garantia financeira com transmissão da propriedade).

A possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta de expressa imposição da directiva agora transposta e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor.

No que respeita ao contrato de penhor financeiro, merece ser realçada a possibilidade de as partes convencionarem, a favor do beneficiário da garantia, o direito de disposição sobre o objecto desta. Trata-se de uma faculdade que, no caso de instrumentos financeiros, permitirá aumentar a liquidez dos respectivos mercados.

Outra das novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil. Com efeito, desde que as partes o convencionem e acordem na forma de avaliação dos instrumentos financeiros dados em garantia, permite-se excepcionalmente que o beneficiário execute a garantia por apropriação do objecto desta, ficando obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante da dívida. Este «direito

de apropriação» visa dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem.

Prerrogativa comum aos contratos de alienação fiduciária em garantia e ao penhor financeiro é a possibilidade de as partes convencionarem que, em caso de incumprimento pelo prestador da garantia, se vence antecipadamente a obrigação de restituição e que esta pode ser objecto de compensação.

A directiva ora transposta, além de cláusulas de transposição obrigatória, contém também disposições de transposição facultativa para os Estados membros. Relativamente a estas, não se fez uso da possibilidade de excluir do âmbito de aplicação deste diploma determinadas garantias financeiras como, por exemplo, as que incidem sobre acções próprias do prestador da garantia. O não exercício da referida possibilidade de exclusão (*opt-out*) significa que tais garantias podem estar sujeitas ao âmbito de aplicação do presente diploma, sem prejuízo do regime fixado no Código das Sociedades Comerciais para a aquisição e alienação de acções próprias que, com as necessárias adaptações, é susceptível de aplicação.

Também não se fez uso da possibilidade dada aos Estados membros de excluir do âmbito de aplicação do diploma de transposição os contratos de garantia financeira em que uma das partes fosse uma pessoa colectiva não sujeita a supervisão prudencial. Tais contratos estão, portanto, abrangidos pelo presente decreto-lei, desde que a outra parte no contrato seja uma instituição sujeita a tal supervisão.

São ainda de assinalar como objectivos deste regime a simplificação do processo de celebração deste tipo de contratos, a celeridade a conferir à execução da garantia, bem como o alargamento do leque de situações em que a validade e eficácia dos mesmos contratos é ressalvada em prol da segurança jurídica.

Estas preocupações são legítimas, mesmo em situações que envolvam a possibilidade de insolvência de uma das partes no contrato, caso em que o diploma consagra um conjunto de disposições de carácter excepcional face ao regime comum estabelecido no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas que, nos aspectos que poderiam constituir um entrave à execução da garantia, não são aplicáveis. Consagra-se assim a validade dos contratos de garantia celebrados e das prestações em garantia efectuadas no dia da abertura de processos de insolvência, no dia da adopção de medidas de saneamento e mesmo num período de tempo anterior a estas situações, não valendo neste âmbito a presunção de invalidade dos contratos celebrados nos chamados «períodos suspeitos».

Ao transpor a Directiva comunitária nº 2002/47/CE, o presente diploma não pretende consagrar exaustivamente o regime jurídico dos contratos de garantia financeira, limitando-se, portanto, a introduzir as disposições que assumem especialidades ou representam excepções face ao regime comum que vigora, nomeadamente, para o penhor e para outros contratos de garantia. Do mesmo modo, o presente diploma não reproduz normas da directiva que traduzem meras faculdades das partes contratantes já decorrentes do direito vigente, como seja a possibilidade de tais contratos serem celebrados mediante subscrição ou aceitação de cláusulas contratuais gerais ou de serem acessórios de um outro contrato principal. Ainda neste sentido, o presente diploma transpõe apenas as definições da directiva que, pelo seu carácter inovador, se revelam indispensáveis à compreensão da globalidade do regime ora introduzido.

Por fim, os contratos de garantia financeira abrangidos pelo presente diploma terão naturalmente vocação para dar resposta a relações contratuais

plurilocalizadas, assim se justificando a existência, neste diploma, de uma norma de conflitos específica que elege como elemento de conexão o sítio da localização da conta de referência.

Foram ouvidos o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, o Instituto de Seguros de Portugal, a Associação Portuguesa de Bancos e a Associação Portuguesa de Fundos de Investimento, Pensões e Patrimónios.

Assim:

Nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

TÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objecto

O presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva nº 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira.

Artigo 2.º

Noção e modalidades

1 - Para efeitos do presente diploma, são contratos de garantia financeira os que preencham os requisitos previstos nos artigos 3.º a 7.º

2 - São modalidades de contratos de garantia financeira, designadamente, a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia.

3 - É modalidade de contrato de alienação fiduciária em garantia o contrato de reporte.

Artigo 3.º

Sujeitos

1 - O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira cujo prestador e beneficiário pertençam a uma das seguintes categorias:

a) Entidades públicas, incluindo os organismos do sector público do Estado responsáveis pela gestão da dívida pública ou que intervenham nesse domínio e os autorizados a deter contas de clientes;

b) Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento nos termos referidos no Aviso do Banco de Portugal nº 1/93 e Banco Europeu de Investimento;

c) Instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo:

i) Instituições de crédito, tal como definidas no nº 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro;

ii) Empresas de investimento, tal como referidas no nº 2 do artigo 293.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de Novembro;

iii) Instituições financeiras, tal como definidas no nº 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras;

iv) Empresas de seguros, tal como definidas na alínea *b)* do artigo 2.º do Decreto-Lei nº 94-B/98, de 17 Abril;

v) Organismos de investimento colectivo, tal como definidas no artigo 1.º do Decreto-Lei nº 252/2003, de 17 de Outubro;

vi) Entidades gestoras de organismos de investimento colectivo, tal como definidas no nº 1 do artigo 29.º do Decreto-Lei nº 252/2003, de 17 de Outubro;

d) Uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, tal como definidos, respectivamente, nas alíneas *e)*, *f)* e *g)* do artigo 2.º do Decreto-Lei nº 221/2000, de 9 de Setembro, no que aos sistemas de pagamento diz respeito, e no artigo 268.º do Código dos Valores Mobiliários, incluindo instituições similares regulamentadas no âmbito da legislação nacional que operem nos mercados de futuros e opções, nos mercados de instrumentos financeiros derivados não abrangidos pela referida legislação e nos mercados de natureza monetária;

e) Uma pessoa que não seja pessoa singular, que actue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, incluindo quaisquer detentores de obrigações ou de outras formas de títulos de dívida, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas *a)* a *d)*;

f) Pessoas colectivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas *a)* a *d)*.

2 - A capacidade para a celebração de contratos de garantia financeira é a que resulta das normas especialmente aplicáveis às entidades referidas no nº 1.

Artigo 4.º

Obrigações financeiras garantidas

Para efeitos do presente diploma, entende-se por obrigações financeiras garantidas quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros.

Artigo 5.º

Objecto das garantias financeiras

O presente diploma é aplicável às garantias financeiras que tenham por objecto:

a) «Numerário», entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confiram direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário;

b) «Instrumentos financeiros», entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos.

Artigo 6.º

Desapossamento

1 - O presente diploma é aplicável às garantias financeiras cujo objecto seja efectivamente prestado.

2 - Considera-se prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composse ou o controlo conjunto com o proprietário.

Artigo 7.º

Prova

1 - O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito.

2 - O registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro equivalente cumpre a exigência de prova por documento escrito.

3 - A prova da prestação da garantia financeira deve permitir identificar o objecto correspondente.

4 - É suficiente para identificar o objecto da garantia financeira:

a) Nas garantias financeiras sobre numerário, para o penhor financeiro, o registo na conta do prestador e, para a alienação fiduciária em garantia, o registo do crédito na conta do beneficiário;

b) Nas garantias financeiras sobre valores mobiliários escriturais, para o penhor financeiro, o registo na conta do titular ou, nos termos da lei, na conta do beneficiário e, para a alienação fiduciária em garantia, o registo da aquisição fiduciária.

Artigo 8.º

Formalidades

1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como prova de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem da realização de qualquer acto formal.

2 - 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.

TÍTULO II

Penhor financeiro

Artigo 9.º

Direito de disposição

1 - O contrato de penhor financeiro pode conferir ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objecto desta.

2 - O direito de disposição confere ao beneficiário da garantia financeira os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário.

3 - O exercício do direito de disposição depende, relativamente aos valores mobiliários escriturais, de menção no respectivo registo em conta e, relativamente aos valores mobiliários titulados, de menção na conta de depósito.

Artigo 10.º

Efeitos do exercício do direito de disposição

1 - Exercido o direito de disposição, deve o beneficiário da garantia, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas:

a) Restituir ao prestador objecto equivalente ao objecto da garantia financeira original, em caso de cumprimento das obrigações financeiras garantidas por parte deste; ou

b) Quando o contrato de penhor financeiro o preveja e em caso de cumprimento pelo prestador da garantia, entregar-lhe quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis; ou

c) Quando o contrato de penhor financeiro o preveja, livrar-se da sua obrigação de restituição por meio de compensação, sendo o crédito do prestador avaliado nos termos da alínea anterior.

2 - O disposto no número anterior não é prejudicado pelo cumprimento antecipado das obrigações financeiras garantidas.

3 - O objecto equivalente substitui, para todos os efeitos, a garantia financeira original e considera-se como tendo sido prestado no momento da prestação desta.

4 - Os direitos que o beneficiário tenha ao abrigo do penhor financeiro relativamente à garantia financeira original mantêm-se relativamente ao objecto equivalente.

Artigo 11.º

Pacto comissório

1 - No penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seus os instrumentos financeiros dados em garantia:

a) Se tal tiver sido convencionado pelas partes;

b) Se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros.

2 - O beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.

3 - O disposto na alínea *b)* do nº 1 não prejudica qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas de acordo com critérios comerciais razoáveis.

Artigo 12.º

Vencimento antecipado e compensação

1 - As partes podem convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário da garantia e o cumprimento da mesma por compensação, caso ocorra um facto que desencadeie a execução.

2 - Entende-se por facto que desencadeia a execução o não cumprimento do contrato ou qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo.

Artigo 13.º

Objecto equivalente

Para efeitos do presente diploma, entende-se por objecto equivalente:

i) No caso de numerário, um pagamento do mesmo montante e na mesma moeda;

ii) No caso de instrumentos financeiros, instrumentos financeiros do mesmo emitente ou devedor, que façam parte da mesma emissão ou categoria e tenham o mesmo valor nominal, sejam expressos na mesma moeda e tenham a mesma denominação, ou outros instrumentos financeiros, quando o contrato de garantia financeira o preveja, na ocorrência de um facto respeitante ou relacionado com os instrumentos financeiros prestados enquanto garantia financeira original.

TÍTULO III

Alienação fiduciária em garantia

Artigo 14.º

Deveres do beneficiário da garantia

Nos contratos de alienação fiduciária em garantia, deve o beneficiário, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas:

a) Restituir ao prestador a garantia financeira prestada ou objecto equivalente;

b) Entregar ao prestador quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis;

c) Livrar-se da sua obrigação por meio de compensação, avaliando-se o crédito do prestador nos termos da alínea anterior.

Artigo 15.º

Vencimento antecipado e compensação

O disposto no artigo 12.º é aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia.

TÍTULO IV

Liquidação e saneamento

Artigo 16.º

Processo de liquidação e medidas de saneamento

Para efeitos do presente diploma e relativamente ao prestador ou ao beneficiário da garantia, entende-se por:

a) «Processo de liquidação» o processo colectivo que inclui a realização de activos e a repartição do produto dessa realização entre os credores, os accionistas ou os membros, consoante o caso, e que implica a intervenção de uma autoridade administrativa ou judicial, incluindo os casos em que esse processo é encerrado mediante uma concordata ou qualquer outra medida análoga, independentemente de se basear ou não numa insolvência e de ter carácter voluntário ou obrigatório;

b) «Medidas de saneamento» as medidas que implicam a intervenção de uma autoridade administrativa ou judicial e destinadas a preservar ou restabelecer a situação financeira e que afectam os direitos preexistentes de terceiros, incluindo, nomeadamente, as medidas que envolvem uma

suspensão de pagamentos, uma suspensão das medidas de execução ou uma redução dos montantes dos créditos.

Artigo 17.º

Validade dos contratos e das garantias financeiras

1 - Os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas ao abrigo desses contratos não podem ser resolvidos pelo facto de o contrato ter sido celebrado ou a garantia financeira prestada:

a) No dia da abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento, desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente;

b) Num determinado período anterior definido por referência:

i) À abertura de um processo de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento;

ii) À tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas.

2 - Não podem ser declarados nulos ou anulados os seguintes actos quando praticados no período referido no número anterior:

a) A prestação de nova garantia no caso de variação do montante das obrigações financeiras garantidas ou a prestação de garantia financeira adicional em situação de variação do valor da garantia financeira;

b) A substituição da garantia financeira por objecto equivalente.

Artigo 18.º

Eficácia dos contratos

1 - Em situação de abertura ou prossecução de um processo de liquidação ou de adopção de medidas de saneamento relativas ao prestador ou ao beneficiário da garantia, os contratos de garantia financeira produzem efeitos nas condições e segundo os termos convencionados pelas partes.

2 - Os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas após a abertura de processos de liquidação e a adopção de medidas de saneamento relativas ao prestador da garantia financeira são eficazes perante terceiros desde que o beneficiário da garantia prove que não tinha nem deveria ter conhecimento da abertura desse processo ou da adopção dessas medidas.

Artigo 19.º

Actos fraudulentos

A validade dos actos a que se referem os artigos 17.º e 18.º não é ressalvada sempre que os mesmos tenham sido praticados intencionalmente em detrimento de outros credores.

Artigo 20.º

Vencimento antecipado e compensação

O vencimento antecipado e a compensação previstos nos artigos 12.º e 15.º não são prejudicados:

a) Pela abertura ou prossecução de um processo de liquidação relativamente ao prestador ou ao beneficiário da garantia;

b) Pela adopção de medidas de saneamento relativamente ao prestador e ou beneficiário da garantia;

c) Pela cessão, apreensão judicial ou actos de outra natureza nem por qualquer alienação de direitos respeitante ao beneficiário ou ao prestador da garantia.

TÍTULO V

Disposições finais e transitórias

Artigo 21.º

Norma de conflitos

São reguladas pela lei do país em que está localizada a conta na qual é feito o registo da garantia as seguintes matérias:

a) A qualificação e os efeitos patrimoniais da garantia que tenha por objecto valores mobiliários escriturais;

b) Os requisitos relativos à celebração de um contrato de garantia financeira que tenha por objecto valores mobiliários escriturais;

c) A prestação de uma garantia que tenha por objecto valores mobiliários escriturais ao abrigo de determinado contrato de garantia financeira;

d) As formalidades necessárias à oponibilidade a terceiros do contrato de garantia financeira e da prestação da garantia financeira;

e) A relação entre o direito de propriedade ou outro direito de determinada pessoa a uma garantia financeira que tenha por objecto valores mobiliários e outro direito de propriedade concorrente;

f) A qualificação de uma situação como de aquisição do objecto da garantia pela posse de terceiro de boa fé;

g) As formalidades necessárias à execução de uma garantia que tenha por objecto valores mobiliários escriturais.

Artigo 22.º

Direito subsidiário

Em tudo que não vier previsto no presente diploma aplicam-se os regimes comum ou especial estabelecidos para outras modalidades de penhor ou reporte.

Artigo 23.º

Aplicação no tempo

O presente diploma aplica-se aos contratos de garantia financeira celebrados após a sua entrada em vigor.

Artigo 24.º

Entrada em vigor

O presente diploma entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 24 de Março de 2004. - *José Manuel Durão Barroso* - *Maria Manuela Dias Ferreira Leite* - *Maria Teresa Pinto Basto Gouveia*.

Promulgado em 26 de Abril de 2004.

Publique-se.

O Presidente da República, JORGE SAMPAIO.

Referendado em 27 de Abril de 2004.

O Primeiro-Ministro, *José Manuel Durão Barroso.*